

DERECHO PENAL ECONÓMICO

UN ESTUDIO DOGMÁTICO A LOS DELITOS
ECONÓMICOS, FINANCIEROS Y MONETARIOS

ALONSO R. PEÑA CABRERA FREYRE

JURISTA EDITORES E.I.R.L.

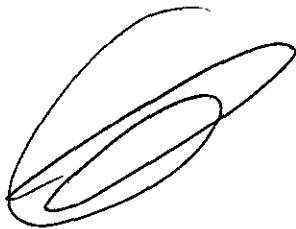
ALONSO R. PEÑA CABRERA FREYRE

**DERECHO PENAL
ECONÓMICO**

**UN ESTUDIO DOGMÁTICO A
LOS DELITOS ECONÓMICOS,
FINANCIEROS Y MONETARIOS**

Con la colaboración de
Juan Carlos Cortez Tataje





- © **DERECHO PENAL ECONÓMICO**
Un estudio dogmático a Los Delitos Económicos,
Financieros y Monetarios
- © **ALONSO R. PEÑA CABRERA FREYRE**
- © **JURISTA EDITORES E.I.R.L.**
Jr. Miguel Aljovín N° 201 Lima - Perú
Teléfonos: 427-6688 / 428-1072
Telefax: 426-6303

Primera Edición: agosto 2009
Tiraje: 1000 ejemplares

Derechos de Autor Reservados conforme a Ley
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N°: 2009-11634
ISBN: 978-9972-229-88-6

Composición y Diagramación: Mirtha Ríos M.
Diseño de carátula: Víctor Arrascue C.

„A SYLVIA“



PRESENTACIÓN

La adscripción a una sociedad post-industrial, producto del avance vertiginoso de las actividades comerciales, industriales y empresariales, que tomaron lugar en las primeras décadas del Siglo XX, trajo a colación una serie de consecuencias, no sólo desde un marco estrictamente comunitario, sino también en las nuevas tareas que habría de desempeñar el Derecho positivo.

El tránsito de un Estado Liberal a un Estado Social, conforme a las nuevas proyecciones ideológicas y políticas, que fueron acogidas en los textos constitucionales, determinó la inclusión normativa de los denominados «derechos sociales, económicos y culturales». A partir del nuevo modelo ius-constitucional el Estado tiene la obligación de prestar los servicios asistenciales más importantes para los ciudadanos; prestaciones públicas que han de ejecutarse conforme al ideario filosófico de la ontología humana.

Según el artículo 43° de la Carta Magna, el Perú adopta el modelo de un «Estado Social y Democrático de Derecho», que si bien reconoce la libertad contractual, la propiedad privada y las reglas de un libre mercado, como puntuales del Sistema Económico, a su vez reconoce la imperiosa necesidad de que los individuos sean protegidos, sabedores de la asimetría que se advierte entre los proveedores de los productos y servicios con respecto a los consumidores, tal como se desprende del precepto constitucional recogido en el Artículo 65°.

Por otro lado, el hecho de que el Estado se abstenga de intervenir en el mercado económico, no quiere decir, que haya dejar su funcionamiento al libre arbitrio de sus agentes; es decir, las empresas –como unidades orgánicas socio-económicas-, han de respetar ciertas reglas en el ejercicio comercial e industrial; por tales motivos, se proscriben conductas monopólicas, oligopólicas así como el abuso de una posición de dominio en el mercado.

La experiencia demostró los efectos perjudiciales provocados por un mercado, que pretendió regirse por sus propias reglas, según las variables del “dejar hacer, dejar pasar”. Una economía ultra-liberal, que en el tiempo generó una serie de distorsiones en el mercado, ocasionando una serie de abusos, arbitrariedades e injusticias a la masa laboral. En tal mérito, aparecen las organizaciones sindicales, quienes demandan el reconocimiento de sus derechos laborales y sociales, que con justa razón habrían de ser recogidos en la normatividad, siendo consagrados a un nivel «fundamental».

Los comportamientos descritos, al revelar un alto nivel de disvalor, al perturbar de forma considerable los principios de una «Economía Social de Mercado», incidió en una respuesta decidida del Estado, –de enfrentar y prevenir-, dichas conductas a través de las diversas parcelas del ordenamiento jurídico-sancionador. En primer plano, el «Derecho Administrativo sancionador» y, desde una visión subsidiaria (ultima ratio) el Derecho Penal; se dispone legalmente, que ante la comisión de un hecho perturbador del Sistema Económico, se hace uso de la reacción punitiva, como violencia institucional legitimada.

Se parte entonces de una estrategia jurídica, que manifiesta un doble baremo a saber: el Derecho Administrativo sancionador, cuando el agente económico contraviene normas estrictamente administrativas y, el Derecho penal, cuando el sujeto infractor incurre en las conductas de mayor reprobación, cuando provoca con su accionar estados de grave disvalor para con el bien jurídico tutelado.

Surge en el escenario político criminal, el denominado «Derecho Penal Económico», sostenido desde un plano en puridad «sistémico»; a este nivel de la construcción dogmática, no se puede hablar con propiedad de la protección de un bien jurídico «individual», sino más bien de una naturaleza «supraindividual», al recoger intereses jurídicos pertenecientes a toda la comunidad en su conjunto. Con ello, asistimos a una redefinición de las categorías dogmáticas, caracterizadas en un Derecho penal liberal, que tiene como plataforma basilar: la defensa de los derechos individuales (la «propiedad privada»). De ahí, que se manifiesta una reconducción de los tipos dolosos de lesión a la construcción de los tipos de peligro y a los delitos de «omisión».

El Derecho penal, por tanto, no ha de esperar que se exteriorice una efectiva lesión a un interés jurídico individual, pues para ello adelanta las barreras de intervención, a fin de contener conductas que encierran un «peligro», que rebasa el estándar permitido por las normas. Importa un bien jurídico de naturaleza «colectiva» imperceptible, de naturaleza «inmaterial», sostenida en una fórmula normativa abstracta y artificial, cuya funcionalidad se dirige a la tutela de los bienes jurídicos fundamentales.

Se trata de bienes jurídicos «intermedios» o dígame «funcionales», que tienden a reforzar la tutela de los intereses personalísimos, de modo, que su basamento se identifica desde una perspectiva defensiva de la persona humana. En tal mérito, abonamos por su legitimidad, muy a pesar de las objeciones que se puedan alzar desde los fundamentos de un Derecho penal liberal («Clásico») o desde los foros de un Derecho penal mínimo.

Es de verse, que toda la amplitud del glosario de conductas delictivas que se contienen en el Título IX, no responden uniformemente a la tutela de un bien jurídico supraindividual, al existir algunos injustos que protegen de plano un interés jurídico individual; vgr., las «prácticas monopólicas», las «licitaciones colusorias» así como la «competencia desleal». Mientras que en el otro plano se advierte la

protección a los «intereses difusos», en lo que respecta a los «derechos de los consumidores».¹

No obstante el nivel legitimador que se desprende del «Derecho Penal Económico», el Poder Ejecutivo, en la última reforma penal sucedida en junio del 2008, vía los Decretos Legislativos Nos. 1034 y 1044, procedió a despenalizar una serie de figuras delictivas, entre éstas: el Abuso de Poder de Dominio, el Acaparamiento, la Publicidad Engañosa, las Licitaciones Colusorias, Fraude en los Consumidores, etc.; derogación que toma lugar en mérito a los compromisos contraídos por el Gobierno peruano con los Estados Unidos de Norteamérica según los alcances del Tratado de Libre Comercio suscrito con dicha Nación.

Nadie en su sano juicio, puede ser conteste a la suscripción de Acuerdos Comerciales –Bilaterales o Multilaterales-, en la medida que constituyen instrumentos indispensables para la inversión de capitales, para la creación de fuentes de trabajo, para promover la exportación, mejorar la recaudación tributaria, etc. Cuestión distinta es ceder soberanía nacional, en cuanto a la aplicación de la Ley penal, a todos aquellos que cometen los comportamientos mencionados; propiciando con ello, un espacio fecundo de impunidad, desdeñable según los valores de un Estado Constitucional de Derecho, donde rige el principio de igualdad. En tal entendido, se pone en riesgo la funcionalidad correcta del Sistema Económico, así como el debilitamiento disuasivo del derecho positivo, que sólo puede garantizarse con la norma jurídico-penal así como del abanico de consecuencias accesorias que puedan aplicarse según las normas pertinentes del Código Penal.

Paradojalmente, las figuras delictivas despenalizadas, permanecen aún en el catálogo punitivo vigente en USA. Cabiendo agregar, que varias de las figuras delictivas, que aún se encuentran vigentes en el

¹ Vide al respecto, Martínez-Bujan Pérez, C.; Derecho Penal Económico. Parte General. Tirant lo blanch, Valencia, 1998, cit., ps. 58-70.

PRESENTACIÓN

Título IX no resultan compatibles con el modelo económico que rige en la actualidad en el Perú, al revelar prácticas ilícitas que se sujetan a un Estado intervencionista y controlador de los precios, según el modelo que tomó lugar a mediados de los ochenta.

El hilo conductor nos conduce a postular un Sistema Económico basado en una «Economía Social de Mercado», partiendo de una premisa abstencionista del Estado, pero con justicia social.

Ahora bien, como el lector podrá apreciar, la monografía extiende su análisis a todas las titulaciones correspondientes al Sistema Económico, en concreto: a los «Delitos Económicos», «Delitos Financieros» y a los «Delitos Monetarios». Análisis jurídico-penal que no sólo recoge una perspectiva dogmática, sino también político criminal, descendiendo a las funciones que las otras parcelas del ordenamiento jurídico asumen con respecto a dicho plano de la juridicidad. Para ello, ha sido de vital importancia el cotejo de la norma penal con la realidad económica.

Finalmente, debo agradecer la valiosa colaboración de Juan Carlos Cortez Tataje, en el estudio referente a los Delitos Financieros y Monetarios, mostrando una fina pluma en el ejercicio intelectual y un análisis crítico, -propio de todo joven publicista-.

Lima, agosto del 2009

ALONSO R. PEÑA CABRERA FREYRE



ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Art./Arts.	Artículo/artículos
AFP	Administradora de Fondo de Pensiones
NCPPP	Nuevo Código Procesal Penal peruano
BCRP	Banco Central de Reserva del Perú
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
CPP	Código Procesal Penal de 1991
C de PP	Código de Procedimientos Penales
CP	Código Penal de 1991
CPE	Constitución Política del Estado de 1993
CEP	Código de Ejecución Penal
CPC	Código Procesal Civil de 1993
CPC	Código Procesal Constitucional
CC	Código Civil de 1984
C de C	Código de Comercio
CNA	Código de los Niños y los Adolescentes
CNM	Consejo Nacional de la Magistratura
CE	Constitución Española
CERTEX	Certificados de Exportaciones
CM	Consejo de Ministros
CGR	Contraloría General de la República

CPCH	Código Penal Chileno
CPAR	Código Penal Argentino
CPE	Código Penal Español
CPC	Código Penal Colombiano
CNA	Constitución Nacional Argentina
CONASEV	Comisión Nacional Supervisora de Valores
GC	Garantías Constitucionales
Dec. Leg.	Decreto Legislativo
DL	Decreto Ley
DS	Decreto Supremo
DU	Decreto de Urgencia
ESM	Economía Social de Mercado
FMI	Fondo Monetario Internacional
INDECOPI	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual
LO	Ley Orgánica
LOMP	Ley Orgánica del Ministerio Público
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
L	Ley
LDA	Ley de Derechos de Autor
LPI	Ley de Propiedad Industrial
LGS	Ley General de Sociedades
LMV	Ley de Mercado de Valores
LRE	Ley de Reestructuración Empresarial
LTV	Ley de Títulos Valores
UN	Naciones Unidas
MUC	Mercado Único de Cambio
SBS	Superintendencia de Banca y Seguros
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional peruano

INDICE DE ABREVIATURAS

UE	Unión Europea
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
EJEC	Ejecutoria suprema o superior
PV	Precedente vinculante
CPE	Constitución Política del Estado
LECrím	Ley de Ejecución Criminal española
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
MP	Ministerio Público
MF	Ministerio Fiscal
RL	Resolución Legislativa
RM	Resolución Ministerial
SP	Sala Plena
STCE	Sentencia del Tribunal Constitucional español
STSE	Sentencia del Tribunal Supremo español

INDICE

PRESENTACIÓN.....	7
ÍNDICE DE ABREVIATURAS	13

SECCIÓN PRIMERA

EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

1. Aproximación al tema.....	29
2. Definición de Política Criminal y la redefinición de sus objetivos conforme a la configuración de la sociedad moderna...	34
3. Dimensión Criminológica de la sociedad del Riesgo	39
4. La reconducción política criminal de bienes jurídicos individuales a bienes jurídicos supraindividuales	43
5. Los delitos de peligro abstracto.....	51
6. El Derecho Penal Económico	57
6.1. Antecedentes	57
6.2. El modelo Económico según la Constitución Política del Estado.....	63
6.3. Definición de Derecho Penal Económico	69
6.4. Características del Derecho Penal Económico	73
6.5. La sustracción del ámbito de punición de los Delitos Económicos vía los Decretos Legislativos N° 1034 y 1044.	84
6.6. La persecución penal de los delitos Económicos.....	92

SECCIÓN SEGUNDA

DELITOS CONTRA LOS CONSUMIDORES LA ESPECULACIÓN

1. Derecho de los Consumidores.....	104
2. Fundamentos de incriminación.....	108
3. Bien jurídico.....	110
4. Tipicidad objetiva:.....	113
a. Sujeto activo	113
b. Sujeto pasivo.....	114
c. Modalidades típicas.....	114
5. Tipo subjetivo del Injusto.....	119

ADULTERACIÓN

1. Bien jurídico.....	121
2. Tipicidad objetiva:.....	123
a. Sujeto activo	123
b. Sujeto activo	123
c. Modalidad típica.....	123
3. Tipo subjetivo del injusto.....	126

AGRAVANTE COMÚN

Comentario:.....	129
------------------	-----

CAPÍTULO III VENTA ILEGAL DE MERCADERÍAS

1. Bien jurídico.....	133
2. Tipicidad objetiva:.....	134
a. Sujeto activo	134

157	1.	Fundamento de incriminación.....
159	2.	Tipicidad objetiva:.....
159	a.	Sujeto activo.....
160	b.	Sujeto pasivo.....
160	c.	Modalidad delictiva.....
163	3.	Formas de imperfecta ejecución.....
164	4.	Tipo subjetivo del injusto.....

REHUSAMIENTO A PRESTAR INFORMACION
ECONOMICA, INDUSTRIAL O COMERCIAL

143	1.	Fundamento de incriminación.....
147	2.	Tipo objetivo:.....
147	a.	Sujeto activo.....
148	b.	Sujeto pasivo.....
148	c.	Solicitar o aceptar dadas o promesas para no tomar parte en un remate público, en una licitación pública o en un concurso público de precios.....
148	d.	Intentan alejar a los postores por medio de amenazas, dadas, promesas o cualquier otro artificio.....
154		
156	3.	Inhabilitación.....

CAPTULO IV
DE OTROS DELITOS ECONOMICOS
FRAUDE EN REMATES, LICITACIONES Y
CONCURSOS PUBLICOS

137	b.	Sujeto pasivo.....
137	c.	Modalidad típica.....
139	3.	Agravante.....

SUBVALUACIÓN DE MERCADERAS ADQUIRIDAS
CON TIPO DE CAMBIO PREFERENCIAL

165	1.	Consideraciones de orden general.....
168	2.	Tipicidad objetiva:.....
168	a.	Sujeto activo.....
168	b.	Sujeto pasivo.....
168	c.	Modalidades típicas:.....
174	4.	Penalidad.....

EXPLOTACIÓN ILEGAL DE CASINOS Y DE
MÁQUINAS TRAGAMONEDAS

176		Conceptos generales, bien jurídico.....
183	1.	Tipicidad objetiva:.....
183	a.	Sujeto activo.....
196	2.	Sujeto pasivo.....
196	3.	Modalidad típica.....
199	4.	Tipo subjetivo del injusto y formas de imperfecta ejecución
201	5.	Consecuencia jurídica e incidencia del principio del non bis in idem.....

CAPITULO V
DESEMPEÑO DE ACTIVIDADES NO AUTORIZADAS
DE LOS AGENTES DE INTERMEDIACIÓN

207	1.	Notas preliminares.....
211	2.	Tipicidad objetiva:.....
211	a.	Sujeto activo.....
214	b.	Sujeto pasivo.....
214	c.	Modalidad típica.....
220	3.	Formas de imperfecta ejecución.....
221	4.	Tipo subjetivo del injusto.....

INDICE

SECCIÓN TERCERA

TITULO X
DELITOS CONTRA EL ORDEN FINANCIERO
Y MONETARIO

CAPITULO I
DELITOS FINANCIEROS

1.	Consideraciones generales.....	223
2.	Bien jurídico tutelado	233
	a. La protección del "sistema crediticio"	235
	b. El correcto manejo de los fondos e inversiones de los usuarios del sistema.....	236
	c. La legalidad del sistema financiero.....	240

CONCENTRACION CREDITICIA

1.	Tipicidad objetiva:.....	244
	a. Sujeto activo	244
	b. Sujeto pasivo.....	245
	c. Modalidad típica.....	246
2.	Figura agravada	247
	a. Cuando los créditos, descuentos u otros financiamientos son otorgados a favor de directores o trabajadores de la institución, o de personas vinculadas a accionistas de la propia institución conforme a los criterios de vinculación normados por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.....	247
	b. Cuando como consecuencia de la aprobación de las operaciones señaladas en los párrafos anteriores, la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones resuelve la intervención o liquidación de la institución	248

1. Fundamentos de la imputación penal..... 272

2. Tipicidad objetiva:..... 275

 a. Sujeto activo..... 275

 b. Sujeto pasivo..... 276

 c. Comportamiento básico..... 276

3. Comportamiento agravado..... 278

4. Cuando los accionistas, asociados, directores, gerentes y fun-

FINANCIAMIENTO POR MEDIO DE
INFORMACIÓN FRAUDULENTO

1. Fundamento de la incriminación..... 261

2. Tipicidad objetiva:..... 265

 a. Sujeto activo..... 265

 b. Sujeto pasivo..... 265

 c. Modalidad típica..... 265

3. Formas de imperfecta ejecución..... 268

4. Tipicidad subjetiva..... 269

INSTITUCIONES FINANCIERAS ILEGALES

1. Motivo de incriminación..... 251

2. Tipicidad objetiva:..... 253

 a. Sujeto activo..... 253

 b. Sujeto pasivo..... 254

 c. Modalidad típica..... 255

3. Tipo subjetivo del injusto..... 258

4. Formas de imperfecta ejecución..... 259

OCULTAMIENTO, OMISIÓN O FALSEDAD
DE INFORMACIÓN

3. Tipo subjetivo del injusto..... 250

ÍNDICE

cionarios de la institución cooperen en la ejecución del delito	280
5. Formas de imperfecta ejecución	281
6. Tipicidad subjetiva	281

CONDICIONAMIENTO DE CRÉDITOS

1. Fundamento de la incriminación.....	283
2. Tipicidad objetiva:.....	285
a. Sujeto activo	285
b. Sujeto pasivo.....	286
3. Formas de imperfecta ejecución	288
4. Tipicidad subjetiva.....	288

PÁNICO FINANCIERO

1. Fundamentos de la imputación jurídico-penal	290
2. Tipicidad objetiva:.....	294
a. Sujeto activo	294
b. Sujeto pasivo.....	294
c. Modalidad típica.....	295
3. Comportamientos agravados.....	297
4. Formas de imperfecta ejecución	299
5. Tipicidad subjetiva.....	300

OMISIÓN DE LAS PROVISIONES ESPECÍFICAS

1. Las provisiones y su importancia en la gestión financiera	301
2. Tipicidad objetiva:.....	304
a. Sujeto activo	304
b. Sujeto pasivo.....	304
c. Marco regulativo e imputación jurídico-penal	304
3. Formas de imperfecta ejecución	308
4. Tipo subjetivo del injusto.....	309

DESVÍO FRAUDULENTO DE CRÉDITO
PROMOCIONAL

1.	Fundamentos de la incriminación	311
2.	Tipicidad objetiva:.....	314
a.	Sujeto activo	314
b.	Sujeto pasivo.....	314
c.	Modalidad típica.....	314
3.	Formas de imperfecta ejecución	315
4.	Tipo subjetivo del injusto.....	315

USO INDEBIDO DE INFORMACIÓN
PRIVILEGIADA-FORMAS AGRAVADAS

1.	A modo de Introducción.....	317
2.	Bien jurídico.....	319
3.	Tipicidad objetiva:.....	325
a.	Sujeto activo	325
b.	Sujeto pasivo.....	328
c.	Elementos de valoración típica.....	328
d.	Modalidad del injusto.....	334
3.	Agravante.....	337
4.	Formas de imperfecta ejecución	338
5.	Tipo subjetivo del injusto.....	340

SECCIÓN CUARTA

CAPITULO II
LOS DELITOS MONETARIOS

1.	Consideraciones generales.....	341
2.	Antecedentes e importancia de la moneda como medio de pago	343
3.	Bien jurídico tutelado.....	355

383	1.	Analisis preliminar.....
385	2.	Tipicidad objetiva:.....
385	a.	Sujeto activo.....
386	b.	Sujeto pasivo.....
386	c.	Modalidad típica.....
391	3.	Formas de imperfecta ejecución.....
392	4.	Tipo subjetivo del injusto.....

TRAFFICO DE MONEDA FALSA

377	1.	Tipicidad objetiva:.....
377	a.	Sujeto activo.....
378	b.	Sujeto pasivo.....
378	c.	Modalidad típica.....
381	3.	Formas de imperfecta ejecución.....
382	4.	Tipo subjetivo del injusto.....

ALTERACION DE LA MONEDA
DE CURSO LEGAL

363	1.	Antecedentes de la falsificación monetaria.....
368	3.	Tipicidad objetiva:.....
368	a.	Sujeto activo.....
368	b.	Sujeto pasivo.....
368	c.	Modalidad típica.....
374	4.	Formas de imperfecta ejecución.....
375	5.	Tipo subjetivo del injusto.....

FABRICACION Y FALSIFICACION DE
MONEDA DE CURSO LEGAL

FABRICACIÓN O INTRODUCCIÓN EN EL TERRITORIO
DE LA REPÚBLICA DE INSTRUMENTOS DESTINADOS
A LA FALSIFICACIÓN DE BILLETES O MONEDAS

- 1. Conceptos preliminares..... 393
- 2. Tipicidad objetiva:..... 396
- a. Sujeto activo..... 396
- b. Sujeto pasivo..... 397
- c. Modalidad típica..... 397
- 3. Formas de imperfecta ejecución..... 400
- 4. Tipo subjetivo del injusto..... 401

ALTERACIÓN DE BILLETES O MONEDAS

- 1. Consideraciones generales..... 403

APLICACIÓN EXTENSIVA

- 1. Análisis normativo..... 409

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

- 1. Si el agente obra como miembro de una asociación delictiva..... 414
- Comentario..... 414
- 2. Si el agente labora o ha laborado en imprentas o talleres gráficos o en la industria metalmeccánica y se ha valido de su conocimiento para perpetrar el delito..... 416
- 3. Si el agente labora o ha laborado en el Banco Central de Reserva del Perú y se ha valido de esa circunstancia para obtener información privilegiada, sobre los procesos de fabricación y las medidas de seguridad, claves o marcas secretas de las monedas o billetes..... 417

449	BIBLIOGRAFIA.....
445	1. Analisis normativo.....
VALORES EQUIPARADOS A MONEDA	
443	4. Tipo subjetivo del injusto.....
443	3. Formas de imperfecta ejecución.....
439	c. Modalidad típica.....
439	b. Sujeto pasivo.....
438	a. Sujeto activo.....
438	2. Tipicidad objetiva:.....
437	1. Conceptos preliminares.....
RETENCIÓN INDEBIDA DE DIVISAS	
436	4. Tipo subjetivo del injusto.....
435	3. Formas de imperfecta ejecución.....
432	c. Modalidad típica.....
432	b. Sujeto pasivo.....
432	a. Sujeto activo.....
432	2. Tipicidad objetiva:.....
429	1. Consideraciones generales.....
USO ILEGAL DE DIVISAS	
427	3. Tipo subjetivo del injusto.....
426	2. Formas de imperfecta ejecución.....
422	c. Modalidad típica.....
422	b. Sujeto pasivo.....
421	a. Sujeto activo.....
421	1. Tipicidad objetiva:.....
EMISIÓN ILEGAL DE BILLETES Y OTROS	
419	4. Si para facilitar la circulación de monedas o billetes falsifi- cados, el agente los mezcla con monedas o billetes genuinos



EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

1. APROXIMACIÓN AL TEMA

Conforme el hombre va adquiriendo nuevos conocimientos o va depurando los ya aprehendidos, configura una nueva cosmovisión de la vida del hombre en sociedad, propiciando a su vez una redefinición del Estado en el norte de la actividad legislativa. En efecto, la caracterización de la sociedad moderna es producto de la invención del hombre, quien a través de su genio inventivo y desarrollo científico-tecnológico, genera la aparición de nuevas y concretas actividades socio-económicas.

El Genoma humano, la clonación animal, los decodificadores de satélites portadores de programas, la energía nuclear, etc., son invenciones o descubrimientos que ha obtenido el ser humano producto del nivel científico alcanzado en el umbral del último milenio. La configuración de un mundo mejor, esto es, de fomentar la conformación de mecanismos para el progreso humano -de reducir los males existentes o de reducirlos cuantitativa y cualitativamente- son los retos de la Ciencia Moderna. Empero, esta evolución epistemológica de la ciencia actual, ha sido también utilizada por el hombre de forma negativa, a partir de la creación de armamentos químicos sofisticados, capaces de producir poderosos y nocivos estragos a la Humanidad. Dicho en otras palabras: el avance científico y tecnológico adquiere en la actualidad una doble dimensión valorativa; una positiva, según queda constatado en el mejor reparto de la riqueza y del bienestar; y,

una negativa, conforme al uso de la ciencia como arma de disuasión dominante por parte de las potencias del orbe.

Atrás quedan los rezagos de la Sociedad Industrializada que emergió a fines del siglo XVIII, producto de la masiva producción industrial y manufacturera que se logro por obra y gracia del Capitalismo económico, que copo las esferas políticas de los gobiernos democráticos de avanzada. El Liberalismo Económico funda su macula constructora en la propiedad privada y en el libre mercado, que se configura a partir del abstencionismo estatal en el vida económica del país.

Una actividad económica-financiera, que por su libertad de actuación no estaba en condiciones de proteger al individuo, a partir de criterios de «solidaridad social», en vista de sus cometidos esencialmente materiales.

El capital, la producción, la empresa son las unidades que vitalizan y dinamizan toda la actividad socio-económica. Sin duda, una actuación estatal así concebida, no contaba con un marco adecuado para abarcar derechos sociales que fueron normativamente reconocidos con la Constitución de Weimar de 1919 así como la de Queretaro en México.

Luego del derrumbe del Nacional-socialismo, el estado de cosas habría de redefinirse, mediando una nueva concepción filosófica y política, dando entrada a un «Constitucionalismo Social», que tiene como basamento: la defensa y protección de los Derechos Humanos. En el Perú con la Constitución Política de 1979.

Lo que al presente estudio interesa, es que esta nueva configuración del Sistema Jurídico-Estatal, habría de tener incidencia directa en la política social y en la política criminal a mediados del siglo 20, en Europa Occidental y Latinoamérica.

El progreso científico y económico, ha generado una nueva dimensión y percepción de los riesgos que de antaño se percibían por los sociólogos y políticos. La modernidad ha traído a colación

la irrupción de un sin número de actividades humanas, actividades encierran una utilidad social, pero a su vez concretos riesgos para los bienes jurídicos fundamentales.

Al contrario que los riesgos empresariales y profesionales del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, estos riesgos ya no se limitan a lugares y grupos, sino que contienen una tendencia a la globalización que abarca la producción y reproducción y no respeta las fronteras de los Estados nacionales, con lo cual surgen unas amenazas globales que en este sentido son supranacionales y no específicas de una clase y poseen una dinámica social y política nuevas⁽¹⁾. Nuevas amenazas a la coexistencia pacífica de la Humanidad, que adquieren ribetes de criminalidad, cuando se materializan a través de ataques o puestas en peligro de bienes jurídicos «individuales» y «supraindividuales», siempre que generen un foco de peligro que trascienda el «riesgo no permitido» .

De otro lado, la Globalización económica y cultural, produce una Criminalidad de la Globalización, que toma lugar a partir de mecanismos e instrumentos modernos, que dichas estructuras criminales cuentan para organizarse y potenciar sus actividades ilícitas, que se extienden a latitudes antes impensables. Ciertamente, las bondades y beneficios de la post industrialización son también canalizadas por los individuos que se organizan a través de asociaciones delictivas.

La nueva sociedad moderna importa una construcción socio-económica, virtualmente definida por el intercambio de bienes, servicios y tecnología; de ahí la relevancia de los Tratados de Libre Comercio de la Región.

⁽¹⁾ Beck, Ulrich; La sociedad del riesgo - hacia una nueva modernidad. Traducción Jorge Navarro, Daniel Jiménez y M^a Rosa Borrás. Paidós, Barcelona, 1^o edición, 198, cit., p. 19.

La interactuación de estas actividades se realiza a partir de una participación colectiva del hombre, cuya proximidad y estrechez, provoca la generación de focos de conflictividad social, que se traduce algunas veces, en la comisión de Injustos penales, que revelan una faz plenamente diversa a la criminalidad propia del Estado Liberal.

La industria, el tráfico vario, las actividades mineras y petroleras, son realizadas por individuos en condiciones no muy seguras, donde la producción de una lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico, es generado por una conducta socialmente defectuosa, generalmente de forma imprevisible o fortuita; en algunos casos la lesividad es reemplazada por la descripción de una actividad aproximativamente riesgosa para un bien jurídico. De ahí que se diga con corrección, que mientras la sociedad liberal era caracterizada por los delitos dolosos, la sociedad moderna es caracteriza autorreferencialmente por los delitos culposos. Esto se debe en gran parte –como expone Schöne- a los siempre renovados potenciales de peligros que acarrea consigo un mundo mecanizado e industrializado y sobre cuyo crecimiento el derecho penal no ejerce influencia alguna^[2].

Un Estado Liberal de Derecho, cuyos postulados fundamentales era la tutela de los derechos subjetivos individuales, como la propiedad individual, da paso de forma acabada a un Estado Social y Democrático de Derecho, cuyas finalidades esenciales es promover un estado de bienestar de los ciudadanos, facilitando la participación de los individuos en los procesos socio-culturales.

Ante esta nueva descripción jurídico-estatal, la política criminal es redefinida hacia nuevos ámbitos sociales. De hecho, se produce un desplazamiento de un Derecho penal retributivo, hacia un Derecho penal preventivo, cuya tarea es de preservar un estado de igualdad y

^[2] Schöne, Wolfgang; *Imprudencia, tipo y ley penal*. Traducción por Patricia S. Ziffer, Universidad Externado de Colombia, Departamento de Publicaciones, Colombia, primera edición, 1996, cit., p. 26.

de libertad entre los asociados. Se deja de lado la visión «retributiva» de la pena para dar paso a una perspectiva «preventiva» de la pena, de la mano de las posiciones «Funcionalistas» del Derecho penal.

Esta nueva configuración socio-económica de la sociedad provoca efectos cognitivos de especial particularidad en la población y en el legislador. Estos nuevos riesgos^[3] son asumidos con fatalismo y con temor por el entero de la sociedad, lo que lleva a una reacción social de envergadura criminalizadora, todo lo cual desencadena quiérase o no un replanteamiento de la política jurídica del Estado. Percepción cognitiva que se traduce político criminalmente en concretas medidas jurídico-penales, a partir de la intervención del Derecho penal en nuevos ámbitos sociales antes nunca abordados por el derecho punitivo.

Dicho lo anterior, el discurso político criminal se dirige a cuestionar la legitimidad del Estado, y por tanto, del Derecho penal de acuerdo a los principios liberales acuñados a fines del siglo XVIII; y por otro lado, si es que las categorías dogmáticas elaboradas en la doctrina del Derecho penal liberal son adecuadas para enfrentar esta nuevas tareas preventivas, o si en su defecto, es necesario reelaborar el contenido de las mismas a partir de nuevos contenidos teóricos. Dicho en otras palabras: *la discusión jurídico-penal en el nuevo siglo ya no gira sobre el contenido ontológico de la acción, sino sobre las tareas que el Derecho penal debe asumir bajo una concepción político criminal de postulados esencialmente preventivos.*

Lo cierto y concreto es que nuevos riesgos amenazan a la población, el proceso de industrialización y modernización, han traído conse-

^[3] En palabras de Beck, Ulrich, los “Riesgos” se interpretan aquí (en principio de forma similar a la idea predominante) como inseguridades determinables y calculables que la misma modernidad industrial produce como consecuencias secundarias, advertidas o no, subyacentes a determinadas ventajas y ante las que reacciona –o precisamente no reacciona- con regulaciones sociales; Políticas Ecológicas en la edad del Riesgo. Traducción de Martín Steinmetz, primera edición, El Roure Barcelona, 1998, cit., p. 131.

cuencias negativas para las bases existenciales de la humanidad, vgr., para la vida y la salud de los individuos. Hoy amenaza y destrucción de las bases naturales de la vida^[4]. Y estos nuevos riesgos y amenazas necesitan ser contenidas por el Estado, pero, la disyuntiva radica, en cuáles deben ser los instrumentos que el Estado debe utilizar para prevenir ,-eficaz y eficientemente-, dichos peligros.

La complejización de las relaciones sociales y la proliferación de riesgos, producto de la tecnificación de la sociedad, derivó en una expansión de la regulaciones penales en el derecho comparado^[5].

Conforme a lo expuesto, hemos de esbozar una dimensión amplia del estado de la cuestión, que va más allá de un discurso en puridad «dogmático».

2. DEFINICIÓN DE POLÍTICA CRIMINAL Y LA REDEFINICIÓN DE SUS OBJETIVOS CONFORME A LA CONFIGURACIÓN DE LA SOCIEDAD MODERNA

A fin de esbozar una definición de la ciencia de la Política Criminal, es necesario remitirnos a las primeras concepciones teóricas sobre la materia. Así, a fines del siglo XIX en Alemania Franz Von Liszt, para quien la Política Criminal, es el conjunto sistemático de principios, con arreglo a los cuales deben organizar el Estado y la sociedad la lucha contra el crimen. Este famoso autor alemán, compaginó su teoría del delito, bajo consideraciones positivistas y naturalistas, partiendo de una concepción cerrada de conceptos dogmáticos que habrían de actuar a favor de la libertad del individuo que es sometido a la persecución penal del Estado. En otro plano, ubicaba a la Política Criminal como ámbito social y político, que el Estado habría de utilizar para combatir el crimen en todas sus facetas, tomando como base determinadas

[4] Ulrick, B.; La sociedad del Riesgo, cit., p. 57.

[5] Balcarce, Fabián I.; La relación entre Derecho Penal y Derecho Penal Económico, cit., p. 77.

propiedades criminológicas de autor; sin cohesionar con el tratamiento analítico de la teoría del delito. Siendo así, se producía un divorcio entre el Derecho penal con la Política Criminal, es decir, entre el Estado de Derecho y el Estado Social, reduciendo por tanto, el papel de la política criminal a una mera función retributiva.

Fuerbach, desde una visión liberal del Estado, concibe una teoría psicológica de la prevención de la criminalidad, una concepción traída a más por los estímulos inhibitorios que se producen por efecto de la amenaza penal. Para Von Fuerbach, la Política Criminal es el conjunto de métodos represivos por los cuales el Estado reacciona contra el crimen. De forma tal, que la concepción de este autor limita la concepción de la Política Criminal de igual forma que Von Liszt, pero con distintos matices.

La reseña histórica delineada, incide en una visión limitada y reductiva de la Política Criminal, conforme a las tareas que debe asumir en la actualidad, marcada por las estructuras sociales de la época, cuya poca movilidad no permitía una mayor dinámica de la Ciencia jurídico-penal.

La etapa de la post-guerra, el debacle del Nacional-Socialismo, renovó el pensamiento filosófico, con la entrada del Neokantismo cuyos postulados científicos habría de colocar la ciencia penal en un relativismo cultural. Sin embargo, el cambio de viraje habría de revelarse a inicios de la década del sesenta, personificado en el alemán Claus Roxin, quien replanteó de forma revolucionaria la dogmática penal, a partir del pensamiento Sistemático, integrando el Derecho penal con la Política Criminal, impregnando las categorías dogmáticas con valoraciones político criminales⁶¹. La ciencia penal estaba construida

⁶¹ Desde una visión estricta de la política jurídica en general, es Zipf, para quien el ámbito de la Política criminal se refiere a la determinación del cometido y función de la justicia criminal, consecución de un determinado modelo de regulación en ese campo y decisión sobre el mismo (decisión fundamental polítocriminal), su configuración y realización prácticas en virtud de la

bajo esquelas argumentativas, de pleno contenido abstracto, de un andamiaje cohesionado en sus elementos, pero vacío de contenido sociológico.

En realidad, la preocupación del pensamiento sistemático era de acercar la ciencia a la realidad social, pues, los teóricos se habían olvidado que la tarea fundamental del Derecho penal era de prevenir y contener riesgos para la indemnidad de los bienes jurídicos fundamentales. De recibo, esta postura científica se adscribe perfectamente en la dirección funcionalista que habría de asumir el Sistema Penal.

Asistimos en el ámbito del saber de las ciencias sociales y del método jurídico al triunfo del funcionalismo, entendido de manera amplia como la corriente de pensamiento que orienta el conocimiento hacia fines sociales de integración y consenso^[7]. En tal entendido, la integración de la sociedad partiría en el ámbito criminal, en las tareas de prevención del delito que debe comprenderse en la Política Criminal. Según esta orientación del pensamiento, el sistema penal se encuentra determinado por el fin de prevención, que constituye el valor rector del razonamiento sistemático y que permite anclar el relativismo axiológico en funciones sociales^[8]. En efecto, la prevención del delito como paradigma esencial del pensamiento funcionalista, habría de voltear la página a las posturas retributivas de antaño.

Dicho lo anterior, la reformulación del rumbo de la Política Criminal era una decisión inaplazable; por tales motivos, las funciones de la Política Criminal habría que adscribirlas en la Política Social, pues, la primera de ellas se refunde en la segunda de las mencionadas. La

función, y su constante revisión en orden a las posibilidades de mejora (realización de la concepción políticocriminal en general); Introducción a la Política Criminal. Traducción de Miguel Izquierdo Macías-Picavea, de la edición española, Edersa, 1979, cit., ps. 3-4.

^[7] Zúñiga Rodríguez, Laura; Política Criminal. Editorial Colex, Madrid, 2001, cit., p. 31.

^[8] Ibidem.

redefinición categorial, habría de partir de la concepción del Estado Social y Democrático de Derecho, donde las tareas prestacionales son otras, y donde los demandas sociales exigen una intervención decidida por parte del Estado. Así de forma definitiva, el raigambre axiológico de los derechos humanos como pilar fundamental de todo el basilar jurídico-constitucional.

Construir una verdadera cultura de los derechos humanos significa, reducir al máximo las desigualdades socio-económicas de los ciudadanos, partiendo de una mejor distribución de la riqueza. El mejor reparto del beneficio social importa una intervención decidida del Estado en todos aquellos ámbitos de relevancia.

En puridad, la política penal no puede confundirse con la Política Criminal, la primera es sólo la plasmación de instrumentos legales para la prevención y represión del delito, mientras que la segunda se dirige a construir una sociedad cada vez más justa, conforme a criterios de equidad y solidaridad. En palabras de Roxin, transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político criminales y éstas, a su vez, en reglas jurídicas de *lege lata* o *ferenda*, es un proceso, cuyos estadios concretos son de igual manera importantes y necesarios para el establecimiento de lo socialmente justo¹⁹¹.

A este nivel de la discusión, es importante citar a Baratta, quien distingue a la política penal de la política criminal de la forma siguiente "(...) entendiéndose con la primera una respuesta a la cuestión criminal circunscrita en el ámbito del ejercicio de la función punitiva del Estado (ley penal y su aplicación, ejecución de la pena y de las medidas de seguridad), y entendiendo en sentido amplio la segunda

¹⁹¹ Roxin, Claus; Política Criminal y Sistema del Derecho Penal. Traducción e Introducción por Francisco Muñoz Conde. 2da, edición, 1era. Reimpresión. Hammurabi. José Luis Depalma editor, Buenos-Aires, 2002, cit., ps. 101-102.

como política de transformación social e institucional^[10]. Es decir, hemos ido avanzando hacia una concepción mucho más amplia de la Política Criminal, para la cual la prevención trasciende el ámbito puramente penal, para conectar con todas las formas de control social formales e informales^[11]. En consecuencia, la Política Criminal en una concepción sociológica moderna de la sociedad, amplía sus visión a un campo mas amplio, producto de las nuevas estructuras de la sociedad moderna.

En este orden de ideas, a la Política Criminal moderna la corresponde la prevención y contención de los nuevos riesgos que aparecen en la escena cotidiana de las relaciones entre los individuos. Una Política Criminal que en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, debe aspirar a un máximo de tutela para los derechos fundamentales, desde una perspectiva atomista y funcional a la vez, no sólo combatiendo con penas al delito, sino reduciendo los focos de conflictividad social, minimizando los factores de exclusión social. Una nueva configuración política y jurídica a la vez, que extiende su manto protector al delincuente, a la víctima directa y a las víctimas potenciales -la sociedad en su conjunto-.

Frente al Derecho penal tradicional y su principio básico de intervención mínima que le limita a exigir sólo lo mínimo indispensable para la seguridad ciudadana, la PC -asevera Beristain- progresista proclama la conveniencia de aspirar a los máximos valores de la ética cívica y la justicia social^[12]. Precisamente el paradigma de un Derecho penal mínimo es una de las tensiones principales que se genera con las

[10] Baratta, Alessandro; *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*. Introducción a la sociología jurídica-penal. Siglo veintiuno editores Argentina, 1era, edición, 2002, cit., ps. 213-214.

[11] Zúñiga Rodríguez, L.; *Política Criminal*, cit., p. 38.

[12] Beristain Ipiña, Antonio; *Hoy y mañana de la Política Criminal protectora y promotora de los valores humanos (La paz desde la Victimología)*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, cit., p. 28.

nuevos ámbitos de intervención y prevención de la Política Criminal moderna, problematización que pretendemos dilucidar más adelante.

3. DIMENSIÓN CRIMINOLÓGICA DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO

Robos, secuestros, violaciones, hurtos, estafas, etc., era la caracterización criminológica de la sociedad industrial. En efecto, la incidencia delictiva era medida conforme a los estándares delincuenciales de las clases sociales marginales. Sin duda, el Derecho Penal liberal de la Ilustración, habría de criminalizar aquellas conductas que eran constitutivo de un riesgo para la propiedad privada, es decir, los derechos subjetivos por antonomasia a tutelar eran los pertenecientes primero a la aristocracia y luego a la burguesía emergente, donde los clientes de la Justicia Penal era estigmatizados bajo encuadraturas socio-económicas.

De forma definitiva, el Derecho Penal acuñado en ese entonces, no podía garantizar el principio de igualdad, así como una actuación ponderada del resorte punitivo estatal. Así, Schünemann, al escribir que el Derecho penal estatal se originó, por tanto, como instrumento específico contra la criminalidad de los aventureros y pobres; y tampoco cambio lo más mínimo en la época de la Ilustración, ya que entonces, aunque fueron eliminados ciertamente la quema de brujas y herejes, así como la tortura y, con ello, las peores bestialidades en el ámbito del Derecho penal, el hurto, sin embargo, fue conservado como delito central de la clase baja y en la época de la Restauración, en la primera mitad del siglo XIX, a través de la ley de hurto forestal, incluso se amplió^[13]. El Derecho Penal así planteado es utilizado para asegurar cualquier tipo de amenaza que atente contra las estructuras

^[13] Schünemann, Bernd; Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral? Traducción de Lourdes Baza. En: *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*, Tecnos, España 2002, ps. 53-54.

de la clase dominante, tanto en el campo de la moral, la ideología y lo económico¹¹⁴⁾.

Es de verse, entonces, que el Derecho penal liberal -que muchos pretenden hoy en día defender a rajatabla-, era la plasmación de una Política Criminal de raíces clasistas, que basaba su ordenación bajo las pautas de una criminalización selectiva, todo lo cual fue denunciado con resonancia por los representantes de la Criminología Crítica y del *Labelling Aproach*.

El panorama criminológico descrito, obviamente definía los contornos de una determinada sociedad, atomizada por sus actividades económicas, y jerarquizada por su estructura social vertical, llevada a mas por el capitalismo liberal. Sin embargo, fue en una de las sociedades, donde el Capitalismo triunfó de forma contundente - USA, donde emergieron los primeros estudios criminológicos sobre esta materia. La pauperización económica, producto de una producción a gran escala, habría de generar ciertas disfunciones en el mercado industrial, laboral y empresarial.

El reconocimiento de los derechos laborales en la década de los veinte, por obra y gracia de la emergente sindicalización, y otras reivindicaciones sociales de la masa proletaria, provocó una redefinición del las propiedades criminológicas. Ciertamente, aparecen actos empresariales y financieros, que tienen también la virtualidad de afectar ciertos bienes de forma significativa. El cierre de una empresa (lock-out), las quiebras intencionadas, manipulaciones contables, administraciones fraudulentas, evasión fiscal, condiciones laborales infra-humanas, entre otras manifestaciones fenotípicas, llevó a un estudios como David Sutherland en 1940, a través de la doctrina de la «asociación diferencial» que define a un nuevo grupo criminal, la de «cuello blanco» - *white collar crimes*, comprendido por un nuevo grupo

¹¹⁴⁾ Lamas Puccio, L.; Derecho Penal Económico. 2da. Edición, Librería y Ediciones Jurídicas, Lima, cit., p. 85.

de delincuentes, aquellos pertenecientes a las clases socio-económicas más altas de la sociedad burguesa⁽¹⁵⁾.

Por lo tanto, se describía una nueva criminalidad, producto de una estructura socio-económica distinta a la «delincuencia convencional», que también cometían comportamientos «socialmente negativos», con suficiente idoneidad para afectar al mercado, a la competitividad, la economía, al sistema financiero, a la hacienda pública, al medio ambiente, etc. Al respecto Lamas Puccio, anota que son la aparición de concretas manifestaciones de una nueva delincuencia patrimonial, que empieza a tener un mayor auge, y supone la puesta en escena de una maquinación engañosa muy bien planificada, dirigida a un gran número de personas o una colectividad determinada, cuyos miembros individuales realizan actos dispositivos en perjuicio de terceros e ilícito beneficio a favor de un defraudador⁽¹⁶⁾.

Se exteriorizan así otras conductas antijurídicas que toman lugar a partir de actividades más complejas y sofisticadas, que las habitualmente conocidas. Ya no se emplea el revolver, la cachea, la amenaza psicológica o el veneno mortal, sino son los propios instrumentos que le brindan la actividad empresarial y económica, que le permiten a estos sujetos cometer estas ilicitudes penales. A este respecto Ulrich Beck, cita a Bertold Brecht, quien afirma que, entre un director bancario y un atracador, la diferencia está en que uno roba legal y permanentemente y el otro ilegal y puntualmente, se extiende sobre otras circunstancias, de mucho mayor peso, de delito por amenaza contra la vida⁽¹⁷⁾.

Según lo expuesto, el glosado de figuras delictivas habría de extenderse de forma paulatina y extensiva a la vez, criminalizando conductas, bajo una nueva visión de la política criminal, traída a

⁽¹⁵⁾ Vide, de forma extensa, Peña Cabrera, R.; Delitos económicos..., cit., ps. 103-107.

⁽¹⁶⁾ Lamas Puccio, L.; Derecho Penal Económico, cit., p. 93.

⁽¹⁷⁾ Beck, Ulrich; Políticas Ecológicas en la edad del Riesgo, cit., p. 19.

más por la construcción de bienes jurídicos macro-sociales o dígame «supraindividuales»¹¹⁸⁾, y el uso de la técnica de los delitos de «peligro abstracto»; una vía política criminal idónea para reducir la «cifra negra de la criminalidad económica»¹¹⁹⁾.

Lo que desde un punto de vista criminológico nos interesa destacar, es este vuelco del paradigma criminológico mono-causal, a una perspectiva criminalizadora compleja, significó la profusa introducción de nuevos clientes a la población penalizada.

Las nuevas manifestaciones criminológicas habrían de producir un cambio de viraje de la Política Criminal, partiendo de nuevos ámbitos de intervención del Derecho penal. Sin embargo, los años venideros, demostraron que el Sistema Penal, sobre todo, en las sociedades capitalistas, revelaba una igualdad simbólica, puesto, que los verdaderos criminalizados seguían siendo los delincuentes de las capas sociales marginales.

De recibo, quienes son portadores del poder defnitorial de la «conducta prohibida», son o representan a las clases sociales privilegiadas, asumiendo de tal forma, una posición política de contención, cuando pueden verse afectados con concretas decisiones que ellos mismos toman en su quehacer legislativo. Aunque en ciertas coyunturas de especial conmoción social, no les queda mas que intensificar la respuesta punitiva en ámbitos como los atentados contra la Administración Pública, etc.

La calificación de ciertos comportamientos como delitos y la organización de la respuesta a tales comportamientos, depende de

¹¹⁸⁾ Así, Silva Sánchez, Jesús-María; Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo. En: Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución. Centro de estudios criminológicos. Universidad de la Laguna, Comares, 1997, cit., ps. 310-311.

¹¹⁹⁾ Vide, al respecto, Lamas Puccio, L.; Derecho Penal Económico, cit., ps. 89-91.

valoraciones y juicios de conveniencia estructuralmente sujetos a la dinámica de la decisión política^[20]. Bajo este contexto, queda claro, que el divorcio entre la esfera social y la esfera normativa es una consecuencia sistémica inevitable, al derecho penal del Estado liberal se le escapan las causas y las consecuencias del fenómeno criminal que pretende regular^[21].

Esta nueva cosmovisión criminal, desde un ámbito teórico, produjo de todas formas la construcción dogmática de un Derecho Penal Económico, Derecho Penal Ambiental y porque no decirlo Genético. Nuevas dimensiones punitivas, que constituyen el soporte material para la discusión dogmática y política criminal en el umbral del Tercer Milenio.

4. LA RECONDUCCIÓN POLÍTICA CRIMINAL DE BIENES JURÍDICOS INDIVIDUALES A BIENES JURÍDICOS SUPRA-INDIVIDUALES

El Derecho penal que se ancló como "liberal" a fines del siglo XVIII, sustentó el programa político criminal sobre la visión del bien jurídico protegido. En efecto, desde la perspectiva dogmática formulada por Birnbaum, el bien jurídico se constituyó en la base programática de la política criminal, luego, desarrollada por Binding y Von Liszt.

En sus inicios el bien jurídico habría de configurar una dimensión estrictamente individualista, esto es, los primeros intereses a tutelar son aquellos pertenecientes a la persona humana. Son bienes jurídicos, entonces, todos aquellos valores que el individuo requiere para su autorrealización personal, tomando en consideración al hombre como una unidad bio-psico-social. A partir de esta coloración política criminal,

^[20] Orozco Abad, Iván/ Gómez Albarello, Juan Gabriel; Los peligros del nuevo Constitucionalismo en materia Criminal. Editorial Themis S.A, Santa Fe de Bogotá - Colombia, 1999, cit., p. 224.

^[21] Orozco Abad, I./ Gómez Albarello, J.G.; Los peligros del nuevo Constitucionalismo en materia Criminal, cit., p. 225.

el referente constructor de la legislación positiva sería una concepción atomista del bien jurídico, sin entrar a valorar las necesidades que el hombre debe cubrir cuando participa en los procesos sociales, quiere decir, en referencia a su interrelación con sus congéneres. Fue con el Código Penal de Von Furbach en 1813, que el catálogo de conductas delictivas seguiría una sistematización político criminal definida por el bien jurídico personal, empezando la codificación por comprender los ataques contra la vida, el cuerpo y la salud. Postura político criminal que fue seguida por la mayoría de legislaciones punitivas de occidente, y que de cierta forma inspira aún las codificaciones penales modernas, pues, cualquier Código punitivo que se asiente en un orden democrático de derecho debe empezar por tutelar el valor fundamental del Sistema Jurídico-Estatal, concretamente la vida como soporte material indispensable para el desarrollo del resto de bienes jurídicos.

El bien jurídico traza una política criminal de especial relevancia para una sociedad que marca límites precisos a la violencia punitiva del Estado, y en base a una referencia de orden metodológico. De ahí que se infiera que el bien jurídico cumple un doble papel, como límite político criminal de la intervención del *ius puniendi* estatal en la esfera de libertad de los ciudadanos, ejerciendo una contención material a partir de sus principios rectores (subsidiariedad, fragmentariedad, *ultima ratio*, etc.); y por otro lado, desde una perspectiva exegética, de acuerdo a una dogmática jurídico-penal definida mediante elementos intra-sistemáticos que deben interpretarse teleológicamente, mediante la función esencial del Derecho penal: la protección preventiva de bienes jurídicos, así como la de asegurar una coexistencia pacífica bajo un régimen de libertades individuales.

Sin embargo, la dimensión político criminal es esencialmente valorativa, debe tomar en consideración las transformaciones sociales así como las nuevos focos de conflictividad social que van propiciando ámbitos sociales insoportables. La política criminal se nutre de los datos meta-jurídicos que le proporciona la criminología a fin de plantear fórmulas legislativas idóneas en orden a solucionar pacíficamente el

conflicto social. En tal virtud, esta retroalimentación refleja nuevas necesidades y nuevos ámbitos de intervención, que no pueden ser abordados coherentemente bajo una visión reductora del bien jurídico. En efecto, el Derecho penal nuclear se concibe como el Derecho penal de los bienes jurídicos altamente personales protegido mediante tipos configurados como delitos de lesión^[22].

La masificación productiva, la proliferación industrial, el avance de la bio-genética, la actividad minera, entre otras, crean nuevos focos de riesgo que se constituyen en peligros concretos para los bienes jurídicos personalísimos. Pero, estos riesgos no están comprendidos en los alcances normativos de los tipos penales tradicionales. Sin duda, la contaminación ambiental, los residuos tóxicos, la alteración del bio-sistema son consecuencias nocivas que obligan un cambio de rumbo político criminal. El individuo no sólo necesita que se tutela su vida y salud con los tipos de homicidio y lesiones, sino también, que cuente con un eco-sistema equilibrado y sostenido sistemáticamente bajo un estándar de mínima viabilidad existencial. Un viraje de 180 grados, que habría de introducir en la construcción dogmática jurídico-penal dos categorías fundamentales: los bienes jurídicos supraindividuales y los tipos penales de peligro abstracto.

El orden socio-económico, el orden crediticio, la salud pública y el medio ambiente constituyen bienes jurídicos de naturaleza supraindividual o dígame macro-sociales, son intereses jurídicos cuya titularidad son reconocidos a la colectividad, concretamente a la sociedad. Entre estos bienes jurídicos, el medio ambiente asume un rol preponderante en la denominada sociedad de riesgo. Es tal la importancia que ha adquirido este bien jurídico, al punto de haberse construido en la dogmática actual un Derecho penal ecológico o del medio ambiente, de conformidad a

[22] Corcoy Bidasolo, Mirentxu; Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos. En: *La Política Criminal en Europa*. Directores: Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, Atelier 2002, Barcelona, cit., p. 27.

una construcción dogmática de perspectiva jurídico-constitucional^[23]. Actualmente, somos testigos, de una depredación indiscriminada de los escasos recursos naturales con que cuenta la sociedad actual, la naturaleza definitivamente no es inagotable. A finales del siglo XX, son evidentes las consecuencias de estas actuaciones: degradación de aguas y suelos, desertización, deterioro de la atmósfera con la consiguiente pérdida de capa de ozono, agotamiento de recursos naturales, en particular, escasez de agua, contaminación, reducción indiscriminada de la masa forestal, desaparición de especies como nunca había sucedido en la historia de la humanidad, consumo de energía, emisiones de dióxido de carbono, etc^[24]. Sin duda, la protección del medio ambiente es una prioridad en los Estados Nacionales y el común denominador para los Organismos Internacionales Ecologistas.

Schünemann sintetiza la relevancia protectora del Derecho penal en este ámbito, a partir de las siguientes palabras "Sólo si la naturaleza delictiva de los daños al medio ambiente es caracterizada claramente mediante su integración en el Derecho penal y si se cuenta con sanciones que resultan imponentes frente al destructor del medio ambiente socialmente influyente y de cálculo racional, entonces se podrá abordar con cierto éxito la enorme tarea de la reconstrucción ecológica de la sociedad industrial. En cambio, considero ingenua la idea de poder iniciar un cambio de conciencia en toda la sociedad precisamente a través de la descriminalización^[25]. Es sabido, que los ataques lesivos al medio ambiente y a todo el sistema ecológico no son debidamente sancionados, pues, si bien su legalización punitiva es una realidad normativa, existen otros factores intra y extra-sistémicos que impiden

^[23] Así, el artículo 68 de la Constitución al consagrar el deber del Estado de promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.

^[24] Martínez de Pisó, José; Políticas de Bienestar: Un estudio sobre los derechos sociales. Editorial Tecnos S.A, Madrid, 1998, cit., ps. 62-63.

^[25] Schünemann, Bernd; Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho Penal del medio ambiente, cit., p. 41.

que estos comportamientos dañosos sean reprimidos adecuadamente. Los problemas al medio ambiente no son percibidos adecuadamente por la sociedad, únicamente las Ongs., u otras entidades sectoriales exigen una respuesta jurídico-estatal más decidida. Ulrich Beck, recoge esta realidad claramente, al sostener que (...) los daños al medio ambiente y la destrucción de la naturaleza causada por la industria, con sus diversos efectos sobre la salud y la convivencia de los seres humanos (que sólo surgen en las sociedades muy desarrolladas), se caracterizan por una pérdida el pensamiento social^[26]. Con todo, debe apuntarse que son las condiciones mínimas de existencia vital del ser humano que se encuentran en juego, condiciones que en la actualidad se encuentran profundamente comprometidas en su subsistencia, producto de una vorágine caracterizada por una sociedad arrastrada por las necesidades tecno-prácticas y científicas.

Político criminalmente no hay objeción a la intervención del Derecho penal en estos ámbitos naturales. Por esta razón ha de señalarse sin vacilar, como la función más importante de la política criminal moderna, conforme a las necesidades de nuestro tiempo, el otorgar a la protección del medio ambiente el lugar que merece en el orden de los bienes jurídicos: el lugar central^[27]. El medio ambiente es entonces un bien jurídico de vital importancia para el Sistema Penal, y como tal caracteriza un interés jurídico de naturaleza colectiva. En tal sentido, esos bienes poseen cierta particularidad en esta rama de la ciencia jurídica, y es que los mismos son de carácter colectivo, en el sentido de que ya no pertenecen exclusivamente a una persona determinada, sino a la colectividad, lo cual implica que se considere a ésta como víctima^[28].

^[26] Beck, U.; *La sociedad del Riesgo*, cit., p. 31.

^[27] Schünemann, Bernd; *Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho penal del medio ambiente*, cit., p. 204.

^[28] Núñez, Jorge E.; *Algunos aspectos Dogmáticos y Procesales de la Protección Jurídico-Penal del Ambiente*. En: *Revista del Ministerio Público*. República Bolivariana de Venezuela. Caracas. Enero/Junio, 2004. N° 2, cit., p. 45.

Los bienes jurídicos supraindividuales deben valorarse conforme a una visión funcional y personalista del individuo, estos intereses jurídicos merecen protección punitiva en la medida que tienen una referencia individual^[29]. La vida, el cuerpo y la salud, son el soporte material de la unidad existencial del individuo, pero, que para desarrollarse plenamente necesitan de otros ámbitos sociales que se constituyen en la plataforma de su supervivencia. Dicho así, los bienes jurídicos colectivos poseen una funcionalidad innegable, que se expresa en viabilizar concretas participaciones de los ciudadanos en los diversos procesos sociales.

En definitiva, la posición que se esgrime la presente monografía, es de considerar al bien jurídico desde una visión dinámica y valorativa a la vez, donde el rumbo político criminal debe ser determinado por las nuevas configuraciones sociológicas que inciden en la generación de focos de conflictividad social, (...) el bien jurídico no puede ser visto como algo estático, sino que se trata de estimarlo constituido por unidades funcionales sociales sin las cuales nuestra sociedad en su estructura concreta no podría existir^[30]. A partir de esta consideración, asumimos una postura personalista del bien jurídico, quiere decir, que la formulación de tipos penales que tutelan bienes jurídicos supraindividuales se justifica en tanto lo que se intenta proteger en realidad son los bienes jurídicos de alcance personal. No concretamente estos bienes jurídicos, pues, si así fuera estaríamos legitimando un ámbito de intervención punitiva contraria a los principios fundadores del Derecho penal, y, dando paso a una administrativización del *ius puniendi*, colegido por una carencia de justificación de los nuevos ámbitos sociales de intervención. Esta especificación es importante a

^[29] Así, Cuesta Pastor, P; Delitos Obstáculo. Tensión entre la Política Criminal. Editorial Comares, Granada, 2002, cit., p. 19.

^[30] Cuesta Pastor, Pablo; Delitos Obstáculo. Tensión entre la Política Criminal y teoría del Bien Jurídico. cit., p. 15

efectos de estimar estas conductas típicas como delitos de peligro y no de lesión^[31].

La escuela de Francfort, liderada por Hassemer asume la postura aquí defendida en sentido parcial, concibiendo una reducción del Derecho penal a su núcleo mínimo –*Kernstrafrecht*–; pero asumiendo que, en tanto el Derecho penal no puede hoy renunciar a los bienes jurídicos colectivos, debe operarse una funcionalización en atención a bienes jurídicos individuales y describirse éstos del modo más preciso posible^[32]. Ahora bien, la posición esgrimida por nosotros, no pasa de ninguna manera por considerar que estos bienes jurídicos despliegan únicamente efectos simbólicos, en tanto, sólo generan una percepción cognitiva de seguridad normativa. De hecho, la visión crítica adoptada, viene a reflejar que la persecución y sanción de los delitos comprendidos en un Derecho penal moderno, no reciben el mismo tratamiento que los delitos convencionales. Son, entonces, otros factores meta-jurídicos que inciden en una simbolización de estos tipos penales.

^[31] Así, Corcoy Bidasolo, al sostener, si lo que se pretende proteger es el bien jurídico-penal individual o el bien jurídico-penal supraindividual. Si lo que se protege es el bien jurídico supraindividual, con la realización de la conducta típica éste resulta efectivamente lesionado –afectado–, por lo que carece de sentido su caracterización como “delitos de peligro”. De entenderse que sólo es legítimo proteger bienes jurídicos individuales habría que afirmar que la técnica legislativa de los delitos de peligro no está legitimada, por cuanto, incumple el principio de lesividad; Límites objetivos y subjetivos de la intervención penal..., cit., p. 27; Según nuestra posición dogmática, no se produce afectación alguna al principio de lesividad o de ofensividad, en tanto, la intervención punitiva en el marco del Estado Social y Democrático de derecho adquiere una función más preventiva, de conformidad con el contenido social del bien jurídico, por lo tanto, la técnica de delitos de peligro abstracto –como se sostendrá– es una dirección normativa legítima.

^[32] Citado por Corcoy Bidasolo, M.; Límites objetivos y subjetivos de la intervención penal..., cit., p. 28; Así también, Schünemann, B.; Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta, ..., cit., ps. 59-60.

El merecimiento de tutela penal de un bien jurídico^[33], amerita la concurrencia de dos presupuestos esenciales: 1.-Que sean elementos o planos sociológicos elementales para la autorrealización personal del individuo, y necesarios para el plano vital del ser humano en su configuración de vida en sociedad; 2.-Que, no sea suficiente la tutela que reciben estos bienes por el resto de parcelas del ordenamiento jurídico, esto es, según el principio de ultima ratio, el resto de mecanismos de control social hayan sido declarados como inoperantes por su incapacidad tutelar^[34].

La Política Criminal en el contexto del Estado Social y Democrático de Derecho, debe estar siempre al servicio del ciudadano, quiere decir, que el ser humano es la base material de todo el Sistema Jurídico-Estatal, y mientras se advierten concretas necesidades de protección social, el derecho punitivo estará legitimado a intervenir, siempre y cuando estos riesgos no puedan ser contenidos y prevenidos con una menor violencia estatal. Con ello, al Estado le está asignada, en relación con la persona, no una misión de dominio, sino de servicio; también toda la autoridad del Estado sobre la persona ha de estar por ello fundamentada y justificada en el servicio de la persona^[35].

Al margen de lo sostenido, debe apuntarse que estos “riesgos” que dan cabida a los bienes jurídicos supraindividuales, carecen del sustrato material que poseen los injustos penales clásicos, el peligro mas que todo es una percepción cognitiva que se traduce en una sensación de inseguridad. En tal sentido, insistimos que la fundamentación material de estos tipos delictivos radica en la probabilidad rayana de lesión que se generan estos comportamientos a los bienes jurídicos

^[33] Sin duda, no todo bien jurídico es merecedor de tutela penal, el sólo hecho de estar reconocido constitucionalmente no es condición necesaria para su normativización criminal, requiere de otros presupuestos legitimantes.

^[34] Así, Núñez, J.E.; Aspectos dogmáticos y procesales de la protección..., cit., ps. 43-44; Cuesta Pastor, P.; Delitos Obstáculo..., cit., p. 18.

^[35] Zipf, H.; Introducción a la Política Criminal, cit., p. 30.

personalísimos. Hay que destacar –como escribe Cuesta Pastor– que en la actual sociedad de riesgo es comúnmente aceptada la concepción del peligro como juicio de probabilidad “ex ante”, es decir, se trata de situaciones en las que “se da la no lejana posibilidad o probabilidad de lesión de un bien jurídico^{136]}. El bien jurídico colectivo, por tanto, pierde materialidad objetiva, pero, no por ello legitimidad material de su tutela.

En suma, la necesidad de proteger bienes jurídicos supraindividuales radica en una visión personalista y funcional, en que estos bienes están vinculados indisolublemente con concretas necesidades del individuo en su autorrealización personal y como instrumentos que viabilizan su participación en los procesos socio-económicos.

5. LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

En una sociedad pre-moderna, donde los fenómenos criminales eran identificados plenamente con la efectiva lesión de un bien jurídico tutelado, los tipos recurrente eran los de lesión, es decir, la punibilidad era representada por una efectiva afectación al interés jurídico objeto de tutela. La exteriorización de una mutación en la identidad material del interés jurídico, era visto como un «presupuesto de punibilidad».

La propiedad, la vida, la salud y el patrimonio, en tanto, bienes considerados desde una entidad material, supondrían necesariamente una lesividad como disminución significativa de sus capacidades funcionales en relación con su titular. Los bienes jurídicos pertenecientes al Derecho penal nuclear –propios del Estado liberal de derecho– son abordados mediante una técnica dogmática propia de los delitos dolosos de lesión, en razón a su material existencia. Mientras que en el marco de un Derecho penal moderno, la formulación PC comprende la utilización dogmática de los bienes jurídicos colectivos y los tipos de peligro, así como la proliferación de los injustos imprudentes y

^{136]} Cuesta Pastor, P.; Delitos Obstáculo, cit., p. 64.

normación de los tipos omisivos. La asunción de roles de «Garantía», en base a situaciones pre-existentes que exigen la realización de una conducta dirigida a contener un foco de «riesgo no permitido».

Los nuevos retos de la sociedad moderna superan de forma trascendente los conceptos tradicionales de la vieja dogmática acuñada en el Derecho penal liberal; por lo que la ciencia jurídico-penal ha de asumir nuevos retos en el umbral del Tercer Milenio.

En este marco conceptual, Roxin, escribe que un primer ámbito de futuro trabajo está constituido por todo el campo de la criminalidad económica internacional, incluyendo la responsabilidad penal en empresas (con muchas tareas nuevas para la determinación de la causalidad, la imprudencia, la autoría y la participación, así como la responsabilidad por omisión)¹³⁷¹.

La aparición de nuevos riesgos en la sociedad moderna conlleva la incorporación de los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, tal como se expuso líneas atrás. Nueva perspectiva material del bien jurídico, que genera la necesidad de formular los denominados tipos de peligro, donde el umbral de la ofensividad se anticipa de forma significativa, lo que de otro lado ha repercutido en un Derecho penal de intervención de los riesgos sociales. En primer lugar, la noción predominante de “riesgo” y la propia energía “peligrosa” que despliega la técnica, hace que la preocupación por el dominio de las conductas no se centre en la lesión como era antes, sino en el “peligro” de las mismas¹³⁸¹.

Al respecto, se pregunta Roxin ¿Qué tan lejos debe ir la abstracción de los delitos de peligro abstracto y la generalización de «bienes jurídicos» colectivos (como el de la seguridad general o de la previsión

¹³⁷¹ Roxin, C.; La ciencia jurídico-penal ante las tareas del futuro. En: La Teoría del Delito en la discusión actual. Traducción por Manuel A. Abanto Vásquez, GRIJLEY, Lima, cit., p. 8.

¹³⁸¹ Zúñiga Rodríguez, L.; Política Criminal, cit., p. 259.

estatal de peligros), y a partir de cuándo ya no puede legitimarse la sanción penal de una prohibición?^[39]

Los delitos de peligro implican una extensión anticipada de la penalidad, a partir de una idoneidad lesiva de la concreta acción u omisión atribuida a su autor y/o partícipe; «aptitud de ofensa», que resulta indispensable para determinar la inminente probabilidad de producirse una efectiva lesión al bien jurídico.

De recibo, los delitos de peligro se constituyen en un instrumento de la PC moderna en un Derecho penal preventivo y contenedor de riesgos. Un Derecho penal preventivo que se manifiesta en los nuevos ámbitos de intervención, siempre y cuando, se identifiquen concretos focos de peligro para los bienes jurídicos «fundamentales».

La huida hacia el Derecho penal tiene que ver con las nuevas funciones que asume el Estado Social de Derecho, y por otro lado, la necesidad por colmar exigencias de naturaleza «cognitiva».

Esta crisis de ampliación del Derecho Penal tiene su máxima exponente en la extensión de los delitos de peligro abstracto, que paulatinamente han ido ocupando un puesto muy relevante dentro del sistema, hasta el extremo de ser catalogados en la actualidad como el «hijastro de la dogmática penal»^[40]. Dicho de otro modo: las nuevas tareas preventivas asumidas por el derecho punitivo, en cuya determinación político criminal ha significado la construcción de los bienes jurídicos colectivos, ha venido aparejada por la necesidad de crear tipos de peligro de una mayor abstracción valorativa, ante la imposibilidad de estimar de forma concreta el peligro que estas conductas típicas generan de modo visible y cuantificable.

^[39] Roxin, C.; *La ciencia jurídico-penal ante las tareas del futuro*, cit., p. 10.

^[40] Herzog, F.; *Gesellschaftliche Unsicherheit und Straftliche Daseinvorsorge. Studien zur Vorlegung des Strafrechtsschutzes in den (1992) Gefährdungsbereich*; Citado por Cuesta Pastor, op.cit., p. 55.

Ante esta nueva construcción dogmática, los defensores del Derecho penal liberal, objetan con voz alzada los tipos de peligro abstracto, en defensa irrestricta del principio de lesividad y de ofensividad^[41]. Esto permite probar, como dice Schünemann, que existe una tendencia típica que se dirige a criticar la modernización del Derecho penal, consiste en la formulación de rígidas condiciones de legitimidad, que en la práctica del Derecho penal clásico no tienen equivalente^{[42][43]}.

Las críticas son varias, entre éstas como expone Bacigalupo, citando a Kaufmann, en el sentido de que la conciencia de peligro de la acción para vidas humanas no es elemento del dolo, por lo que, aun cuando el autor se haya asegurado de que tal peligro podría producirse con su acto, el hecho resultará punible por incendio doloso. Como esta argumentación podría quizá alegarse que todo el problema reside en la *presuntio juris et de jure* de la peligrosidad de la acción. La objeción dice Bacigalupo podría superarse si se admitiera sencillamente la prueba en contrario del peligro representado por la acción. De esta forma podría excluirse la tipicidad en los casos en los que la acción no hubiera representado en absoluto un peligro para el bien jurídico protegido^[44].

^[41] Así, Hassemer, al sostener que el ámbito principal donde se produce la renovación del derecho penal es en la parte especial, ya sea en el Código Penal o en las leyes penales complementarias. Las reformas, señala, no consisten en una descriminalización, sino en una ampliación o incorporación de nuevos tipos penales. Los ámbitos principales en los cuales se produce esta ampliación son: medio ambiente, derecho penal económico, protección de datos, drogas, impuestos y comercio exterior; Rasgos y crisis del derecho penal moderno. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Traducción de Elena Larrauri, T. XLV, enero-abril de 1992, cit., p. 241.

^[42] Schünemann, B.; Del Derecho Penal de la clase baja....., cit., p. 57; Así, Cuesta Pastor, P.; cit., p. 57.

^[43] Vide, al respecto, Lamas Puccio, L.; Derecho Penal Económico, cit., ps. 91-92.

^[44] Bacigalupo, E.; Derecho Penal. Parte General, cit., ps. 225-226.

La decantación legislativa por los delitos de peligro, siempre tan denostada, escribe Terradillos Basoco, por los delitos de peligro, ha de valorarse, evitando juicios globalizadores, y teniendo presente las características específicas de los diferentes bienes jurídicos, en ocasiones no susceptibles de protección mediante otras técnicas. Y las críticas que, por su alejamiento de los principios de legalidad, lesividad y culpabilidad, se vienen tradicionalmente oponiendo a los delitos de peligro, deben quedar relativizadas si se exige que éste sea real y probado^[45].

En tesis, las nuevas actividades socio-económicas que caracterizan la sociedad moderna, generan una cantidad indeterminada de riesgos; riesgos que deben ser contenidos por el Derecho penal, a fin de evitar una lesión concreta a los bienes jurídicos personalísimos, en tal virtud, anticipar de forma significativa la función de prevención, es la única forma viable de asegurar la misión fundamental del *ius puniendi*, «protección “preventiva de bienes jurídicos».

Constituyen bienes jurídicos (colectivos), que por su naturaleza material –casi imperceptible– determinan la ineficacia preventiva de los tipos de lesión y los de peligro concreto. Por consiguiente, establecer una criminalización de ya por sí sumamente adelantada, significa proteger debidamente los bienes jurídicos fundamentales, ante la proliferación desmesurada de estas conductas riesgosas; sin que ello signifique hacer rajatabla con los principios limitadores de un Derecho penal democrático. Considerándose que la fórmula más adecuada es la constituida por la utilización de los tipos de peligro como mecanismos de incriminación por ser el que de mejor manera se adapta a la naturaleza del bien jurídico protegido, y a las necesidades político-criminales derivadas del estado actual de avance de nuestra sociedad^[46].

[45] Terradillos Basoco, J.M.; Globalización, Administrativización y expansión del Derecho Penal Económico. En: Temas de Derecho Penal Económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico, cit., p. 229.

[46] Núñez, J.E.; Algunos aspectos dogmáticos y procesales de la protección jurídico-penal..., cit., p. 50.

La categoría del delito de peligro abstracto, en la que un único comportamiento determinado es castigado ya por su riesgo potencial establecido en su manera típica, sólo representa, en una manera analítica precisa, un primer grado para delitos de peligro concreto y también para delitos de lesión si se trata de un bien jurídico cuya posterior lesión puede ser materialmente percibida¹⁴⁷¹.

Es de verse, por tanto, que en los tipos penales que tutelan el Medio Ambiente o la Seguridad Pública, la lesión no es vista en relación a la inmaterialidad de estos bienes jurídicos colectivos, sino en el pronóstico sumamente elevado de causar una lesión a la vida, y salud de las personas¹⁴⁸¹. Conviene resaltar que el juicio que lleva a cabo el aplicador del Derecho respecto a los delitos de peligro consiste en la verificación del concreto peligro como "resultado típico"¹⁴⁹¹.

En palabras de Balcarce, la sociedad posindustrial es una sociedad de riesgos. Esto trae como consecuencia que, no sólo el DPE¹⁵⁰¹, sino todo el derecho penal accesorio o periférico se valga de la elaboración de delitos de peligro abstracto ante el actual avance tecnológico –sin parangón en la evolución del hombre–, como así también producto de una desmedida demanda de seguridad individual, propia de estos tiempos, que exige del legislador una prevención anticipadísima del futuros riesgos¹⁵¹¹.

Con todo, cabe precisar, que el juicio de valor sobre estas conductas, supone una doble estimación, tanto por el disvalor de la acción como de la probabilidad de un resultado, esto es, ex ante, determinando si la conducta era potencialmente idónea para adecuarse a los parámetros

¹⁴⁷¹ Schünemann, B.; Del Derecho Penal de la clase baja..., cit., p. 59.

¹⁴⁸¹ Así, Corcoy Bidasolo, M.; Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal..., cit., p. 31.

¹⁴⁹¹ Cuesta Pastor, P.; cit., p. 65.

¹⁵⁰¹ Derecho Penal Económico.

¹⁵¹¹ Balcarce, F.I.; Críticas al Derecho Penal Económico, cit., ps. 89-90.

normativos referidos a índices cuantitativos y cualitativos, y ex post, la proximidad de lesión efectiva de la conducta con respecto al bien jurídico. A partir de esta fórmula doblemente valorativa, se evita la incriminación de conductas que sólo constituyen injustos administrativos, y por otro lado, se adquiere una legitimación material de conformidad con los principios del Derecho penal en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho^[52].

Recapitulando, al Derecho penal moderno se le atribuye en la actualidad, la prevención y contención de riesgos, en tanto la PC moderna, debe asegurar mayores ámbitos de protección social a los individuos. La legitimidad constitucional de los tipos de peligro abstracto es entonces inobjetable. Como bien acota Tiedemann, el delito de peligro abstracto representa el instrumento de técnica típicamente correspondiente a la esencia del bien jurídico supraindividual.

6. EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

6.1. Antecedentes

La ideológica defensa por un mercado libre, promotor del abstencionismo estatal es sin duda enemigo de un Derecho penal económico. El constitucionalismo Liberal que rigió los Estados Nacionales hasta mediados del siglo XX, recogía como intereses a proteger los estrictamente individuales, como la propiedad, la posesión, etc., derechos subjetivos que hacían alusión a una vinculación del sujeto con su patrimonio. En tal medida, una concepción colectiva del sistema socio-económico era inimaginable.

[52] Así, Corcoy Bidasolo, al señalar que dicha situación de peligro opera como límite a la actuación incriminadora del legislador: la legitimidad del castigo de conductas peligrosas está vinculada al respeto a dicho límites axiológicos, pues sólo en la medida en que se incriminen conductas con suficientes peligrosidad normativa en abstracto se respetarán los postulados del Estado de Derecho, en particular, el principio de intervención mínima y ultima ratio del Derecho penal; Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal..., cit., p. 33.

La famosa teoría de Adam Smith de la “mano invisible” que inspiraba la filosofía liberal del mercado, habría de colapsar sistemáticamente con la irrupción de las protestas sociales masificadas a comienzos del siglo XX, donde la masa trabajadora en USA, gestó los grandes movimientos obreros, dando paso al sindicalismo. En Smith, se asigna al Estado un rol activo en la creación de las condiciones institucionales y legales para la consolidación, funcionamiento y expansión del mercado^[53].

Posteriormente la crisis de *Wall Street*, produjo una grave recesión en la economía norteamericana, situación que determinó un cambio de paradigma en la política económica de USA. En efecto, la proliferación de la actividad industrial y económica, no sólo trajo prosperidad y riqueza, sino también explotación y marginación. Estaba claro que el mercado no podía regularse por si solo, pues, los agentes económicos a fin de obtener mayores dividendos y utilidades, acudían a una serie de prácticas económicas y financieras que desencadenaban una serie de perturbaciones y distorsiones en el mercado laboral y de capitales. El cierre de empresas fraudulento, la concertación de precios, el abuso de la posición de dominio, la simulación cualitativa y cuantitativa del producto, etc., eran conductas que manifestaban un daño sensible a intereses socio-económicos dignos de protección. La evolución del capitalista hacia modelos monopolísticos, conlleva una disminución de los límites relativos al momento de “ejercicio” de la actividad empresarial, lo que determina un global debilitamiento del esquema expuesto (modelo liberal)^[54], fundamentalmente porque entre los productores surgen posiciones dominadas y posiciones dominantes, siendo las empresas dominantes las que fijan las reglas del mercado^[55].

^[53] Citado por Curtis, C.; Los derechos sociales como derechos. En: Los Derechos Fundamentales. SELA, 2001, Editores del Puerto srl, 2003, Buenos Aires, Argentina, cit., p. 200.

^[54] El subrayado es mío.

^[55] Zoido Álvarez, Juan Ignacio; Protección penal de los Consumidores....cit., p. 132.

Según la interpretación liberal del Estado, como organización que se encuentra conformada por una serie de entes administrativos, tiene entre sus múltiples actividades la de mantener a través de principios y mecanismos la estabilidad de la sociedad civil. La ley se mira entonces como consecuencia o resultado de un conjunto de reglas establecidas por un consenso entre los gobernados, o más bien por los representantes de los gobernados^[56].

El paso emergente de una economía liberal a una economía social de mercado, implicó el reconocimiento de los derechos sociales y económicos, sin dejar de lado los civiles y políticos; el mercado, entonces, tenía que ser regulado por el Estado, no como parte de una política intervencionista («socialista-planificadora»), sino como glosario de un interés estatal en maximizar la tutela a los derechos individuales de la persona. La intervención del Estado en la economía dio lugar a nuevas formas jurídicas destinadas a regularlas, como dice Auger Liñán. Surgió así el Derecho Económico y entró en pugna con el Derecho clásico, afectando la autonomía contractual y redimensionando la noción de orden público^[57].

El Estado Social es un estado evolutivamente desarrollado del Estado Liberal^{[58][59]}, que comprende el reconocimiento de los derechos

^[56] Lamas Puccio, L.; Derecho Penal Económico, cit., p. 81.

^[57] Auger Liñán, Clemente; El Derecho Penal de la Economía. Problemática. En: La nueva delincuencia I. Osezno Editores. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, cit., p. 24.

^[58] En el marco del Estado Liberal las funciones estatales eran reducidas, como dice Wolfgang Böckenförde, la limitación de los objetivos y las tareas del Estado a la libertad y la seguridad de la persona y de la propiedad, esto es, a asegurar la libertad individual y a garantizarla posibilidad de un desarrollo individual desde sí mismo; Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Traducción de Rafael de Agapito Serrano. Editorial Trotta, Madrid, 2000, cit., p. 20.

^[59] En opinión de Curtis, el modelo de derecho social no es un modelo que sustituya completamente al modelo del derecho privado clásico, sino un modelo correctivo de lo que se consideran disfuncional de este último. La

sociales y económicos –propios de la segunda generación- donde trasciende el concepto de persona como pilar fundamental de todo el sistema jurídico. Los derechos del hombre siguen teniendo un papel medular en el Estado social de Derecho, dado su carácter corrector de las insuficiencias del Estado liberal de Derecho, son los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos de segunda generación, los que ocupan un puesto privilegiado, pues se considera que materializan los ideales de justicia social^[60].

La historia del nacimiento de los Estados Sociales es la historia de la transformación de la ayuda a los pobres motivada en la caridad y en la discrecionalidad de la autoridad pública, en beneficios concretos que corresponden a derechos individuales de los ciudadanos^[61].

Como se dice en la doctrina, las repercusiones del Estado social, como derivación legítima del superado Estado intervencionista, cuyo objetivo es garantizar los derechos de prestación de los ciudadanos, impuso la protección de nuevos bienes jurídicos de carácter social o supraindividuales a las que se sumaron tradicionales figuras delictivas relacionadas con lo patrimonial, la función pública y el ámbito empresarial^[62].

Se dice entonces, que las actuales tendencias del derecho de daños asignan un lugar central a la distribución social de riesgos y beneficios como criterio de determinación de obligación de reparar^[63].

articulación de este modelo se funda, por un lado, en la modificación o sometimiento a la crítica de algunos de los presupuestos y postulados del modelo del derecho privado clásico, sin, por ello, desbancarse completamente; Los derechos sociales como derechos, cit., p. 221.

^[60] Martínez de Pisón, J.; Políticas de Bienestar....., cit., ps. 28-29.

^[61] Courtis, C.; Los derechos sociales como derechos, cit., p. 210.

^[62] Balcarce, F.I.; Relación entre Derecho Penal y Derecho Penal Económico, cit., ps. 77-78.

^[63] Courtis, C.; Los derechos sociales como derechos, cit., p. 202.

La Justicia Social supone una redistribución justa de la riqueza, de reducir los focos de exclusión social y de promover concretos ámbitos de participación del individuo en la vida política, cultural y económica de la Nación¹⁶⁴. Así como la sociedad evoluciona en las interacciones sociales, en su modo de satisfacer las nuevas necesidades y retos de la modernidad, el Estado también debe evolucionar, fijando nuevas estructuras de organización y determinando nuevos ámbitos de intervención. La evolución incesante a la cual esta sometida la sociedad actual, produce indefectiblemente cambios vertiginosos en sus estructuras materiales, que propician nuevas funciones positivas por parte del Estado, nuevas funciones que deben materializarse a través de concretas políticas jurídicas. Se paso de una consideración individualista a una concepción colectiva, tomando como baremo los objetivos socializadores.

En realidad, como apunta Martínez de Pisón, la idea central es bien sencilla: sólo es posible que el individuo disfrute de la autonomía y de la libertad predicada por los filósofos si, en virtud de la intervención estatal, se consiguen unas mínimas condiciones materiales de vida que eliminen la pobreza y las servidumbres de una economía de mercado dominado por el libre flujo de capitales¹⁶⁵.

Dicho en otras palabras: el Estado Social asume posiciones y funciones distintas a las del Estado Liberal, no sólo se deben reconocer y garantizar los derechos civiles y políticos de los individuos, sino que es también necesario, asegurar un mínimo de bienestar social, interviniendo en aquellos ámbitos sociales necesitados de tutela, a fin

¹⁶⁴ Así, Carrillo Flores, F./ Pinzón Sánchez, J.; al sostener que en el cometido prioritario del novel Estado se advierte una inclinación a la búsqueda de la justicia social, noción que encuadra dentro del contenido de tradicionales libertades, enriquecido este último concepto por la "libertad de la necesidad"; Sector Financiero y Delincuencia Económica. Editorial TEMIS, Bogotá - Colombia, 1995, cit., p. 62.

¹⁶⁵ Martínez de Pisón, J.; Políticas de Bienestar..., cit., p. 37.

de propiciar la intervención del individuo en los actividades socio-económicas bajo un régimen de igualdad; (...) los derechos económicos, sociales y culturales no requieren solamente obligaciones de garantizar o de promover, sino que en determinados casos exigen un deber de respeto o protección del Estado^[66].

Si el Estado liberal se consagra al reconocimiento formal de ciertas libertades y a la función de policía, en el Estado social se interpreta esta función en un sentido diferente: como obligación de lograr un bienestar generalizado a todos los ciudadanos de forma que se vean así "protegidos" de la miseria, de la pobreza, etc^[67].

Dicho lo anterior, se generan nuevos ámbitos de conflictividad social, que requieren ser neutralizados por el *ius puniendi* estatal, conforme a la lesividad que dichos comportamientos revela. Como dice Lamas Puccio, un punto de partida es la existencia de una creciente necesidad de proteger la economía en su conjunto y el orden económico en particular^[68].

Recapitulando: bajo la perspectiva de un Derecho penal liberal los bienes merecedores de tutela eran los estrictamente individuales, considerados como derechos subjetivos, en el campo del orden patrimonial, los injustos identificables eran la estafa, apropiación ilícita, hurto, receptación, etc. Es que en la ideología liberal la noción de delito estaba reservada sólo para aludir a los ataques dirigidos contra intereses individuales y a las formas institucionales de organización del Estado^[69].

[66] Courtis, C.; Los derechos sociales como derechos, cit., p. 204.

[67] Martínez de Pisón, J.; Políticas de Bienestar..., cit., p. 41.

[68] Lamas Puccio, L.; Derecho Penal Económico, cit., p. 101.

[69] Auger Liñán, C.; El Derecho Penal de la Economía..., cit., p. 25.

La redefinición material del bien jurídico, concebida desde una visión funcional y personalista, configura la reestructuración «macro-social» del bien jurídico –merecedor de tutela penal-. El orden económico esta constituido por una serie de variables y elementos, que en su conjunción sintetiza la política económica del Estado, reconociendo la libertad de la iniciativa privada, pero, bajo la vigilia permanente del Estado, de acuerdo a los postulados del Estado Social. No puede existir una actividad de tal importancia como la economía que esté sustraída de la regulación estatal, pues, el orden económico es una plataforma social promotora del desarrollo individual y colectivo, digna de protección punitiva, cuando se perturba gravemente los principios generales de una economía social de mercado. Por consiguiente, el Estado debe y está legitimado para intervenir en la economía, a fin de velar por los intereses de la comunidad y debe hacer uso de la reacción penal, cuando se producen las ofensas de mayor disvalor para el sistema económico en su conjunto.

6.2. El modelo Económico según la Constitución Política del Estado

Nuestro derecho positivo se oriento a una mayor protección del orden económico con la entrada en vigencia de la Ley Fundamental de 1979, impregnada con el ideario filosófico de los postulados propios del «Constitucionalismo Social»^[70].

Dicho lo anterior, ingresan al glosario de «derechos fundamentales», los denominados «derechos económicos, sociales y culturales», vinculados esencialmente a una perspectiva social del individuo, en cuanto a su realización autopersonal y su relación con el resto de sus congéneres.

^[70] Vide, al respecto, Courtis, C., Los derechos sociales como derechos, cit., p. 228.

La Carta Política de 1993 siguió esta postura, pero bajo una intervención estatal más flexible, a fin de posibilitar la inversión pública y privada, como puntuales fundamentales del despegue económico de la Nación peruana.

Si bien la Ley Fundamental reconoce una economía social de mercado, en la práctica la actuación económica apareció bajo matices marcadamente liberales, a fin de dar una apertura de avanzada al capital extranjero, en el marco de una aguda crisis económica inflacionaria a mediados de la década de los ochenta. En la doctrina se apunta que con el Estado de bienestar, comienza el tránsito de las normas constitucionales hacia la consagración de principios de orden económico en sus articulados, llegándose a hablar hoy de la Constitución económica y del derecho constitucional económico para referirse al establecimiento jurídico de una organización económica determinada, cuyo instrumento principal es la intervención del Estado^[71].

La economía social de mercado –apunta García Toma–, es una condición importante del Estado social y democrático de Derecho. Por ello debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y justicia^[72]. Una economía de mercado desarrollada regula jurídicamente el marco que limita en lo posible los excesos y los abusos, y garantiza la protección de los más débiles en el mercado^[73].

[71] Carrillo Flores, F. y otro; Sector Financiero y Delincuencia Económica, cit., p. 67.

[72] García Toma, V.; Del Estado, la Nación y el Territorio. En: La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Gaceta Jurídica, T. I, Lima, 2005, cit., p. 689.

[73] Tiedemann, K.; Presente y Futuro del Derecho Penal Económico, cit., p. 22.

Según los postulados de este modelo social de «economía de mercado», el Estado asume una serie de funciones, que sin pecar de «intervencionista», trata de regular ciertos aspectos fundamentales, para que el sistema respete los derechos sociales y económicos de los participantes en el mercado. Como anota Courtis, el Estado asume la regulación política de la economía, y toma a su cargo la decisión acerca de que áreas de la interacción humana quedarán libradas al funcionamiento del mercado, y qué áreas quedarán parcial o totalmente desmercantilizadas^[74].

Para lo que este estudio interesa, importa destacar que la organización gubernamental de aquella época, sancionó todo un paquete legislativo destinado a fortalecer la inversión económica, y a crear mecanismos reguladores; de esta forma se crea el INDECOPI^[75] como Institución que se encargaría de velar por la libre competencia y por la propiedad intelectual.

En suma, como apunta Peña Cabrera el mercado por sí solo no puede autocorregirse. Con tal objeto se crean instrumentos capaces de enderezar determinadas desviaciones posibles^[76]. Esta misión fundamental la asume INDECOPI, como entidad administrativa-estatal, cuya actuación funcional se dirige a controlar, fiscalizar y sancionar aquellos comportamientos «negativos», que distorsionan gravemente el mercado. En todo caso, estas conductas no deben significar aún un ataque de magnitud para el bien jurídico tutelado, pues en dicho caso, la parcela del orden jurídico que debe intervenir es el Derecho penal, según los principios de «subsidiariedad y de *ultima ratio*».

^[74] Courtis, C.; Los derechos sociales como derechos, cit., p. 222.

^[75] Vía Decreto Ley N° 25868 del 24/11/1992 se crea el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), como ente autónomo, técnico, económico, presupuestal y administrativo.

^[76] Peña Cabrera, Raúl; Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. III – Delitos Económicos, Ediciones Jurídicas, 1994, cit., p. 15.

Debe precisarse, que la actuación del órgano administrativo fue sobredimensionada, producto de la normatividad extra-penal que le confirió amplios poderes discrecionales, que en la práctica significó una invasión a fueros persecutorios, que constitucionalmente se le atribuyen en forma de monopolio al Ministerio Público. Constituyendo de esta forma una especie de «Prejudicialidad administrativa», que condiciona la efectiva persecución penal de la criminalidad económica, situación inaceptable en un orden democrático de derecho.

Es decir, en el marco de una economía social de mercado, el Estado asume posiciones que sin ingresar al ámbito del intervencionismo, suponen una función reguladora y controladora, mediante los mecanismos del derecho administrativo sancionador, y, por otro lado, previendo y reprimiendo penalmente los comportamientos económicos que revelan suficientes indicios de «lesividad social».

En general el Estado social y democrático de derecho no aparece como un sistema definido y estable, en él aparecen tensiones entre un sistema neoliberal, tendencias intervencionistas, corporativistas de nuevo cuño (esto es, en que las corporaciones, u organización de los intereses en juego, tienen capacidad de decisión e influencia en el Estado), con lo cual se producen vaivenes en el control social estatal y específicamente en el control penal, con graves dificultades para determinar sus bases legitimantes⁷⁷¹. De hecho, es el propio juego democrático que produce indudablemente estas tensiones, las fuerzas partidarias hacen fuerza por hacer prevalecer sus intereses, y de ahí, el ideario programático pierde su esencia, al orientarse el norte político-económico, sobre intereses ajenos al primero. Ferrajoli, describe el estado de la cuestión de la siguiente forma: “hay que reconocer que para la mayor parte de tales derechos (los derechos sociales) nuestra tradición jurídica ha elaborado técnicas de garantía eficaces como las establecidas para los

⁷⁷¹ Bustos Ramírez, Juan; Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ariel, Barcelona, 1989, cit., p. 43.

derechos de libertad. Pero esto depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado liberal y han permitido que el Estado social se desarrollase de hecho a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas, la proliferación de la discriminación y los privilegios y el desarrollo del caos normativo que ellas mismas denuncian y contemplan ahora como "crisis de la capacidad regulativa del derecho"^[78].

Esta nueva criminalidad que se estructura e incardina en el seno de la empresa, que aparte de los serie de riesgos inherentes que trae consigo (insitos), produce una serie de consecuencias secundarias o colaterales, que son denominados como «Artificiales» por la doctrina, como la energía atómica, la informática, la genética, la comercialización e introducción al mercado de productos altamente dañinos y/o nocivos para la salud de las personas.

Estas nuevas actividades que se realizan en esferas aparentemente lícitas, pueden producir efectos nocivos cuantitativamente significativos y a veces indeterminables ora por sus efectos devastadores ora por multiplicidad lesiva.

Como bien anota Peña Cabrera los daños materiales de la delincuencia económica son los financieros que superan la totalidad de los causados por el resto de la delincuencia. Otros daños materiales de mayor relevancia que los financieros son los atentados contra la vida, la salud y la integridad física. Así tenemos el acaparamiento, la especulación, la adulteración que van en detrimento de la alimentación y salud de las personas (consumidores) produciendo la muerte de muchas personas^[79], esta realidad social refleja lo tan devastador

^[78] Ferrajoli, L.; El derecho como sistema de garantías, cit., p. 30.

^[79] Peña Cabrera, R.; Delitos económicos. III, cit., ps. 107-108.

que puede resultar los efectos perjudiciales de la criminalidad económica, que puede ser más gravosa aún que aquella producida por la criminalidad convencional. Sin embargo, la política criminal en vez de endurecer la respuesta penal, la ha mitigado de forma notable, producto de la sanción de los Decretos Legislativos Nos. 1034 y 1044 de junio del 2008.

Algunas posturas doctrinales apuntan a cuestionar la legitimidad del Derecho penal económico, en tanto, señalan que las conductas a criminalidad no revisten los elementos de materialidad y de lesividad que supone caracterizar cualquier conducta típica¹⁸⁰¹. Objeción que se dirige principalmente al bien jurídico tutelado, puesto, que en una economía de libre mercado, al Estado le estado vedado intervenir, por ende, las posibles distorsiones que se puedan manifestar, deben ser canalizadas por sus propios elementos y configuraciones intramercado. Empero, tal como lo hemos ido sosteniendo, el Derecho penal económico es un parcela del orden punitivo cuya legitimidad reposa precisamente en el aspecto social, que en definitiva no puede ser soterrado, so pretexto de permitir el auge empresarial y la acumulación de capital de los agentes económicos. De forma resumida, diremos que el Derecho penal en el ámbito de la «criminalidad económica», apunta a cautelar que no se perturbe las reglas formales del mercado, que no produzcan abusos por los agentes económicos, de suerte que los consumidores no se vean afectados como consecuencia de estas conductas disvaliosas.

¹⁸⁰¹ Así, Soler, S., autor que cuestiona la existencia de un Derecho penal económico, precisando que no hay razones serias para apoyar su autonomía y que, por el contrario, sería inconveniente apartarse de los principios que cumplieron la función histórica de unificar el derecho penal, pues junto con esa sistematización se consolidó en medida insospechada por las viejas leyes penales, el respeto a la dignidad de la persona humana, la igualdad de todos ante la ley y la seguridad jurídica; El llamado Derecho penal económico. En: Revista Mexicana de derecho penal, N° 17, México, 1975, cit., p. 42.

Dicho de otro modo: la evolución de la economía liberal a una economía social del mercado, implica el abandono a las tesis individualistas de los derechos subjetivos, para adoptar la tesis de los derechos sociales colectivos, de la titularidad difusa^[81], y una concepción humana de la economía, que determina la imposición de una serie de obligaciones para el Estado, deberes que se manifiestan en la articulación de una política criminal dirigida a prevenir los ataques a estos bienes jurídicos valiosos para la comunidad.

La conclusión es que la existencia del Derecho Penal Económico no está condicionada a ninguna forma de organización económico-social, pudiendo advertirse tanto en el capitalismo como en el desaparecido socialismo, siendo inclusive idéntica su función técnico-formal, desde que siempre consiste en prevenir y reprimir hechos que infringen prohibiciones^[82].

6.3. Definición de Derecho Penal Económico

Definir el Derecho penal económico no resulta empresa fácil. En tal sentido, podríamos decir que el Derecho penal económico es un apéndice el *ius puniendi* estatal, que se encarga de prevenir y reprimir aquellas conductas disvaliosas, que se manifiestan en una grave perturbación y distorsión de la normatividad que regula la libre competencia y otros principios fundamentales, que se coligen de una economía social de mercado.

Jaén Vallejo, anota que tradicionalmente, la *clasificación de los delitos* se ha hecho sobre la base de un sistema clasificatorio de los bienes jurídicos protegidos (interés social), o bien sobre la base del tipo de autor, distinguiéndose así, por ejemplo, por un lado, entre delitos contra

[81] Así, el artículo 82º del Código Procesal Civil, que consagra la titularidad activa en cuanto al ejercicio de los «derechos difusos», a determinadas Instituciones Públicas.

[82] Auger Liñán, C.; El Derecho Penal de la Economía....., cit., ps. 28-29.

la vida, delitos contra el patrimonio, etc. y, por otro lado, los delitos de funcionarios^[83]. En particular, en los delitos económicos, desde el primer punto de vista se han incluido los distintos tipos penales con significación económica, y desde el segundo, prescindiendo de la noción de bien jurídico, se ha centrado la atención en las características del autor, hablándose así de la «*delincuencia de cuello blanco*» (*white collar crime*), en un principio referida a delitos cometidos por personas pertenecientes a las clases sociales económicas altas, pero posteriormente esta delincuencia también se ha «democratizado»^{[84][85]}.

Para otro sector de la doctrina, la cuestión verdaderamente importante estriba en la determinación de un contenido jurídico propio, claramente diferenciado de los aspectos de carácter criminológico que son más propios del análisis del “delincuente económico”. Y dicho contenido, más que de carácter sustancial, es de tipo procedimental, dictado por consideraciones de política criminal dirigidas a contrarrestar eficazmente la delincuencia económica, fenómeno que debe ser objeto de una consideración interdisciplinaria (...) ^[86].

El Derecho Penal económico es un derecho interdisciplinario que tiende a proteger el orden económico como última ratio, es decir, el último recurso a utilizar por el Estado y luego de haber echado mano a todos los demás instrumentos de política económica o de control

^[83] Jaén Vallejo, M.; Nuevas conductas delictivas: especial referencia al Derecho penal económico. En: Nuevas tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa. Coordinador: Luis Miguel Reyna Alfaro, AFA Editores, Perú, 2005, cit., p. 185.

^[84] Jaén Vallejo, M.; Nuevas conductas delictivas:..., cit., p. 186.

^[85] Para Peña Cabrera, sobre esta delincuencia profesional nacida más en el vínculo entre la infracción y la actividad profesional que la capa social elevada. Lo que se tiene más presente es la especial manera de comisión, es decir, el “modus operandi”, así como el objeto de ese comportamiento; Delitos económicos..., cit., p. 103.

^[86] Carrillo Flores, F. y otro; Sector Financiero y Delincuencia Económica, cit., p. 197.

que dispone, para una eficaz lucha contra las diversas formas de criminalidad económica^[87].

Para Tiedemann el Derecho Penal Económico es un derecho interdisciplinar de gran actualidad, aunque la ciencia del derecho penal y en la formación de juristas juega todavía un papel subordinado^[88].

La criminalidad económica tiene sus raíces en las investigaciones empíricas del Sutherland en 1940, quien la definió, como aquella cometida por una persona respetable y de elevado status social, en el marco de su profesión (*white collar crimes*), como una forma de extender la definición criminológica a aquellos individuos que se encontraban al margen de la red de represión penal. Como señala Gracia Martín la delincuencia de "Cuello Blanco" es un concepto únicamente de valor criminológico, más no político criminal y dogmático.

^[87] Peña Cabrera, R.; Delitos económicos..., III, cit., p. 124; Bajo Fernández concibe al Derecho penal económico desde dos sentidos: el primero desde un punto de vista estricto, como parte del derecho penal definido como conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden jurídico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía, concepción que aparece conectada con el derecho económico. En sentido amplio si se trata de la actividad económica dentro de la economía de mercado los límites del derecho penal económico se ensanchan de tal manera que el orden económico como bien jurídico pasa a un segundo orden detrás de los intereses patrimoniales individuales; Manual de Derecho Penal. parte especial. Madrid, 1990, ps. 394-395; Sin duda, el bien jurídico concebido de esta manera adquiere una dimensión supraindividual en cuanto sistema colectivo de orden regulador, sin embargo, se identifica también intereses individuales de los consumidores y de los propios agentes que ingresan a la libre competencia. De conformidad con esta consideración, se sigue sosteniendo la legitimidad de estos bienes jurídicos sobre un referente eminentemente individual.

^[88] Citado por Balcarce, F.I.; Relación entre Derecho Penal y..., cit., p. 80.

No podemos confundir la concepción criminológica del delincuente económico, que implica una definición estructuralmente sociológica en base a un bio tipo de individuo, con una noción jurídico-penal de la criminalidad económica. Para esta última, lo relevante no son las peculiaridades personales de los comportamientos sino específicamente la índole de los intereses lesionados o puestos en peligro^[89]. La acepción jurídico-penal es distinta tanto en contenido como en análisis de la acepción criminológica.

Nuestro Derecho penal se asienta programáticamente, en un «Derecho Penal del Acto», que tiene como plataforma material la teoría del Bien Jurídico como principio político criminal exegético y hermenéutico. El Derecho penal no recoge determinadas tendencias conductuales, posiciones sociales, caracterológicas o posiciones funcionales del agente, conforme a los criterios de generalización que se emplea en la imputación jurídico-penal. En consecuencia, el estudio dogmático de estos delitos se concentra en los efectos perjudiciales que aquellos producen, entonces su legitimación como escribe Tiedemann viene precedida a partir de la protección de bienes jurídicos^[90].

El objeto de tutela en estos delitos es el Orden Económico, entendido como la regulación jurídica de la participación estatal en la economía, protegiéndose la funcionalidad de los agentes económicos de acuerdo a las leyes del mercado que el Estado a través de la legislación positiva regula, o como actividad interventora y reguladora del Estado en la economía.

[89] Auger Liñán, C.; El Derecho penal de la economía, cit., p. 33.

[90] Tiedemann, Lecciones de Derecho penal económico (comunitario, español, alemán), edit. PPU, Barcelona, 1993.

Entonces, el núcleo gravitador del Derecho penal Económico como apunta Gracia Martín está constituido por tipos delictivos orientados de un modo específico a la protección de nuevos bienes jurídicos distintos a los tradicionales^{[91][92]}.

6.4. Características del Derecho Penal Económico

Primer punto importante a saber es lo concerniente al sustento legitimador del Derecho penal económico sobre la base del «bien jurídico» tutelado, cuyo contenido material sería la correcta funcionalización del mercado bajo las reglas de una economía social de mercado, en cuanto a su importancia en el Sistema Económico en su conjunto, como base medular del desarrollo de una Nación. Empero, surgen las objeciones, pues se parte de que el bien jurídico sólo puede

^[91] Gracia Martín, Luis; Prolegómenos para la lucha por la Modernización y Expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia. Tirant lo blanch, Valencia, 2003; En palabras de Peña Cabrera Raúl, el derecho penal económico es un derecho interdisciplinario punitivo que protege el orden económico como última ratio, es decir, el último recurso a utilizar por el Estado y luego de haber echado mano a todos los demás instrumentos de política económica o de control que dispone, para una eficaz lucha contra las diversas formas de criminalidad económica. Las graves disfunciones y crisis socio-económicas justifican la intervención del Estado en materia económica y recurrir al derecho penal para resolverlas y asegurar el bienestar común; Delitos económicos, III, cit., p. 124.

^[92] Este mismo autor, señala también que en su opinión, se debe renunciar a la pretensión de definir el delito económico, mediante un único criterio de validez general, como por ejemplo el de la naturaleza del bien jurídico protegido. Si lo limitásemos a las transgresiones del orden jurídico económico en sentido estricto, entendido como aquella parte del orden económico dirigida e intervenida directamente por el Estado mediante la imposición coactiva de norma de planificación del comportamiento de los sujetos económicos, entonces, como ya advirtiera con razón Muñoz Conde, el Derecho penal económico se reduciría prácticamente a los delitos contra la Hacienda pública, los monetarios, los de contrabando y los relativos a la determinación y formación de los precios; Consideraciones críticas sobre el concepto y los caracteres dogmáticos del Derecho Penal Económico. En: Estudios de Derecho Penal. IDEMSA, cit., p. 791.

ser punto referencial en lo que respecta a los delitos de resultado de lesión. En particular, se dice, ninguno de los delitos contra el orden económico y social vulnera ni pone en peligro el orden económico y social. Puede decirse que lo perturban –dice Jaén Vallejo–, pero en este contexto «perturbar» no quiere decir sino lesión de normas, de las *normas que integran el orden económico y social*, en particular, en una sociedad de economía de mercado, según el modelo constitucional y comunitario europeo^[93].

Todo dependerá en suma, de la concepción que se tenga del bien jurídico tutelado, si aquella ha de tomar lugar a través de su imagen tradicional y convencional: «producción de un resultado lesivo que provoca una modificación del mundo exterior», habrá pues, que negar que en el marco de la Criminalidad Económica pueda existir un interés jurídico digno de tutela punitiva, es decir, la concepción tradicional del bien jurídico, enfocado desde un plano estrictamente individual^{[94][95]}. Sin embargo, si el enfoque parte de un plano «funcional» del bien jurídico, en cuanto a la función que éste despliega en razón de bienes jurídicos materiales («individuales», los consumidores como receptores de los bienes y servicios que se ofertan en el mercado), puede dotar de sustantividad material a estos injustos típicos. A decir de Gracia

^[93] Jaén Vallejo, M.; Nuevas conductas delictivas:..., cit., p. 187.

^[94] Vide, al respecto, Gracia Martín, L.; Consideraciones críticas sobre el concepto y los caracteres..., cit., p. 804.

^[95] Al respecto, Terradillos Basoco, citando a Bustos Ramírez, sobre la crítica al bien jurídico, alega que si se maneja un concepto material-funcional del mismo, difícilmente puede ser tachada, como artificiosa, arbitraria o expansiva una orientación político-criminal que ha eliminado de hecho la relativamente importante legislación penal especial anterior y que se ha limitado a incluir en el Código penal común delitos contra derechos de los trabajadores o de los consumidores, contra la propiedad industrial y la competencia, contra la Hacienda pública, junto a los delitos societarios o las insolvencias punibles. No se trata de bienes jurídicos artificialmente creados: son tan reales y tan referibles a la persona como los tradicionales bienes jurídicos individuales; Globalización, Administrativización y expansión del Derecho Penal Económico, cit., p. 228.

Martín, en la realidad fáctica los substratos de los bienes jurídicos colectivos intermedios están siempre funcionarizados de uno u otro modo al servicio de los bienes individuales, pues tanto los estados como las posibilidades de uso y aprovechamiento de éstos se encuentran condicionados por el estado de aquéllos. En la realidad fáctica, un menoscabo de los substratos colectivos intermedios trasciende *eo ipso* a bienes jurídicos individuales^[96].

Los «delitos económicos», por tanto, se encuentran revestidos de una particular sustantividad típica, al manifestar un interés jurídico protegido que ha de ser concebido desde un plano «sistémico»; ello al margen, que de forma indirecta se puedan ver protegidos intereses jurídicos individuales (derecho de los consumidores); cuya esencia inmaterial, determina una intervención punitiva que se exterioriza a través de los delitos de peligro. Construcción dogmática legítima, tanto desde el modelo económico y político, como de orientación político criminal. Inclusive otros injustos debieron cobijarse bajo esta nomenclatura penal, como es de verse en el caso de los atentados contra el «Sistema Crediticio» y los «Fraudes Societarios»^[97].

Para Tiedemann, la tendencia consiste en reducir los procesos económicos y su protección jurídico-penal a meros intereses patrimoniales de quienes de manera individual toman parte en el tráfico económico^[98]. Líneas más adelante, señala el penalista alemán, (...) que no toda perturbación o lesión de la vida económica tiene por qué consistir en daños patrimoniales (o en daños a la integridad corporal y

^[96] Gracia Martín, L.; Consideraciones críticas sobre el concepto y los caracteres..., cit., p. 802.

^[97] Vide, al respecto, Peña Cabrera Freyre, A.R.; Derecho Penal. Parte Especial, T. II, cit., ps. 383-385.

^[98] Tiedemann, K.; Presente y Futuro del Derecho Penal Económico. Traducción por Carlos Suárez González, Juan Antonio Lascurain Sánchez y Manuel Cancio Meliá. Universidad Autónoma de Madrid, IDEMSA, Lima, 1999, cit., p. 19.

a la salud). Pero incluso prescindiendo de este importante instrumento de la economía (...), apenas podría negarse hoy en día la afirmación de que los tipos penales del Derecho Penal económico dependen, en gran medida, de la configuración del "sistema económico" y, en este sentido, en sintonía con la constitución económica y la política económica, presentan características tanto políticas como otras que son reflejo de la configuración del sistema económico^[99].

A partir de lo anotado surge la concepción dogmática de los bienes jurídicos «intermedios», acuñada por Tiedemann, en cuanto a la legitimidad de intervención del Derecho penal en el ámbito económico, vienen a constituir intereses ajenos a los estrictamente individuales y que no pueden ser ubicados en la esfera estatal. Rotulación que puede ser identificada en aquellas figuras delictivas, por las cuales se tutelan Intereses Difusos, el colectivo como conjunto comunitario que requiere ser protegido precisamente por la técnica de los bienes jurídicos supra-individuales. Se dice en la doctrina especializada, que puede aceptarse tal conceptualización en la medida en que se asuma la idea que nos hallamos ante un bien jurídico «espiritualizado» o «institucionalizado» de índole colectiva, de la misma naturaleza dogmática que la seguridad del tráfico, la seguridad colectiva o la salud pública. Bienes jurídicos estos últimos con los que los intereses socio-económicos de los consumidores se identificarían desde el punto de vista dogmático, pese a que como queda dicho posean un diferente radio de expansión, interés sectorial en un caso, intereses sociales generales en el otro^[100].

Lo verdaderamente esencial –señala Gracia Martín– es la reivindicación de la protección penal realmente *autónoma* de los mismos. Estos bienes jurídicos resultan de la atribución de fuerza socialmente

^[99] Tiedemann, K.; Presente y Futuro del Derecho Penal Económico, cit., ps. 19-20.

^[100] Martínez-Bujan Pérez, C.; Derecho Penal Económico. Parte General, cit., p. 104; Cfr., Gracia Martín, L.; Consideraciones críticas sobre el concepto y caracteres..., cit., p. 801.

vinculante a la valoración positiva de determinados substratos que muy genéricamente podríamos definir como estados de orden de circunstancias y desarrollos conforme a un orden de procesos sociales puestos a disposición de una pluralidad anónima de personas o de grupos de personas e incluso de la totalidad de las personas integrantes de la sociedad para canalizar las relaciones y los contactos sociales en general, ya sean éstos en particular de tipo existencial, social, económico, institucional, etc^[101].

Debe acotarse también, que no todas las figuras delictivas que se comprenden, en la presente titulación han de tutelar un bien jurídico supraindividual, es de verse que algunos delitos protegen de forma directa un interés jurídico individual, que tienen una correspondencia con el orden económico. En este segundo plano hemos de ubicar a los injustos típicos como las «prácticas monopólicas» en el mercado, la «competencia desleal» y las «licitaciones colusorias».

En la doctrina nacional, García Caveró –desde una postura funcional-, anota que en el caso de los delitos contra la libre competencia, se protege concretamente la expectativa normativa que tienen los agentes económicos de poder participar y mantenerse en el mercado sin restricciones artificiales creadas por otros participantes. La defraudación de esta expectativa tiene lugar en la realización de las prácticas restrictivas de la competencia más graves, lo cual es establecido en el caso concreto por el juez penal, quien se encuentra autorizado, a partir de esta constatación, para imponer una sanción penal que devuelva a la norma defraudada su vigencia social puesta en tela de juicio por el delito cometido^[102].

Desde otra postura doctrinal, diremos que el objeto de protección parte de una premisa fundamental: que si bien el mercado se rige por

^[101] Gracia Martín, L.; Consideraciones críticas sobre el concepto y caracteres..., cit., p. 801.

^[102] García Caveró, P.; Los Delitos contra la Competencia, cit., p. 42.

una libre actuación de los competidores, no es menos cierto que dicha intervención ha de ser guiada bajo los principios inspiradores de una Economía Social de Mercado, en cuanto a una competitividad basada en prácticas legales, es decir, ajustadas a los patrones de un correcto funcionamiento del mercado; entonces, el Derecho penal ha de tutelar de forma individual el derecho que tienen todos los competidores de intervenir en equiparidad de condiciones, de que el agente competidor no emplee en su desmedro instrumentos, técnicas u otros mecanismos tendientes a obstaculizar, perturbar y obstruir su libre desenvolvimiento en el mercado; si bien el objeto de tutela penal ha de ser percibido desde una plataforma individual, no puede perderse de vista que la funcionalidad misma del mercado, se encuentra siempre presente en estos injustos penales.

De otro lado, aparecen genuinos «intereses colectivos», que se identifican plenamente con un bien jurídico de corte supraindividual, como es el caso de aquellos delitos que atentan los intereses de los Consumidores. Al respecto, resulta aleccionador la clasificación que elabora Martínez-Bujan Pérez, al señalar se impone ante todo una distinción básica dentro de los bienes supraindividuales o colectivos: de un lado, hay bienes jurídicos generales, que se caracterizan por ser intereses pertenecientes a la generalidad de las personas que se integran en la comunidad social; de otro, hay bienes jurídicos que –en expresión moderna que ha cobrado fortuna –se han denominado «difusos», que, a diferencia de los anteriores, no son intereses que afectan a la totalidad de personas¹⁰³. Por ello, escribe líneas más adelante, que en sentido amplio (que, como sabemos, nunca aparecerá por sí mismo como objeto directo de protección), entonces sí podrá hablarse con rigor de la tutela de bienes jurídicos difusos en algunos casos, esto es, en la medida en que se acredite que en una determinada figura de delito estamos ante un interés económico sectorial de un grupo

¹⁰³ Martínez-Bujan Pérez, C.; Derecho Penal Económico. Parte General, cit., p. 94.

interviniente en el mercado; ese será el caso, v.gr., de los genuinos delitos económicos de consumidores^[104].

De forma que en estos injustos penales la tutela jurídica si bien parte desde un bien jurídico «funcional», su penalización al ser recogida por tipos penales de peligro abstracto adquiere validez general, siempre que estén referidas a bienes jurídicos individuales^[105].

Lo que sí podemos decir, que todos los injustos penales económicos responden a la idea del orden económico, como bien jurídico de referencia o «mediato genérico», como precisa Martínez-Bujan Pérez^[106].

En todo caso, la intervención del Derecho penal ha de limitarse a prevenir aquellas conductas de mayor afectación al bien jurídico tutelado, conforme a los principios de subsidiariedad y de *ultima ratio*.

Segundo punto a saber es lo referente a la «autonomía disciplinar del Derecho penal económico». El hecho de que los delitos económicos se encuentren glosados en el texto punitivo ordinario, no puede llegar sin más a una postura en contrario, pues como se verá, la aplicación e interpretación de los tipos penales comprendidos en el Título IX del CP, responden a ciertas particularidades y singularidades, que lo revisten de una especial y compleja caracterización normativa, a diferencia de las figuras delictivas convencionales^[107].

[104] Martínez-Bujan Pérez, C.; Derecho Penal Económico. Parte General, cit., p. 95.

[105] Vide, al respecto, Gracia Martín, L.; Consideraciones críticas sobre el concepto y los caracteres..., cit., p. 803.

[106] Martínez-Bujan Pérez, C.; Derecho Penal Económico. Parte General, cit., p. 97.

[107] En la doctrina argentina, Balcarce, apunta que el derecho penal económico tiene tres caracteres particulares: Primeramente es prevalementemente accesorio, pues la mayor cantidad de los preceptos penales económicos están contenidos fuera del Código Penal, en leyes especiales. Luego, es dinámico y variable. Al ser la actividad económica, por esencia, movедiza y proteica,

Para Tiedemann es pujante la tendencia hacia un cambio cada vez más autónomo –dice-, ya que una economía de mercado presupone, esencialmente, actividad empresarial o del *Derecho de la empresa*. Esto me parece acertado. A ello corresponde la expresión criminológica “*corporate crime*”; consiguientemente, el Derecho Penal económico también se puede comprender en gran medida como “Derecho Penal de la empresa” (...) ¹¹⁰⁸. Cuando hablamos de la “criminalidad de la empresa nos estamos refiriendo a los delitos socioeconómicos cometidos en el ámbito de las actividades del tráfico jurídico y económico de una empresa. La empresa acotaría así el género delitos socioeconómicos, en sentido amplio, contenido en la anterior definición, escribe Zúñiga Rodríguez. Se designa así “aquellos delitos que se cometen por medio de una empresa, o, mejor dicho, aquellos delitos que se perpetran a través de una actuación que se desarrolla en interés de una empresa” ¹¹⁰⁹.

Hoy, el ejercicio de una actividad empresarial constituye la fuente principal de dominio material sobre todos tipo de bienes jurídicos involucrados en la actividad económica, no sólo sobre los específicamente económicos –v.gr., la libre competencia- y medioambientales, sino también sobre otros de distinta naturaleza que aparecen con frecuencia igualmente involucrados de un modo típico en la práctica de una actividad económica-empresarial, como sucede por ejemplo con la vida y salud de los consumidores en el caso de la comercialización de productos peligrosos, o con las de los trabajadores que realizan su actividad laboral para una empresa ¹¹¹⁰.

es necesario disponer de normas legales que puedan determinar y sancionar rápidamente conductas dañosas para el orden público económico; La Relación entre Derecho Penal y Derecho Penal Económico, cit., ps. 85-86.

¹¹⁰⁸ Tiedemann, K.; Presente y Futuro del Derecho Penal Económico, cit., p. 24.

¹¹⁰⁹ Zúñiga Rodríguez, L.; Criminalidad de Empresa, Criminalidad Organizada y modelos de Imputación Penal. En: Delincuencia Organizada. Universidad de Huelva. Juan Carlos Ferré Olive, 1999, cit., ps. 200-201.

¹¹¹⁰ Gracia Martín, L.; ¿Qué es modernización del Derecho penal? En: Estudios de Derecho Penal, cit., ps. 737-738.

Las «empresas» constituyen corporaciones que se dedican a una variedad de actividades socioeconómicas, cuyo revestimiento legal viene dado por la categoría conceptual de una «persona jurídica»; sea una asociación de personas según los dispositivos legales del Código Civil o una sociedad de capitales conforme lo dispone la Ley General de Sociedades. Importa una ficción legal, cuyo dominio social es ejercicio por sus órganos de representación, de modo tal, que con sus representantes legales quienes toman las decisiones. Si bien la empresa ha de dirigir su actuación a la actividad contenida en su Pacto Social, es decir, con arreglo a ley; no es menos cierto que hoy en día estas corporaciones se han convertido a su vez, en instrumentos potenciales de criminalidad, a partir de la comisión de una serie de «comportamientos prohibidos», que se enmarcan en una serie de manifestaciones disvaliosas, cuyos efectos antijurídicos pueden ser y son a veces más devastadores que la criminalidad convencional que toma lugar con el Robo, el Hurto y la Apropiación Ilícita; tanto en lo que respecta a la magnitud de los efectos perjudiciales como de la cantidad de víctimas. De ahí, que se requiera una reorientación de la política criminal en el ámbito de las sanciones que pueden recaer sobre las empresas, y sobre todo, una redefinición de los aspectos fundamentales de la teoría de la imputación jurídico-penal.

Como apunta Gracia Martín, el Derecho penal de la empresa tiene que ser reconocido también como una manifestación típica del Derecho penal moderno^[111].

La autonomía científica («dogmática»), ha de verse en todo caso, en las mismas propiedades inherentes al Derecho penal económico: tipos de peligro abstracto, bien jurídico supraindividual y su remisión a normas extra-penales, conjuntamente con la visión dinámica que ha de suponer la guía permanente del proceso legislativo en esta materia.

[111] Gracia Martín, L.; ¿Qué es modernización del Derecho penal?, cit., ps. 738-739.

Tercer punto a saber es lo concerniente a la «Administrativización del Derecho penal económico». De recibo, muchas de las figuras delictivas, que hoy se encuentran regladas en el texto punitivo, ya constituían de forma autónoma infracciones de orden administrativo; es decir, la necesidad por ejercer una tutela jurídica más intensa supuso la intervención del Derecho penal, mediando la tipificación de normas jurídico-penales en el marco de la criminalidad económica. Punto en cuestión que se cuestiona a partir del principio de legalidad y los criterios rectores de subsidiariedad y de *ultima ratio* que ha de asumir el Derecho penal en el marco de un Estado de Derecho.

No puede negarse en algunos casos puede producirse una intervención injustificada del Derecho penal, cuando no se pone en evidencia una conducta lo significativamente disvaliosa, para ser alcanzada por una pena; pero vaya, que en algunos casos las graves perturbaciones que pueden ocurrir como consecuencia del abuso de poder monopólico o mediando, la especulación, el acaparamiento y la adulteración de los bienes de consumo masivo.

De manera que si el Derecho administrativo sancionador, no puede incidir de forma positiva en la abstención de estos comportamientos antijurídicos, el Derecho penal ha de intervenir en mérito a sus efectos disuasivos que se derivan de los fines preventivo-generales de la pena. Lo cual no obsta a que el legislador sea en suma cauteloso en la tipificación de las conductas prohibidas, en el sentido, de evitar confusiones normativas entre el injusto penal y el injusto administrativo, pues es sabido que el principio de legalidad irradia a todo el Derecho Público sancionador.

Como expone con claridad Zúñiga Rodríguez, (...) todo el orden socioeconómico necesariamente tiene que estar regulado por una ingente cantidad de reglas de conductas extra-penales, donde se trata de contener los riesgos, cuantificar los límites de los mismos, o simplemente regular instancias procedimentales obligatorias. Esta nueva vertiente del sistema penal también se ha dado en llamar "administrativización

del Derecho Penal”, pues en todos estos aspectos se ha convertido en un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales^[112].

Cuestión aparte, es la característica esencial de estos delitos, al constituir «leyes penales en blanco»; el intérprete a fin de complementar la materia de prohibición punitiva, debe remitirse necesariamente a una norma extra-penal, a la frondosa normatividad administrativa que se sancionó a partir de 1991. En la doctrina nacional, se señala que el empleo de los tipos penales en blanco obedecen a dos situaciones: a)-La variabilidad de determinadas situaciones de las cuales necesariamente queda subordinada la lesión del bien jurídico protegido por el tipo penal en blanco. Todo el plexo de los delitos económicos se caracterizan inequívocamente por su permanente mutación. b)-La necesidad de reprimir un conjunto de infracciones a la regulación jurídica que en materia económica –compleja por excelencia- establece el Derecho penal económico^[113].

Consideramos que en materias tan complejas –como la económica-, la elaboración de esta clase de normas penales parece indispensable. Lo importante en todo caso, es que la norma extra-penal cumpla también con el mandato de estricta legalidad (*lex certa*), en lo que respecta a su determinación normativa^[114].

^[112] Zúñiga Rodríguez, L.; Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador..., cit., p. 1423.

^[113] Peña Cabrera, R.; Delitos económicos..., cit., ps. 179-180.

^[114] Vide, al respecto, Bacigalupo, E.; Derecho Penal. Parte General, cit., ps. 149-151; Peña Cabrera, R.; Tratado de Derecho Penal..., Vol. I, cit., p. 118.

6.5. La sustracción del ámbito de punición de los Delitos Económicos vía los Decretos Legislativos N° 1034^[115] y 1044^[116]

La penalización de una conducta humana importa un juicio de disvalor por parte del legislador, al develar un estado de lesión y/o aptitud de lesión de un bien jurídico; un comportamiento que requiere ser conminado por una pena, conforme los fines preventivos que se desprenden de la sanción punitiva. En tal entendido, el resto de parcelas del orden jurídico no se han mostrados eficaces para disuadir a los potenciales agentes del delito, incapaces de reducir el índice de su frecuencia conductiva.

Según la premisa descrita, se produce el proceso penalizador, con arreglo al principio de legalidad y, a partir de su vigencia, todo ciudadano ha de abstenerse de incurrir en dicha conducta. Del mismo modo, puede resultar que ciertos comportamientos delictivos deban ser despenalizados, sustraídos del «ámbito de punición», en razón de consideraciones de orden sociológica; ora por su poca frecuencia delictiva ora por la propia dinamicidad de las estructuras sociales, que inciden en un juicio ya no negativo de disvalor. Con propiedad se puede decir, que la conducta carece ya de suficiente reproche social, para continuar en el listado delictivo. En palabras de Peña Cabrera, es un absurdo castigar un hecho que las valoraciones sociales han determinado su abolición; insistir en la ley antigua sería incurrir en una injusticia^[117].

Lo dicho constituye una labor permanente de *lege ferenda* por parte del Parlamento, consustancial a las garantías de un Estado de Derecho.

^[115] Ley de represión de las conductas anticompetitivas.

^[116] Ley de represión de la competencia desleal.

^[117] Peña Cabrera, R.; Tratado de Derecho Penal..., Vol. I, cit., p. 144.

En el presente caso, estamos frente a la «despenalización» de los siguientes comportamientos: abuso de poder económico en el mercado, acaparamiento, publicidad engañosa, fraude en los consumidores, competencia desleal y licitaciones colusorias; previstas en los artículos 232º, 233º, 238º, 239º, 240º e inc. 3) del 241º del CP, respectivamente.

El Tratado de Libre Comercio suscrito con los Estados Unidos de América, no sólo conlleva consigo prosperidad económica, mayor inversión, intercambio comercial e ingreso de nueva tecnología, sino también «impunidad». ¿Es que acaso, el abuso de poder económico, el acaparamiento, la competencia desleal han dejado de ser comportamientos que afecten gravemente el correcto funcionamiento de nuestro Sistema Económico, bajo las reglas de una «economía social de mercado»? Sólo cabe una respuesta negativa, en la medida que dichas disfunciones siguen generando distorsiones significativas en el bien jurídico tutelado, por lo que su despenalización sólo puede ser entendida en el marco de un desprendimiento necesario de nuestra soberanía estatal, amén de lograr el Acuerdo Comercial con USA.

Especialistas en el tema, como García Cavero, han objetado este proceder legislativo. Como dice el autor, si las empresas de un determinado sector del mercado pactan desnudamente un precio perjudicando a los consumidores, no podrán recibir una sanción penal o si una empresa con posición de dominio realiza prácticas exclusorias de otros competidores, tampoco podrá recibir sanción penal alguna^[118]. Así, tampoco el agente, que aprovechándose de la escasez de un bien de consumo, lo sustrae del comercio, para obtener un lucro indebido. Es decir, estamos hablando de conductas que producen estragos importantes al interés jurídico tutelado, cuya punición es necesaria, para poder disuadir a los agentes económicos a no incurrir en dichos estados de disvalor.

[118] García Cavero, P.; ¿TLC sin Derecho Penal?. En: "La Ley". Gaceta Jurídica, Año 1, N° 8, cit., p. 8.

Los comportamientos despenalizados constituyen a partir de la vigencia de las Leyes Nos. 1034 y 1044, únicamente «infracciones administrativas», pasibles de ser sancionados únicamente con una amonestación, una multa y medidas correctivas^[119], etc. Como se apunta en la doctrina nacional, (...) lo que se desconoce completamente es que una multa administrativa no solo tiene una virtualidad intimidatoria muy limitada, sino que le da a la infracción un carácter neutral que lo libra de reproche social que merece este tipo de conductas^[120].

Muy al margen de que se pueda dudar acerca de los efectivos «preventivos-generales de la pena», no puede decirse lo mismo de la persecución penal efectiva de estos delitos, cuando al final del Proceso penal, el juzgador impone como pena, privación de libertad y fija como Reparación Civil una suma cuantiosa de dinero. Dichas consecuencias, vaya que si inciden en la persona del condenado y en la psique del resto de ciudadanos. Empero, si el delincuente económico, sabe que su conducta infractora será sancionada con una multa pecuniaria de S./ 50,000 nuevos soles, y que su proceder ilícito le reporta S./ 150.000 nuevos soles, es lógico que no tendrá ningún reparo en reincidir en dicha actividad ilegal; desencadenando una sustancial disminución hacia la tutela del bien jurídico protegido. Esto es lo que se denomina como el cálculo del «coste-beneficio», que se adscribe perfectamente en el ámbito de la Criminalidad Económica.

De acuerdo a lo argumentado en la doctrina nacional, esos sucederá (...), cuando el sujeto decide la comisión de un delito; sobre todo cuando se trata de delitos en los cuales el agente actúa impulsado por un móvil patrimonial o económico^[121]. Esta situación se aprecia con

^[119] Según lo previsto en los artículos 43° y 47° del Decreto Legislativo N° 1034; artículos 52° y 55° del Decreto Legislativo N° 1044.

^[120] García Caveró, P.; ¿TLC sin Derecho Penal?, cit., p. 8.

^[121] Gálvez Villegas, T.A./ Guerrero López, S.I.; Consecuencias Accesorias del delito y Medidas Cautelares Reales en el Proceso Penal, Jurista Editores, Lima, 2009, cit., ps. 32-33.

más claridad, en los delitos económicos o de contenido patrimonial, en los cuales el sujeto, no sólo cuenta con una alta probabilidad de no ser descubierto, sino que aún cuando esto se produzca, puede burlar la imposición de las consecuencias penales, patrimoniales y administrativas del delito^[122].

Como dice García Caveró, (...) si la sanción fuese pena privativa de libertad para los directivos, decomiso de beneficios o ganancias ilícitas (artículo 102 del CP o la Ley de Pérdida de Dominio), ¿no generaría estos una mayor eficacia preventiva^[123]? A criterio de la doctrina especializada, en la gran mayoría de delitos, la real privación de todos los beneficios económicos obtenidos, constituiría la medida preventiva de mayor eficacia en el sistema de consecuencias jurídicas del delito^[124].

Incluso el mismo juez penal se encuentra facultado para disponer de manera previa una medida de incautación, además de proceder conforme a lo previsto en otras normas penales especiales^[125]. A ello cabe agregarse las «otras consecuencias accesorias», glosadas por el legislador en el artículo 105° del CP, recientemente modificado por el Decreto Legislativo N° 982 de julio del 2007. Mediando la imposición de estas medidas se pretende que los verdaderos sujetos actuantes del delito, no tengan la posibilidad de seguir sirviéndose del aparato societario de la persona jurídica, para cometer actos delictivos^[126].

^[122] Gálvez Villegas, T.A. y otro; Consecuencias Accesorias del delito..., cit., p. 35.

^[123] García Caveró, P.; ¿TLC sin Derecho Penal?, cit., p. 8.

^[124] Gálvez Villegas, T.A. y otro; Consecuencias Accesorias del delito..., cit., p. 37; Así, Peña Cabrera Freyre, A.R.; Manual de Derecho Procesal Penal, cit., ps. 382-383.

^[125] Lamas Puccio, L.; La Despenalización del delito de Abuso de Poder Económico. Los efectos en materia penal del Decreto Legislativo N° 1034. En: "Revista Jurídica del Perú". N° 89, julio del 2008, Lima, cit., ps. 241-242.

^[126] Peña Cabrera Freyre, A.R.; Derecho Penal. Parte General, cit., p. 1203.

No olvidemos que el actual estado de las cosas, ya de por sí no garantizaba la efectiva sanción penal de estos comportamientos antijurídicos, pues los órganos de la administración se habían constituido en una barrera infranqueable, ante la pretensión persecutora del Ministerio Público. La reforma legislativa no hace sino consolidar una situación de plena impunidad, que en nada ayuda al fortalecimiento del Estado de Derecho en el Perú.

La distracción de materia primas del mercado o productos de primera necesidad así como la publicidad engañosa importan figuras delictivas en la legislación comparada, como es de verse de los artículos 281° y 282° del CP español. Se trataron en su momento de nuevos preceptos penales, en el cual bien jurídico tutelado son los intereses de los consumidores, y de forma subsidiaria, en la propia libertad del mercado⁽¹²⁷⁾. En lo que respecta a la segunda conducta, el bien jurídico protegido podría ser definido como el interés del grupo colectivo de consumidores en la veracidad de los medios publicitarios, concebido como un aspecto particular del orden global del mercado⁽¹²⁸⁾. En resumidas cuentas, se advierte bienes jurídicos necesitados y merecedores de tutela penal; que en el umbral del Tercer Milenio adquieren mayor necesidad de punición.

Acaparar bienes de primera necesidad en circunstancias de escasez, difundir abiertamente un spot publicitario engañoso, con la finalidad de captar una gran masa de consumidores, instituir fraudulentamente una serie de barreras para los competidores, manifiestan un disvalor de sustantividad, lo suficiente para mantener inalterable la intervención del Derecho penal. En cuanto al abuso de poder económico, Lamas Puccio, anota que aquel atenta contra el orden económico entendido este como un principio rector en la Constitución política, en tanto que

⁽¹²⁷⁾ Vide, al respecto, Suárez González, C.; Delitos contra el Patrimonio. En: Código Penal Comentado, cit., p. 810.

⁽¹²⁸⁾ Martínez-Buján Pérez, C.; Comentarios al Código Penal, Vol. III, cit., p. 1370.

es el mismo Estado el que promueve la economía social de mercado al reconocer el pluralismo económico y facilitar la libre competencia⁽¹²⁹⁾; (...) para que haya abuso de posición dominante debe existir una posición dominante del mercado; pero esto no quiere decir que basta que exista una posición de dominio para que se dé el perjuicio, sino en la medida que se abuse de la posición de dominio del mercado⁽¹³⁰⁾. El artículo 7.1 del Decreto Legislativo N° 1034, dice que se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad.

El bien jurídico en estos tipos penales, constituye la libre competencia, la cual implica el libre ejercicio de la actividad de los agentes económicos en un mercado donde las leyes de la oferta y la demanda son los que determinan la acción y la elección de proveedores y compradores, así como los precios de los productos y servicios que se ofertan libremente en el circuito económico. En opinión de Bajo Fernández, la defensa de la competencia viene a reconocer el derecho a competir que ostentan quienes participan profesionalmente en el tráfico económico; la reprensión de las prácticas restrictivas reconoce, además, el deber de competir; el castigo de la competencia ilícita, el deber de competir lealmente⁽¹³¹⁾. Debe existir entonces, una libre actuación de los agentes económicos en el mercado, pero, esta libre actuación no puede rebasar ciertos límites, pues, cuando lo hace produce graves consecuencias para los consumidores.

⁽¹²⁹⁾ Lamas Puccio, L.; *La Despenalización del delito de Abuso de Poder Económico...*, cit., p. 237.

⁽¹³⁰⁾ Peña Cabrera, R.; *Delitos económicos...*, cit., p. 219.

⁽¹³¹⁾ Bajo Fernández, M.; *Manual de Derecho Penal. Parte especial, II*, cit., p. 230.

Precisamente los injustos penales –actualmente despenalizados–, constituyeron una novedad importante con la dación del Código Penal de 1991, pues se requería una mayor intervención del Estado en el mercado económico, mediando una valoración criminológica del estado de la cuestión, conforme al nuevo modelo insertado en la Constitución Política de 1979. Así, en la Exposición de Motivos del corpus punitivo, cuando se dice lo siguiente: “La Ley penal no podía permanecer insensible ante la evolución y complejidad de la actividad económica entendida como un orden. Con basamento constitucional, el nuevo Código Penal no prescinde de la represión de los delitos que atentan contra el orden económico. Nuestra norma fundamental garantiza el pluralismo económico y la economía social de mercado, principios que deben guardar concordancia con el interés social. Asimismo se establece la promoción por parte del Estado del desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad y la racional utilización de los recursos. El sistema, por tanto, tiene como objetivo fundamental el bienestar general. La delincuencia económica atenta contra este ordenamiento que resulta fundamental para la satisfacción de las necesidades de todos los individuos de la sociedad y, por ello, debe reprimirse. En esta orientación el Código Penal dedica un Título al tratamiento de los Delitos contra el Orden Económico”.

Nuestro país durante mucho tiempo estuvo sujeto a un sistema estatal de fijación de precios, lo que significó limitar la protección legal del mercado a los supuestos que implicaba una alteración de los precios establecidos por el Estado¹¹³²¹. De manera que el nuevo sistema económico en nuestro país, habría de repercutir de forma significativa en las nuevas tareas que el Derecho penal habría de asumir, evitando el abuso de poder económico, las prácticas colusorias, las conductas monopólicas, etc.; todas aquellas que restringen la

¹¹³²¹ García Caveró, P.; Derecho Penal Económico. Parte Especial. T. II, GRIJLEY, Lima, 2007, cit., p. 29.

actividad económica de los agentes y lesionan los legítimos intereses de los consumidores.

A todo esto, lo paradójico, vendría ser, como apunta García Cavero, que la Sherman Act de 1890 que regula en los Estados Unidos las conductas antimonopólicas es una ley de carácter penal, es decir, que mientras en los Estados Unidos las conductas anticompetitivas son delitos graves, en nuestro país esas conductas son solo una infracción administrativa^{[133][134]}. Dicho en otros términos: el territorio patrio se ha constituido a la fecha en tierra fecunda de comisión de conductas que atentan contra las normas de una economía social de mercado, en mérito a la imposibilidad de nuestros Tribunales de imponer una sanción punitiva a todos aquellos que incurren en este tipo de comportamientos, a lo mas, la sanción administrativa develará una expresión de carácter «simbólico».

Para Lamas Puccio, la derogatoria del artículo 232 del Código Penal implica un peligroso retroceso en materia del control de prácticas anticompetitivas, en cuanto que los órganos administrativos que controlan estas actividades adolecen de una serie de prerrogativas que solo incumben a los órganos jurisdiccionales^[135]. Aseveración extensible al resto de tipos penales que también fueron derogados vía el Decreto Legislativo N° 1034, se pone en peligro la correcta marcha del mercado, de que los agentes económicos produzcan graven distorsiones en el Sistema Económico en su conjunto.

^[133] García Cavero, P.; ¿TLC sin Derecho Penal?, cit., p. 8.

^[134] Nos relata Peña Cabrera, que después se han dictado una serie de "leyes antitrust" norteamericanas, entre 1916 y 1933, cuyos objetivos eran defender la libertad de comercio y prevenir y reprimir las restricciones ilegítimas de la competencia y los monopolios. Ante la ineficacia de estas normas, el gobierno de Roosevelt (1933), dictó la "National Industrial Recovery Act" y la "Agricultural Adjustment Act", sobre todo, para combatir la crisis de 1929-1934; Delitos económicos..., cit., p. 86.

^[135] Lamas Puccio, L.; La Despenalización del delito de Abuso de Poder Económico..., cit., p. 242.

6.6. La persecución penal de los delitos Económicos

La persecución penal es una de las funciones más esenciales del Estado, función que se materializa cuando las agencias punitivas de persecución activan toda la maquinaria estatal, a fin de someter al agente delictivo a una serie de actos de coerción. El sometimiento a la persecución penal presupone dos presupuestos: la comisión de un injusto penal y la sospecha vehemente de criminalidad que pende sobre el presunto autor o partícipe del delito (principio de «intervención indiciaria»).

Desde una perspectiva material, la imposición de una pena presupone la efectiva lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico merecedor de tutela penal, según el contenido material propuesto en el artículo IV del Título Preliminar del CP.

Según el orden jurídico-constitucional vigente, el Derecho penal se vincula directamente al principio de legalidad, de manera tal, que la violencia punitiva sólo será legítima, siempre que la incriminación y la sanción punitiva se habían determinado con anterioridad a la comisión del injusto, como garantía político criminal. La consecuencia fundamental de esta argumentación es la prohibición de dotar a la ley penal de efectos retroactivos (principio de irretroactividad), y la exigencia de que las prohibiciones penales se establezcan con la máxima precisión (principio de determinación)¹¹³⁶.

El principio de legalidad garantiza, entre otras cosas la defensibilidad del ciudadano frente al Estado y los poderes públicos¹¹³⁷. El

¹¹³⁶ Arroyo Zapatero, Luis; Principio de Legalidad y reserva de la ley en materia penal. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Año 3, Núm. 8. Centro de Estudios Constitucionales. Mayo-agosto, 1983, cit., p. 14.

¹¹³⁷ Ruiz Vadillo, Enrique; Principios de Legalidad, Proporcionalidad, etc. En: La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el Proceso Penal. Consejo General del Poder Judicial. Editorial Osezn, Madrid, 2000, cit., p. 9.

principio de legalidad material, entonces, se constituye en un repertorio de garantías para el ciudadano, a fin de afianzar las libertades públicas ante los poderes públicos, en otras palabras: garantizar la previsibilidad de la actuación estatal.

Según las máximas del Estado de Derecho, el poder político es sometido a las máximas de la razón, el Estado de Derecho es el Estado de derecho racional, esto es, el Estado que realiza los principios de la razón en y para la vida común de los hombres, tal y como estaban formulados en la tradición de la teoría del derecho racional^[138].

Es de verse, que en un orden democrático de derecho no solo rige el principio de legalidad en su dimensión material, en lo que respecta el aforismo «*nullum crimen nula poena sine lege lex praevia*», sino también, ha de manifestarse desde su aspecto «procesal». El ideario del Estado de Derecho, supone la vinculación obligatoria de los órganos públicos al mandato exclusivo e imperativo de la ley.

El Proceso Penal se instituye como el único medio legítimo por el cual la ley penal puede realizarse y así recibir una sanción punitiva el agente infractor. El *ius puniendi* es una potestad soberana estatal, que en exclusividad el Estado la ejerce a través de los órganos de persecución penal (MP).

Según el marco jurídico constitucional descrito, este poder-deber se traslada a los órganos que administran justicia penal en nuestro país, quienes la ejecutan y aplican en nombre del «Comunitarismo Social». De ello se colige la aparición en el ámbito procesal penal, de los principios de «oficialidad», de «obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal» y el «acusatorio»; principio este último, que se ha instituido en la piedra angular del proceso de reforma procesal,

^[138] Wolfgang Böckenförde, Ernst; Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta S.A., Madrid, 2000, cit., p. 19.

que se esta implementando en nuestro país, vía el Decreto Legislativo N° 957 del 2004^[139].

El Proceso Penal se encuentra regido por el principio acusatorio, a diferencia del Proceso Civil, donde impera el principio dispositivo, pues en este último las partes cuentan con plena disponibilidad sobre el objeto del proceso; por tales motivos, el ente persecutor del delito está obligado a ejercer formalmente actos de investigación criminal ni bien toma conocimiento de la comisión de un delito. Como dice Gimeno Sendra, un sistema procesal penal está regido por el principio de legalidad, cuando aquel ha de iniciarse ante la sospecha de la comisión de cualquier delito con la correspondiente intervención de la policía, del ministerio fiscal o del juez instructor^[140].

Nuestro Sistema procesal penal sigue el mismo modelo mixto –aún vigente- al establecer en el artículo 159° de la Ley Fundamental, que corresponde al Ministerio Publico –como titular de la acción penal- conducir desde su inicio la investigación del delito, para tal fin se servirá funcionalmente de la Policía Nacional, institución que está obligada a cumplir los mandatos del órgano persecutor oficial, en el ámbito de dicha función investigativa.

Por lo dicho, se infiere que en un verdadero Estado Derecho, el titular de la acción penal pública es el representante del Ministerio Público, quien según los preceptos normativos de la LOMP – Decreto Legislativo N° 052, es autónomo en su función investigadora; de manera que su ámbito de decisión se encuentra desprovisto de toda injerencia funcional y/o política.

^[139] Vide, más al respecto, Peña Cabrera Freyre, A.R.; El nuevo proceso penal, 2. Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

^[140] Gimeno Sendra, Vicente y otros; Derecho Procesal Penal. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, cit., ps. 64 y ss.

Ahora bien, en un Estado de Derecho, rige en rigor el principio de «igualdad»; el orden jurídico no permite, por ende, hacer diferencias al efectivo ejercicio de la persecución penal. Sea cual fuese el injusto penal cometido^[141], su investigación y persecución, debe llevar siempre el mismo procedimiento, al margen de ciertas particularidades entendibles, por la complejidad de la materia delictiva^[142]; no pueden establecerse vías previas –menos aún–, dejando en manos de los órganos de la Administración la decisión de la promoción de la acción penal.

La ley penal, entonces, se aplica a todos por igual, como paradigma de una «Justicia Penal Democrática». Empero, en sociedades como la nuestra, las reglas del Estado de Derecho reflejan un mero simbolismo, cuando de la persecución penal se trata.

El poder definitorial de la política penal es ejercido por el legislador, quien lo determina no en puridad desde un punto de vista estrictamente criminológico, sino basado en las influencias que provienen precisamente de los grupos de poder (económico); quienes se encargan de tutelar sus intereses, mediando la componenda política coyuntural. De esta forma, aseguran mecanismos legales de sustracción del «ámbito de punición y/o persecución», dando lugar a un Sistema Penal, que por lo general, extiende su brazo represor sobre los clientes de la delincuencia convencional. Por si acaso, ello no ha de ser visto como un discurso marxista (comunista), sino la descripción de la realidad social

La criminalidad económica es un ejemplo del poder criminalizador selectivo, que tiende una serie de privilegios procesales a fin de que estos

[141] Una cuestión aparte es con respecto a los delitos perseguibles por «acción penal pública».

[142] Así, como las prerrogativas e inmunidades que se fundan en justificaciones de orden político, como se desprende de los artículos 93° y 99° de la Constitución Política del Estado; Vide, Peña Cabrera Freyre, A.R.; Derecho Penal. Parte General, cit., ps. 110-117.

agentes delictivos no se han alcanzados con una sanción punitiva^[143]. Mediando este discurso jurídico-político se sancionan prejudicialidades administrativas, se aminoran las penas^[144], se despenalizan los delitos y se ensayan fórmulas muy creativas de persecución y sanción («segunda velocidad del Derecho penal»).

La situación descrita, implica un decaimiento significativo de las funciones preventivas de todo el Sistema Penal en su conjunto, fomentado la comisión de estas conductas disvaliosas. Se apartan a estos agentes delictivos no sólo de la pena privativa de libertad, sino también de las otras consecuencias jurídicas al delito, que golpean fuertemente a la delincuencia económica (decomiso, disolución de la persona jurídica, proceso de pérdida de dominio). En efecto, dice Zúñiga Rodríguez, si bien el Derecho Penal tradicionalmente centró su atención en el propio autor, en la persona, hoy coexisten y en muchos casos se aplican más, consecuencias jurídicas que salen de la esfera personal para atacar el patrimonio criminal, el instrumental del delito (que puede ser una persona jurídica) o al propio ente, como lo hacen las nuevas sanciones de comiso y consecuencias accesorias^[145]. Con el riesgo añadido de que si se acepta esta «segunda velocidad», con la consiguiente trivialización de las garantías, mucho es de temer que pronto se nos propondrá una «tercera velocidad», en la que «coexistirían la imposición de penas privativas de libertad y la flexibilización de los principios político criminales y las reglas de imputación^[146].

En opinión de Peña Cabrera, la gravedad de esta delincuencia no está sólo en la dañosidad de los efectos, o, en la astucia del agen-

[143] Así, Tocora, F.; Aproximación a la Política Criminal de hoy, cit., p. 23.

[144] Así, Peña Cabrera, R.; Delitos económicos..., cit., p. 111.

[145] Zúñiga Rodríguez, L.; Relaciones entre Derecho Penal y Derecho..., cit., p. 1439.

[146] Terradillos Basoco, J.M.; Globalización, Administrativización y expansión del Derecho Penal Económico, cit., p. 237.

te, sino en la impunidad por los privilegios que el sistema penal les ofrece^[147].

Todo lo cual apunta a una deslegitimación del sistema mismo, con los consiguientes riesgos que ello conlleva. La sociedad percibe esta situación con desagrado y desencanto, y reacciona de forma inmediata, retirándole su confianza al poder político, en mérito a una legítima defraudación.

La penalización de los injustos penales económicos, significó de entrada, la consolidación de un Estado de Derecho, que ha de extender su reacción punitiva, a todos los ámbitos de la sociedad, donde ser revelen focos de conflictividad social.

Si algo se había avanzado desde la denuncia de la criminología crítica en contrarrestar el carácter desigual de la intervención penal con la criminalización de conductas realizadas por los poderosos, con esta propuesta se daría un retroceso importante en este camino, consolidando la pena privativa de libertad para los delincuentes callejeros, y para los delincuentes de cuello blanco existirían sanciones pecuniarias que, incluso se podrían asegurar o privatizar^[148].

Ha sido en el campo de la criminalidad económica, donde se ha constituido una serie de barreras u obstáculos de naturaleza administrativa, a fin de ejercer la persecución penal de forma eficaz. El legislador en este ámbito del derecho punitivo, ha sancionado una frondosa legislación administrativa^[149], la cual se ha constituido en una

[147] Peña Cabrera, R.; Delitos económicos..., cit., p. 109.

[148] Zúñiga Rodríguez, L.; Relaciones entre Derecho Penal y Derecho..., cit., ps. 1439-1440.

[149] En este estado de la cuestión, es importante distinguir la elaboración de leyes penales en blanco, como técnica legislativa idónea para regular un ámbito de la criminalidad tan compleja y sofisticada como es la delincuencia económica. Según esta técnica legislativa la materia prohibitiva debe ser complementada con una norma extra-penal, es decir, el intérprete a fin de

especie de cobertura procesal a este ámbito de la criminalidad, como una condición objetiva de perseguibilidad.

Es de verse, que el artículo 19º Decreto Legislativo N° 701 del 07/11/91 – Ley de eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas, y restrictivas de la Libre Competencia, modificado por el Decreto Legislativo N° 807 del 18/04/96, dispone que la iniciativa de la acción penal compete exclusivamente al Fiscal Provincial, quien la inicia luego de recibida la denuncia de la Comisión de la Libre Competencia^[150]. Quiere decir esto, que la vía administrativa es la que

fijar el contenido material de Injusto tiene que remitirse a una norma en este caso de naturaleza administrativa; En palabras de Bricola, el reenvío a los reglamentos debe circunscribirse a aquellos casos en los que la norma penal indica ya por sí misma la esfera y contenido de desvalor que la norma pretende imponer y al reglamento se le relega tan sólo la enunciación técnica detallada, y la puesta al día, de los hechos u objetos que presentan tal significado de desvalor, enunciación técnica que, además, debe ser expresión de un criterio técnico localizable ya en la norma penal de fuente legislativa; Citado por Arroyo Zapatero, Luis; Principio de Legalidad y reserva de Ley en materia penal,.....cit., p. 34.

^[150] Paradigmática sobre esta cuestión, fue la discusión política que se propició con ocasión de la nueva Ley General Ambiente – Ley N° 28611, publicada en el diario oficial el 15/10/05, que se estaba discutiendo al interior del Poder Legislativo, donde se percibió de forma contundente, como los grupos de poder económico –vinculados a este sector de la economía–, ejercían toda su influencia en el poder definitorio, para mantener el estatus normativo vigente, el cual supone someter inconstitucionalmente a la Justicia Penal a los dictados de un instancia administrativa. Cuestión aparte es el referido a la “carga de la prueba”, de efecto, quien alega hechos en una demanda privada, tiene el deber de probarlos a fin de que su pretensión sea amparada por el órgano jurisdiccional. Sin embargo, he de advertirse, que acreditar un daño ecológico no es tarea fácil. En el caso de nuestra realidad nacional, son los pobladores o comuneros, quienes en su conjunto forman el colectivo que funge como demandantes, quienes tendrían que probar los hechos que alegan en su acción. Se debe probar el nexo de causalidad entre la acción del agente u el daño como consecuencia de la realización de esta conducta, cuestión que en la práctica se constituye de difícil realización, pues, los pobladores no cuentan con los instrumentos técnicos y científicos que son imprescindibles para verificar el grado de contaminación de un río, por

decide finalmente que conductas pasan a ser perseguibles penalmente, es decir, como un filtro de selección entre los injustos administrativos y los injustos penales.

Lo que se ha generado es un decaimiento de la Justicia Penal a favor de la Instancia administrativa, que según los principios informadores del Derecho penal no tiene porque intervenir en esferas que no le competen. La Ley Fundamental es contundente al establecer que la titularidad de la acción penal la ejerce el Ministerio Público de forma exclusiva, tratándose de delitos perseguibles por acción penal pública.

Nuestras objeciones se orientan desde los siguientes planos a saber:

- a. Es laudable que en ciertos ámbitos de la criminalidad, órganos administrativos especializados coadyuven en la investigación del delito; ámbitos específicos de la criminalidad como la económica necesitan de un conocimiento exhaustivo y especial, que sólo instituciones como el INDECOPI (Comisión de Libre Competencia) está en facultades de ilustrar la realización de estas prácticas colusorias y restrictivas del mercado. En tal medida, este órgano administrativo se le atribuyen de facultades sancionadoras, para reprimir las conductas que sólo son constitutivas de infracciones administrativas.
- b. El titular de la acción penal es el Ministerio Público, es la institución que constitucionalmente esta revestida con el

ejemplo. *Contrario sensu*, las empresas sí cuentan con esta tecnología, por lo que la carga de prueba en estos casos excepcionales debería recaer sobre el demandado. En el marco de la desigualdad de las responsabilidades probatorias, Ulrich Beck, nos reseñal esta realidad de la siguiente manera "(...), en esta búsqueda a tientas en la nebulosa del futuro, las cargas probatorias y las oportunidades de acción están repartidas de forma extremadamente desigual"; Políticas Ecológicas en la edad del riesgo. Traducción de Martín Steinmetz, primera edición, Barcelona, 1998, cit., p. 39.

poder de investigar y perseguir los delitos, sea cuales fuera su naturaleza, de conformidad con el principio de legalidad procesal. El persecutor público asume la conducción de la investigación del delito desde sus inicios, de manera que los órganos de la administración se encuentran obligadas a prestar su colaboración para garantizar la eficacia del Sistema de Investigación⁽¹⁵¹⁾, por ende, el Fiscal es el Director de la Investigación Preliminar, quien traza su estrategia y toma las decisiones de mayor relevancia.

c.-Establecer un requisito de procedibilidad de naturaleza administrativa, supone favorecer injustificadamente a ciertos grupos de poder (económico), donde se inscriben los infractores de las leyes que protegen la libre competencia y demás bienes jurídicos de índole colectivo⁽¹⁵²⁾.

d.-Nuestra Constitución Política, consagra en su artículo 2º, que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier índole. Así, el artículo 103º del mismo cuerpo de leyes, al proscribir que pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencias de las personas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10º del C. Las prerrogativas que por razón de la función o cargo se reconocen a ciertas personas, habrán de estar taxativamente previstas en las leyes o tratados internacionales.

e.-Nuestro Derecho penal es democrático, pues su aplicación se efectiviza sin distinción alguna, no puede favorecerse a determinados agentes delictivos, so pretexto de la complejidad de la materia, mediante la inclusión de filtros de selectividad en el marco de la perse-

⁽¹⁵¹⁾ Así, el artículo 322.2 del nuevo CPP.

⁽¹⁵²⁾ Ver, al respecto inc. 8) del cuadro de Disposiciones Modificatorias y Derogatorias, del nuevo CPP.

cución penal, con arreglo a los principios de igualdad y de legalidad. Un modelo procesal-penal Acusatorio, consolida la posición acusadora del representante del Ministerio Público así, como su rol directriz en el marco de la investigación penal.

Al conferirse a los órganos de administración, ámbitos de discrecionalidad y de valoración en cuanto a la «conducta prohibida», toma lugar un beneficio procesal para la delincuencia económica, incompatible con el orden de valores constitucionalmente consagrados.

En resumidas cuentas, el Ministerio Público es el titular de la acción penal, es el dueño de la persecución de todos los delitos que son perseguibles por acción penal pública. Su actuación persecutoria, por tanto, no puede subordinarse a una instancia administrativa calificadora, pues, implicaría instituir una especie de «prejudicialidad administrativa», lo que no se ajusta a los principios del Estado de Derecho.

Lo que sí debería reglarse normativamente, es que tratándose de procedimientos administrativos, que revelen la comisión de ilícitos penales, la Comisión deberá suspender el procedimiento dando conocimiento al Ministerio Público, absteniéndose en todo caso, de la imposición de sanciones administrativas, a fin de hacer prevalecer el derecho penal y de acuerdo al principio del *non bis in idem*^[153]; para lo cual se requiere fortalecer el papel persecutor e investigador del MP^[154].

^[153] Así, el artículo III del Título Preliminar del nuevo CPP; Vide, al respecto, Peña Cabrera Freyre, A.R.; Exégesis al nuevo Código Procesal Penal, T. I, cit., ps. 96-112.

^[154] Vide, al respecto, Carrillo Flores, F. y otro; Sector Financiero y Delincuencia Económica, cit., p. 199.

DELITOS CONTRA LOS CONSUMIDORES LA ESPECULACIÓN

“El productor, fabricante o comerciante que pone en venta productos considerados oficialmente de primera necesidad a precios superiores a los fijados por la autoridad competente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y con noventa a ciento ochenta días-multa.

El que, injustificadamente vende bienes, o presta servicios a precio superior al que consta en las etiquetas, rótulos, letreros o listas elaboradas por el propio vendedor o prestador de servicios, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año y con noventa a ciento ochenta días-multa.

El que vende bienes que, por unidades tiene cierto peso o medida, cuando dichos bienes sean inferiores a estos pesos o medidas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año y con noventa a ciento ochenta días-multa.

El que vende bienes contenidos en embalajes o recipientes cuyas cantidades sean inferiores a los mencionados en ellos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año y con noventa a ciento ochenta días-multa”.

1. DERECHO DE LOS CONSUMIDORES

El umbral del Tercer Milenio, en el marco del desarrollo del «Constitucionalismo Social», aparecen dos marcos novedosos de regulación jurídica: los denominados «Intereses Difusos» y los «Derechos de los Consumidores», de forma que se configura una nueva visión del estado de la cuestión, que también tiene repercusiones en las rol preventivo del Derecho penal.

No se puede poder en duda que nos encontramos ante una «Sociedad de Consumo», pues el mercado se ha convertido en la panacea donde se ofertan una gran cantidad de bienes y servicios; oferta que es puesta en escena a través de diversos medios publicitarios. Mercadotecnia que ha de ser ejercidos bajo el rigor de ciertos principios, amén de no vulnerar los intereses de los consumidores, como se ha propuesto en el derecho positivo vigente.

Gutiérrez Camacho, sostiene que una auténtica democracia se define en el día a día, en las necesidades cotidianas, en la calidad, oportunidad y precio de los servicios públicos, en la información al alcance del consumidor; en suma, en la calidad de los bienes y servicios puestos en el mercado a la mano del hombre común^[155].

El artículo 65° de la Ley Fundamental, establece que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho de la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población. Del precepto constitucional se colige que el Estado asume una misión tuitiva de los intereses generales que pueden verse afectados, cuando los proveedores del servicio, no sujetan su actuación a las reglas de una ESM. En tal entendido, debe aplicar correctivos cuando se advierten distorsiones, generados sobre todo, por los proveedores, que en abuso de su posición

^[155] Gutiérrez Camacho, W.; La tutela constitucional del consumidor. En: La Constitución Comentada, cit., p. 904.

ventajosa en el mercado, pretenden imponer condiciones contractuales de forma unilateral a los consumidores. Y, ello es así, por la evidente asimetría que existe entre los consumidores y los proveedores de los bienes y los servicios; son los segundos que cuentan con toda la información, con todo el bagaje cognitivo, cuya merced les confiere una posición ventajosa frente a los consumidores. Como se pone de relieve en la doctrina nacional, para el consumidor es materialmente imposible acceder y procesar, por sus propios medios, la gran cantidad y variedad de información que se halla en manos de las empresas que actúan en el mercado; por consiguiente, las relaciones de consumo son intrínsecamente relaciones asimétricas, siendo actualmente el consumidor la expresión más cabal y general del contratante débil^[156]. Así, Espinoza Espinoza, al sostener que los modelos jurídicos circulantes en materia de tutela del consumidor se basan en nivelar la situación de "asimetría informativa" en la que se encuentra el mismo^[157].

De lo que se trata es que los derechos esenciales de los consumidores (educación y organización, de protección a la salud y la seguridad, de expresión a nivel de consulta y participación, de asesoramiento y de asistencia y representación y acceso a la justicia) sean protegidos eficazmente. Mientras en el mercado comercial se van incrementando velozmente los precios, no ocurre lo mismo con las garantías de defensa de los consumidores. De allí que la atención sea prioritaria y los estudios se traduzcan en leyes que compensen los desequilibrios sociales^[158].

Dicho lo anterior se sanciona la Ley de Protección al Consumidor, que trae a colación a una serie de preceptos que se dirigen a la cautela de los intereses de los consumidores. Entre los derechos más importantes de los consumidores, escribe Peña Cabrera, podemos mencionar

^[156] Gutiérrez Camacho, W.; La tutela constitucional del consumidor, cit., p. 905.

^[157] Espinoza Espinoza, J.; Derechos de los Consumidores, cit., p. 13.

^[158] Peña Cabrera, R.; Delitos económicos, III, cit., p. 92.

los siguientes: el derecho a una protección eficaz contra los productos y servicios que puedan representar riesgo o peligro para la salud o la seguridad física; derecho a recibir información necesaria y adecuada de los productos y servicios por parte de los acreedores; derecho a la libre competencia, de tal manera que el consumidor pueda elegir con libertad lo que desea; derecho a la reparación por daños y perjuicios, consecuencia de la adquisición de los bienes y servicios ofrecidos en el mercado o de su uso o consumo; derecho a integrar organizaciones de consumidores para hacer escuchado a fin de defender sus intereses, empleando los medios que el ordenamiento jurídico permita, entre otros^{[159][160]}.

El artículo 5º de la Ley precitada - Decreto Legislativo Nº 716, establece que los consumidores tienen el derecho de recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la decisión de los productos o servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios. En efecto, el acceso a todas la información necesaria sobre el producto que se desea adquirir, resulta fundamental, para que el consumidor pueda elegir el producto que mejor se adapte a sus legítimas expectativas, a fin de tomar la decisión más adecuada, dependiendo de la funcionalidad que espera recibir del producto en cuestión. La resolución Nº 102-97-TDC, del 25 de abril de 1997, precedente de observancia obligatoria, señala al respecto lo siguiente: *“Los proveedores tienen la obligación de poner a disposición de los consumidores toda la información relevante respecto a los términos y condiciones de los productos o servicios ofrecidos, de manera tal que aquélla pueda ser conocida o conocible por un consumidor razonable usando su diligencia ordinaria”*.

^[159] Peña Cabrera, R.; Delitos económicos, III, cit., p. 97.

^[160] Vide, al respecto, de forma amplia, Espinoza Espinoza, J.; Derecho de los Consumidores, cit., ps. 39 y ss.

Por su parte, el artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor que a la letra señala lo siguiente: *“Los proveedores son responsables, además de la idoneidad y calidad de los productos y servicios, por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben los productos, por la veracidad de la propaganda comercial de los productos, y por el contenido y vida útil del producto indicados en el envase, en lo que corresponda”*. Los productos, entonces, deben de responder a los usos u fines para los cuales fueron fabricados, de acuerdo a la expectativa de un consumidor medio y razonable, por ende, el proveedor es responsable por la correspondencia entre la calidad del producto con la que recibe el consumidor, como contraprestación.

También se desprenden otros principios, en el sentido de que las empresas proveedores de todos servicios que oferten en el mercado, deben tratar a los consumidores según los principios de justicia e igualdad, evitando cualquier procedimiento que pueda resultar injusto en las transacciones comerciales, es decir, no sólo en tutela de los intereses económicos de los consumidores, sino también de un trato digno, proscribiendo cualquier actuación coercitiva^[161], inaceptable en un Estado Constitucional de Derecho.

En lo que respecta a los «Intereses Difusos», se ha previsto normativamente en el artículo 82° del Código Procesal Civil, que en el caso de afectación de bienes jurídicos colectivos, en cuanto a la vulneración de intereses que pertenecen a toda una comunidad de gentes (medio ambiente), aparece la institución jurídico-procesal denominada “Patrocinio de intereses difusos”, cuya titularidad se le ha conferido a una serie de instituciones públicas y asociaciones civiles legalmente constituidas; como el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas

^[161] A decir, de Espinoza Espinoza, los métodos comerciales coercitivos tiene por objeto, forzar a que el consumidor, existiendo o no una relación contractual, asuma obligaciones o cargas no pactadas o autorizadas; “Ley de Protección al Consumidor”, RODHAS, Lima, cit., p. 66.

y/o Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental. Así se desprende de su tenor literal, cuando se dispone lo siguiente: *“Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor”*.

2. FUNDAMENTOS DE INCRIMINACIÓN

Según lo expuesto en acápite anteriores, una Economía Social de Mercado, importa una actuación de agentes económicos privados en la realización de las actividades comerciales, extractivas y/o productivas, mediante el libre juego de la oferta y la demanda, es decir, su característica esencial lo constituye la propiedad privada de los medios de producción, tal como se concibió en el Capitalismo liberal. En efecto, el «Estado Social», configura la evolución del «Estado Liberal», bajo el matiz particular de una economía con «rostro humano», esto quiere decir en otras palabras, que la necesidad por fomentar e incentivar la inversión privada en el mercado de capitales, debe ejercerse en sintonía con los derechos sociales, con los intereses estrictamente generales de la comunidad, de los consumidores así como del mismo Sistema Económico.

Se infiere, entonces, que la maximización del desarrollo económico, en cuanto a una eficiente coordinación económica, supone en principio un Estado abstencionista en el mercado, amén de garantizar la libertad del funcionamiento del mercado; empero, si la «solidaridad social» y los «intereses generales», constituyen pautas esenciales del modelo político-económico, dicho abstencionismo no puede significar un libre arbitrio de los agentes económicos, en el sentido, de que ese mismo Estado tiene la obligación de intervenir cuando se producen anomalías, disfunciones y/o distorsiones en el Sistema Económico, precisamente para proteger los intereses jurídicos antes mencionados.

Según la línea argumental descrita, una Economía Social de Mercado, describe un sistema de precios regido por la libre competencia,

estabilidad monetaria, acceso libre al mercado, propiedad privada, libertad contractual y transparencia económica, como principios rectores que se desprenden de nuestra Ley Fundamental. Aspecto que incide en el fomento de la competitividad y del libre mercado, ajustados a las políticas sociales que hayan de ser dictadas en determinado tiempo histórico-social.

El libre funcionamiento del mercado, en cuanto a la actuación de los agentes sobre la base de los principios que rigen la ESM, donde el «abstencionismo estatal» es la regla y la «intervención estatal» constituye la excepción. Por consiguiente, el Estado debe intervenir, entrometerse si se quiere decir, únicamente cuando se ponen en evidencia distorsiones susceptibles de ser corregidas y/o controladas.

Los productores, fabricantes y comerciantes, colocan en el mercado una serie de productos, algunos de estos de «primera necesidad», aquellos que se comprenden en la idea de la canasta básica (leche, arroz, azúcar, pollo, aceite, etc.), cuyos precios son fijados bajo el criterio del libre juego de la oferta y la demanda. De recibo, ciertos factores pueden incidir en el alza de los precios y, viceversa en su disminución; mas en algunos casos son los propios comerciantes y/o fabricantes que se aprovechan de ciertas circunstancias y/o factores como la «escasez» del producto para incrementar de forma significativa los precios, en evidente detrimento de los consumidores. Empero, nuestro modelo económico constitucional, ha determinado la imposibilidad de que el Estado fije los precios de los productos de primera necesidad, tal como acontecía hasta finales de la década de los ochenta, como es de verse, los precios son establecidos por los mismos agentes económicos. En aquellas épocas, el Estado era propietario de ciertas empresas que fabricaban dichos productos, de modo que podía darse dicha fijación en los precios de ciertos alimentos.

Al respecto, cabe citar a Bajo Fernández, que desde una posición más aguda, señala que no procede terciar en la discusión sobre si es

o no posible tal libertad^[162], porque nadie piensa en el modelo del mercado librecambista, sino en la libertad relativa que “arroja cuando no hay escasez de un producto, uno precios normales, en el mercado, que oscilan entre un máximo y un mínimo”^[163].

Dicho lo anterior, no se puede hablar en la actualidad a la «fijación de precios por parte de la autoridad estatal», en cuanto a los productos de primera necesidad. A lo más el órgano estatal competente (INDECOPI), puede intervenir, cuando toman lugar concertación de precios, figuras monopólicas, prácticas colusorias, etc. En tal entendido, la figura delictiva de la «Especulación» debe ser interpretado conforme a las reglas de una Economía Social de Mercado, en lo que respecta a su ámbito de protección normativo.

En resumidas cuentas, hemos de decir, que la figura delictiva in comento ha de tutelar el interés legítimo de los consumidores, en cuanto a los productos que los agentes económicos ofertan en el mercado. La denominación de «los consumidores», anota Mestre Delgado, de amplio uso en el ámbito sociológico y económico de producción de bienes y prestación de servicios o, en la perspectiva inversa, como parte demandante en el mercado^[164].

3. BIEN JURÍDICO

De forma general, se diría que el objeto de protección lo constituye el correcto funcionamiento del mercado, mas de forma específica, ha de fijarse conforme los intereses de los consumidores, de que los productos que se ofertan en el mercado hayan de ser adquiridos mediante precios razonables y que éstos sean fiel reflejo de las características que

^[162] Refiere a los “precios resultantes de la libre concurrencia”.

^[163] Bajo Fernández, M. y otros; Manual de Derecho Penal. Parte Especial, cit., p. 394.

^[164] Mestre Delgado, E.; Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico, cit., p. 351.

se colocan en los envases, etiquetas, rótulos, letreros y listas; en otras palabras: la integridad de los productos que se ofertan en el mercado, conforme a sus propiedades inherentes, de modo que no se vean afectadas las legítimas expectativas de los consumidores.

Si estamos hablando de ciertos productos alimenticios que no se corresponden con las leyendas que se colocan en los envases, toma lugar un plano «pluriofensivo», de la conducta antijurídica, al ponerse en riesgo la salud de las personas, lo que hace de estos comportamientos un plus de disvalor, que amerita una reacción penal más intensa. Punto en cuestión que ha de verse también en su intercesión normativa, con aquellos injustos típicos que se atacan a la Salud Pública, de forma concreta el artículo 288° del CP.

Para Lamas Puccio, sobre la base de los principios generales que se encuentran sustentados en la protección de la economía en su conjunto, en realidad en materia de protección penal de los derechos de los consumidores sólo nos referimos a la protección personal de cada individuo a través de una norma penal. Esta aseveración supone en su esencia un ataque a las condiciones económicas del mercado, que en la práctica más están orientadas a contrarrestar la alteración de los actos que atentan contra la libre concurrencia, sea en orden a la formación de precios, a la justa distribución económica de bienes y servicios (violación al régimen de precios, agio, especulación), y en orden a la real protección al consumidor en el campo de la publicidad, control de calidad, etc^[165].

No se trata de proteger aquí, no la exclusiva posición del consumidor como parte de la contratación, sino el propio funcionamiento del mercado^[166]. Bien jurídico prevalentemente protegido sería, (...), el interés de los consumidores en el normal abastecimiento del mercado

^[165] Lamas Puccio, L.; Derecho Penal Económico, cit., p. 218.

^[166] Bajo Fernández, M. y otros; Manual de Derecho Penal. Parte Especial, cit., p. 395.

de materias primas o productos de primera necesidad, en la medida en que (como sucede en los restantes delitos de consumo) dicho interés espiritualizado engloba el peligro para los bienes jurídicos individuales e individualizables del grupo colectivo de los consumidores, como es fundamentalmente el patrimonio y puede ser eventualmente la salud personal^{[167][168]}.

Martínez-Buján Pérez, siguiendo la tesis de Tiedemann, sostiene que a la vista de la regulación del nuevo C.p español (...), que los delitos contenidos en los arts. 282 y 283 así como el de uso de información privilegiada en el mercado de valores (arts. 285 y 286), (...) no se tutelaría en sentido técnico la funcionalidad (por sí misma) de determinados subsistemas del orden socio-económico sin más aclaraciones, sino que, lo que en rigor se está protegiendo directamente en ellos es un bien jurídico que podría ser concretado en la libertad de disposición económica de los consumidores o de los sujetos intervinientes en el mercado de valores^[169]. El bien jurídico se concreta en el interés jurídico que posee el Estado en la consecución de una determinada política de precios (...)^[170].

^[167] Martínez-Buján Pérez, C.; Comentarios al Código Penal, Vol. III, cit., p. 1367.

^[168] Para González Rus, el tipo penal previsto en el artículo 281º del CP español, tiende a proteger el mercado, dentro del que se inserta la protección de los consumidores, como un elemento más del mismo (...); Delitos Socioeconómicos (VIII), cit., p. 804.

^[169] Martínez-Buján Pérez, C.; Derecho Penal Económico. Parte General, cit., p. 104.

^[170] Martínez-Buján Pérez, C.; Derecho Penal Económico. Parte General, cit., p. 98.

4. TIPICIDAD OBJETIVA:

a. Sujeto activo

Conforme se desprende de la redacción normativa del tipo penal en cuestión, la calidad de autor requiere determina posición en el mercado, por lo que se instituye como un delito «especial propio», en el caso del primer supuesto típico; de manera, que todos aquellos que intervengan en el ínterin del iter criminis, sólo podrán ser objeto de punición bajo las diversas variante de participación delictiva.

En el resto de modalidades típicas que se glosan en el articulado, sujeto activo (autor), podrá ser cualquier persona, a condición que realice la acción típica propuesto en los verbos nucleares («venta»^[171]; por lo que son delitos comunes.

Autor, a efectos penales, sólo podrá serlo la persona psico-física considerada, por lo que la persona natural no es sujeto de imputación jurídico-penal^[172]; cuya actuación ilícita ha de ser atribuida a sus órganos de representación, a quienes ostentan el «dominio social típico» de la *societas*.

Por «Productor» y/o «Fabricante», según lo previsto en el artículo 3º b.2) del Decreto Legislativo N° 716, ha de entenderse a todas aquellas personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores. Es decir, se trata de aquellos individuos que elaboran el producto final, mediando la materia prima y la conjunción de una serie de elementos en su preparación.

En palabras de Peña Cabrera, un fabricante es productor, pero un productor no siempre es fabricante, por ejemplo, el ganadero, el algodónero, el agricultor^[173].

^[171] Así, Peña Cabrera, R.; Delitos económicos, III, cit., p. 247.

^[172] Así, Peña Cabrera, R.; Delitos económicos, III, cit., p. 247.

^[173] Peña Cabrera, R.; Delitos económicos, III, cit., p. 247.

Por su parte, «Comerciante», de acuerdo al artículo 3° b.1) de la Ley de Protección al Consumidor, son todas aquellas personas naturales o jurídicas que en forma habitual venden o proveen de otra forma al por mayor, al por menor, bienes destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público. Vendrían a constituir aquellos que de forma permanente y/o habitual se dedican a ofertar los bienes, productos y/o servicios en el mercado, a fin de que sean adquiridos por el consumidor final.

b. Sujeto pasivo

De forma inmediata serán los consumidores, al constituir un bien jurídico de naturaleza «supraindividual»^[174], empero, de forma mediata lo será el Estado.

c. Modalidades típicas

El primer supuesto delictivo a saber, importa la realización de la siguiente conducta: «la venta de productos considerados oficialmente de primera necesidad a precios superiores a los fijados por la autoridad competente».

La venta ha de tomar lugar cuando el agente oferta el producto en el mercado, es decir, pone a disposición de los consumidores para que éstos sean susceptibles de ser adquiridos, concordante con lo dispuesto en el artículo 1529° del CC.

Al momento que se dice «poner en venta», quiere decir, que para la configuración típica de este supuesto delictivo no se requiere que el producto sea efectivamente vendido por el agente; basta pues con su oferta al público consumidor; por una vía idónea y adecuada para que se realice la transferencia de dominio del bien. V.gr., el comerciante que comercializa en su tienda un determinado producto^[175].

^[174] Así, González Rus, J.J.; Delitos Socioeconómicos (VIII), cit., p. 804.

^[175] Peña Cabrera, R.; Delitos económicos, III, cit., p. 248.

Ahora bien, deben constituir «productos considerados oficialmente de primera necesidad». ¿Cuáles serán estos?, aquellos alimentos básicos de la canasta familiar, vitales para la subsistencia del ser humano (arroz, aceite, azúcar, pan, trigo, avena, menestras, leche, etc., así como productos como el vestido, medicamentos, calzado, artículos de aseo y limpieza. Empero, la norma dispone que dicha calificación ha de ser fijada de forma oficial, esto es, por parte del órgano estatal competente; sería en todo caso, el Ministerio de Agricultura y el Ministerio de la Producción. Hasta donde llegan nuestros conocimientos en la actualidad no existe una lista oficial de productos de primera necesidad.

Luego, se dice en la estructuración típica que la venta de dichos productos, debe haberse fijado a precios superiores a los fijados por la autoridad competente; por ende, presupuesto previo implica que el órgano estatal competente^[176] haya determinado un precio de dichos productos y, que el agente fije un precio superior a aquél. Si no hay una fijación de precios por la autoridad estatal, simplemente no se podrá configurar la tipicidad objetiva.

Como sostuvimos, al no existir en la actualidad una política de control estatal de precios, el rendimiento de esta figura delictiva es en realidad “nula”; lo que sí existe es un «Índice de Precios al Consumidor», que es una cuestión totalmente distinta.

Segundo supuesto delictivo será la «venta injustificada de bienes, o prestar servicios a precio superior al que consta en las etiquetas, rótulos, letreros o listas elaboradas por el propio vendedor o prestador de servicios».

^[176] Como escribe Peña Cabrera, la autoridad competente es la persona facultada por las leyes del Estado para fijar el control y regulación de precios. Pueden ser los titulares de los ministerios, o municipalidades, de conformidad a las funciones que establecen las leyes orgánicas; Delitos económicos, III, cit., p. 249.

En esta modalidad del injusto también han de verse tutelado los intereses de los consumidores, en cuanto a la adquisición de los productos o prestación de servicios, mediando los precios que los productores hacen constar, en las etiquetas, rótulos, letreros o listas.

Se señala en la doctrina nacional, que se busca preservar la confianza del público en las ofertas que el productor, industrial, comerciante hace por propia decisión¹⁷⁷¹.

Primer punto a saber, es lo referente a la «venta injustificada de bienes o prestación de servicios, por encima de los precios consignados», esto quiere decir, que puede darse una «venta justificada», cuya admisión habría de ser reconducida en el marco de las Causas de Justificación, pues no se elimina la tipicidad de la conducta, ésta es permitida al concurrir un interés jurídico preponderante, que elimina su antijuridicidad penal. ¿Cuáles serían estas circunstancias?, podría ser un estado inflacionario, producto de la pésima gestión económica-financiera del Gobierno, donde los precios fijados por el vendedor o el prestador del servicio, han perdido nominalmente su valor o; cuando por diversos factores, los precios no han podido ser actualizados a tiempo, antes de ser colocados para su venta en el mercado consumidor.

Carece de relevancia jurídico-penal, cuando el distribuidor vende el producto y/o oferta el servicio, por un precio superior al fijado por el fabricante del mismo; es lógico que cualquier intermediario (proveedor), deba incrementar el precio, para así ver asegurado su rentabilidad y/o utilidad. De no ser así, podría ponerse en riesgo el correcto funcionamiento de la empresa, inclusive de anclar en una quiebra.

La tipicidad penal de la conducta está condicionada a que el bien o el servicio que se vende y/o oferte en el mercado, lleve consignado el precio en su etiqueta, rótulo, letrero o lista. Si no fuese así, no habría posibilidad de saber si el precio de venta no es el real.

¹⁷⁷¹ Lamas Puccio, L.; Derecho Penal Económico, cit., p. 224.

Cabe indicar también, que muchos restaurantes, bares, discotecas, etc., consignan en sus listas que los precios no incluyen el IGV (Impuesto General a las Ventas), por lo que su agregado en la cuenta final no implica su adecuación al tipo penal in comento.

Cuando se menciona en la redacción típica, la «venta injustificada», quiere decir, que la perfección delictiva no está supeditada a que ésta se haya concretizado; basta verificar que el sobreprecio esté a la vista de los consumidores. Se trata, pues, de un delito de mera actividad, en razón de la naturaleza colectiva del bien jurídico tutelado^[178].

Tercer supuesto delictivo, será la «venta de bienes que, por unidades tiene cierto peso o medida, cuando dichos bienes sean inferiores a estos pesos o medidas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año».

Aquí no se trata de los precios sino de la cantidad (peso o medida) que debe tener el bien objeto de la venta^[179].

El CC, en su artículo 1574º, dispone que: *“En la compraventa de un bien con la indicación de su extensión o cabida y por un precio en razón de un tanto por cada unidad de extensión o cabida, el vendedor está obligado a entregar al comprador la cantidad indicada en el contrato. Si ello no fuese posible, el comprador está obligado a pagar lo que se halle de más, y el vendedor a devolver el precio correspondiente a lo que se halle de menos”*.

^[178] Martínez-Buján Pérez, comentando el artículo 281º del CP español, señala que se ha renunciado a exigir la efectiva causación de un perjuicio para los consumidores (...), como resultado material separable espacio-temporalmente de la acción, renuncia que parece acertada, toda vez que la tutela de un interés difuso, como es que aquí se salvaguarda, obliga al legislador a anticipar la línea de punibilidad; Comentarios al Código Penal, Vol. III, cit., p. 1367; Así, Mestre Delgado, E.; Delitos contra el Patrimonio y contra el Orden Socioeconómico, cit., p. 351; González Rus, J.J.; Delitos Socioeconómicos (VIII), cit., p. 805; Peña Cabrera, R.; Delitos económicos, III, cit., p. 250.

^[179] Peña Cabrera, R.; Delitos económicos, III, cit., p. 249.

Dicho lo anterior, para distinguir el injusto civil del injusto penal, hemos de agregar un elemento de sustantividad al segundo, en cuanto a los medios que se vale para la venta del bien. Lamas Puccio, en la doctrina nacional, escribe que de no haber mediado éste no habría habido de por medio la voluntad de realizar esta compra, por lo que se requiere de un «engaño» rodeado de determinadas circunstancias que lo hacen verosímil. El mismo debe provocar un error en el sujeto pasivo con la finalidad de conseguir su disposición patrimonial^[180].

Podría decirse, que estamos ante una modalidad específica de «Estafa», cuya especificidad radica en el objeto material del delito.

En realidad, si se aplicase de forma efectiva esta figura delictiva con rigurosidad, la administración de Justicia Penal estaría más sobrecarga de lo que ya esta, en la medida, que son muchos los mercados (comerciantes) que emplean balanzas adulteradas, para dar un peso que no se condice con la veracidad de las cosas. Para ello, se requiere de un control permanente por parte de las autoridades ediles, a fin de cautelar los legítimos intereses de los consumidores.

De igual forma, que las figuras delictivas precedentes, la perfección delictiva no requiere un efectivo perjuicio de los consumidores, resulta suficiente con acreditar que el comerciante (agente), esta empleando instrumentos que le permiten pesar productos por debajo de su peso y/o medida real.

La última modalidad típica hace alusión a «la venta de bienes contenidos en embalajes o recipientes cuyas cantidades sean inferiores a los mencionados en ellos»; conducta que ha de distinguirse de la anterior, en mérito al soporte material que contiene la mercadería.

Se trata, por ejemplo, cuando el agente vende una caja de los productos lácteos cuyo rótulo fija una cantidad determinada de envases y el contenido es inferior. Debe pre-existir un acuerdo previo que fine

^[180] Lamas Puccio, L.; Derecho Penal Económico, cit., p. 224.

una cantidad distinta o, que en la misma caja se haya consignado de forma específica las unidades del producto que la contiene.

Cuando los recipientes pretenden ser ingresados a territorio patrio, mediando productos importados sin autorización, se trataría de un delito de Contrabando, no la figura delictiva in examen.

La consumación en este supuesto del injusto típico, ha de verse cuando se procede a la venta de los bienes, mediando las características propuestas en la redacción normativa, sin necesidad de que la venta llegue a perfeccionarse. Ha de ser reputado, entonces, como un delito de «mera actividad».

5. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

Según la contemplación del tipo, éste sólo resulta reprimible a título de dolo; conciencia y voluntad de realización típica; el agente debe saber que está poniendo en venta un producto de primera necesidad, en base a un precio superior al fijado por la autoridad competente. Es decir, para que ocurra el delito tiene que haber una conducta el precio controlado, anota Peña Cabrera⁽¹⁸¹⁾.

La ignorancia que pueda evidenciar el agente, en lo referente al precio fijado por la autoridad competente, o de no saber que está pesando los productos mediando una balanza adulterada, ha de ser regulado bajo las reglas de un Error de Tipo.

El autor debe saber, que está vendiendo productos o ofreciendo servicios a precios superiores, que constan en las etiquetas, rótulos, letreros o listas elaboradas por el propio vendedor o prestador de servicios.

A nuestro entender, el delito puede tomar lugar a título de dolo directo y/o dolo eventual («conocimiento del riesgo típico»).

No resulta exigible la concurrencia de un elemento subjetivo trascendente ajeno al dolo.

⁽¹⁸¹⁾ Peña Cabrera, R.; Delitos económicos, III, cit., p. 250.

ADULTERACIÓN

“El que altera o modifica la calidad, cantidad, peso o medida de artículos considerados oficialmente de primera necesidad, en perjuicio del consumidor, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y con noventa a ciento ochenta días-multa”.

1. BIEN JURÍDICO

Siguiendo la línea argumental construida en el anterior tipo legal, vendría a constituir los legítimos intereses de los consumidores, en cuanto a la oferta leal y veraz de los productos de primera necesidad que se ofertan en el mercado.

Los cuestionamientos sobre la incriminación de esta figura, serían los mismos, según el modelo económico actual no existe una fijación oficial de precios; si bien puede haber un listado de productos de «primera necesidad», oficialmente no hay seguimiento alguno sobre su control. Hoy en día, la protección que debe ejercer el Estado a los consumidores recae sobre todos los productos que son ofertados en el mercado.

Se advierte que la incriminación in comento refleja una realidad económica de antaño; cuando la escasez de los productos de primera necesidad, era aprovechada por agentes inescrupulosos, quienes realizaban toda una serie de maniobras fraudulentas, en desmedro del colectivo, a fin de obtener dividendos económicos.

El mercado debe funcionar correctamente, para ello, los proveedores de los bienes y servicios, deben vender sus productos conforme a los principios de la buena fe comercial, en concordancia con el principio de veracidad. De forma tal, que si el comerciante, vende sus artículos, alterando su calidad, cantidad, peso y/o medida, lo que esta haciendo es induciendo en error al consumidor, mediando fraude, ardid y/o engaño, por lo que se configura un típico caso de «Estafa». Importa en realidad un supuesto de defraudación, que en mérito a la peculiaridad del objeto material del delito, el legislador lo ha revestido de autonomía legal.

El CP argentino, tipifica en el inc. 1) del artículo 173º, la siguiente conducta: “El que defraudare a otro en la sustancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud de un contrato o de un título obligatorio”, como un supuesto de «Defraudación»; así, Fontán Balestra en la doctrina argentina, al escribir que se requiere, (...), un perjuicio apreciable económicamente, característico de toda estafa, y la entrega de cosas sobre las que debe recaer el engaño^[182]. No se trata aquí de la simple diferencia entre lo debido y lo entregado, sino de la vigencia de un engaño que induce a la víctima en error, suscitando en ella la falsa creencia de que recibe lo debido^[183]. Según la ratio de la norma, la tutela recae en el Derecho penal argentino, sobre el patrimonio desde un plano individual.

Son atentados contra la buena fe que el consumidor deposita en las especificaciones que se citan en el artículo que es consumido, en razón a la confianza que se concede a las afirmaciones y especificaciones que aparecen en los rótulos de los productos^[184].

[182] Fontán Balestra, C.; Derecho Penal. Parte Especial, cit., p. 497.

[183] Creus, C.; Derecho Penal. Parte Especial, T. I, cit., p. 504.

[184] Lamas Puccio, L.; Derecho Penal Económico, cit., p. 225.

2. TIPICIDAD OBJETIVA:

a. Sujeto activo

A diferencia del articulado precedente, no se exige una cualidad específica para ser autor a efectos penales; de todos modos, se entiende que debe ser una persona dedicada al comercio, al expendio y/o venta de artículos considerados oficialmente de primera necesidad.

Si quien comete el acto reprobable por la norma penal es una persona jurídica, debe identificarse a los sujetos que asumen el dominio social típico, conforme a la posición de mando, decisión y/o organización.

b. Sujeto activo

De forma mediata lo será el Estado, empero, de forma directa lo serán los consumidores, bajo la idea del «Interés Difuso», importa un número indeterminado de personas.

c. Modalidad típica

El ataque del injusto típico ha de recaer sobre los artículos «considerados oficialmente de primera necesidad»; para ello se requiere que la autoridad estatal competente haya fijado con anterioridad dicha cualidad económica. Serán en esencia los alimentos necesarios para la existencia vital del ser humano así como otros productos cuya esencialidad se deriva de su propia naturaleza. Si los productos no cuentan con dicho «reconocimiento estatal», por mas que se trate de un artículo de primera necesidad, el comportamiento será atípico. No obstante, como se dijo, sea cual sea el producto que se oferte, bajo los medios fraudulentos que se describen en la construcción normativa, no quedarán impunes, pues dicha conducta puede ser cobijada perfectamente en el tipo genérico contenido en el artículo 196° del CP.

Segundo punto a saber, es con respecto a los verbos típicos; el legislador ha empleado dos: «alterar» y «modificar» el peso o medida de los artículos considerados oficialmente de primera necesidad.

El primero significa cambiar la esencia o forma de una cosa; y, el segundo, equivale a variar, alterar una cosa de tal forma que sea diferente de cómo era antes^[185].

La alteración ha de tomar lugar cuando el agente, mediando ardid y/u otro tipo de fraude, varia el peso y/o medida de los artículos considerados de primera necesidad, ello se configura cuando hace constar un volumen que no se condice con la veracidad de las cosas. Por modificar, ha de entenderse la exteriorización de una entidad distinta a la que el producto gozaba anteriormente.

En puridad ambos verbos rectores inciden en una identidad conceptual, determinado por la intención del autor, de verse beneficiado económicamente, con un peso y/o medida que no se corresponde con la realidad del artículo.

Por lo general se emplean balanzas manipuladas, que reportan pesajes y medidas distorsionadas; no pudiéndose descartar otro tipo de mecanismos que se orienten a la misma finalidad.

Se dice que las pesas son las piezas de peso determinado destinadas a fijar el peso de las cosas. Medidas son los objetos de extensión o contenido determinado con los que se fija la cantidad de las cosas que se calculan en ese tipo de unidades^[186].

En el caso de la alteración de la calidad, es sabido que muchos comerciantes inescrupulosos combinan ciertos elementos para poder dar al producto un mayor pesaje, en evidente desmedro del elemento cualitativo^[187]. Modalidad típica en cuestión que puede ir aparejada con la hipótesis delictiva de la Usurpación Marcaria.

[185] Peña Cabrera, R.; Delitos económicos, III, cit., p. 253.

[186] Fontán Balestra, C.; Derecho Penal. Parte Especial, cit., p. 499.

[187] Vide, al respecto, Creus, C.; Derecho Penal. Parte Especial, T. I, cit., ps. 504-505.

Cuestión importante a saber, es que la modificación y/o alteración de los artículos de primera necesidad, han de incidir en «perjuicio del consumidor»; ello debe llevar a entender que la acción defraudatoria, en cuanto al pesaje, calidad y/o medida del producto, debe ir orientada a lesionar los legítimos intereses de los consumidores.

La variación y/o modificación en el pesaje o en la medida, puede ser como apunta Pela Cabrera, oscilando por debajo o arriba de lo que se declara o establece legalmente^[188].

En cuanto a lo que a la calidad concierne, debe realizarse un peritaje técnico, que arroje una calidad por debajo de la que se presenta ante el consumidor.

El elemento del perjuicio al «Interés Difuso», tutelado por la norma no debe conducir al equivoco, de estimar dicho elemento como un resultado necesario como disvalor del injusto típico. Implica un elemento necesario para dotar de legitimidad material a esta variante del injusto típico, en el sentido de sostener la necesidad y el merecimiento de pena.

El perjuicio, entonces, ha de ser visto como la aptitud y/o idoneidad de poder provocar una lesión al bien jurídico tutelado; en este caso, un interés jurídico supraindividual, determinado por un Interés Difuso. Por consiguiente, para dar por acreditada la infracción delictiva no resulta necesaria la acreditación de un efectivo perjuicio en consumidores determinados; sino que el autor, haya realizado la conducta típica, dando un juicio negativo de disvalor. El perjuicio, pues, es un elemento normativo típico en la figura delictiva de la «Estafa»^[189].

Por lo expuesto, si en un control de pesaje por parte de la autoridad competente, se verifica que ciertos productos están siendo

^[188] Peña Cabrera, R.; Delitos económicos, III, cit., p. 253.

^[189] Vide, al respecto, Peña Cabrera Freyre, A.R.; Derecho Penal. Parte Especial, T. II, cit., ps. 335-337.

ofertados con pesos y/o medias distintas a las declaradas en sus respectivas envolturas, se habrá cometido ya el delito, sin interesar que algún consumidor los haya adquirido. No olvidemos que se trata de un delito de mera actividad.

En este sentido, constituye delito el hecho de fabricar panes con cantidad desproporcionada de levadura, y es descubierta por la policía antes de su distribución y venta. Igual podría decirse del ofrecimiento en venta de mezclas de carnes que se hacen aparecer y se anuncian como originales de determinado vacuno, o de congelación de carnes para alterar su peso, o de los repuestos para vehículo automotores de diferente aleación metalúrgica, que se declara^[190].

Se debe distinguir esta infracción delictiva, con la «publicidad engañosa» propiamente dicha, pues en ésta última el agente consigan en carteles y/o anuncios publicitarios ciertas propiedades que no se condicen con la verdadera naturaleza del producto^[191].

3. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

El tipo penal in comento sólo resulta reprimible a título de dolo; conciencia y voluntad de realización típica.

El autor dirige conscientemente su conducta a alterar y/o modificar, la calidad, peso o medida de un artículo considerado de primera necesidad; por tanto, cualquier equívoco que haya de recaer sobre algunos de dichos elementos descriptivos han de ser resueltos bajo la fórmula del Error de Tipo. Así, en el caso de que el producto ha sido catalogado oficialmente como de «primera necesidad».

^[190] Peña Cabrera, R.; Delitos económicos, III, cit., p. 254.

^[191] Así, Creus, C., al sostener que no constituye este fraude la simple propaganda exagerada o engañosa, que no impide al receptor verificar las características de lo que se le entrega, sino del acto positivo de engaño lo que hace errar pese a la posible verificación; Derecho Penal. Parte Especial, T. I, cit., p. 504.

ADULTERACIÓN

Sin duda, el perjuicio ha de ser abarcado también por el dolo, en tanto el autor orienta precisamente su conducta, sabiendo que va a perjudicar los intereses de los consumidores.

Basta con exigir el dolo eventual, el conocimiento de la creación de un riesgo no permitido con aptitud de lesión al bien jurídico tutelado.

AGRAVANTE COMÚN

“Si los delitos previstos en este Capítulo se cometen en época de conmoción o calamidad públicas, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y de ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa”.

COMENTARIO:

La severidad de la reacción punitiva ha de contemplarse desde el contenido del disvalor del injusto típico, en cuanto a los medios, la forma y todas aquellas circunstancias que rodean la comisión del hecho punible, en lo referido al «disvalor de la acción» y en cuanto a la magnitud del ataque antijurídico, es decir, el resultado lesivo que se exterioriza en la integridad del bien jurídico tutelado. A esta última variante se le denomina «disvalor del resultado», que tiene su correlato en la antijuridicidad material.

Entonces, el legislador ha de fijar el grado de pena, conforme a los datos anotados, mediando la inclusión de ciertos elementos, se construyen las «figuras agravadas», como ha de verse en una serie de tipos delictivos contenidos en la Parte Especial del CP.

En el presente caso la redacción normativa nos presenta la agravación de los tipos penales de «Especulación» y de «Adulteración», bajo la particular situación que dichos delitos se cometan en época de «conmoción o calamidad pública».

Toma lugar un delito agravado por una situación concomitante, que coloca a los Intereses Difusos, es decir, los derechos colectivos, en una evidente vulnerabilidad; como se dijo, en estas figuras delictivas la agresión criminal se dirige a un bien jurídico supraindividual, cuya perturbación ha de ser percibida como una aptitud de lesión, encerrando de forma mediata bienes en puridad individuales.

¿Qué debemos entender por «época de conmoción o calamidad pública»? La calamidad pública supone un estado de penumbra, de extrema necesidad, por cuanto una población puede estar en peligro de verse afectada, en cuanto a la vida y salud de sus individuos, una epidemia producto de una grave enfermedad, puede cobijarse en esta hipótesis así como los huaycos o inundaciones que azotan ciertas circunscripciones territoriales de nuestro país; configurando una cláusula abierta, que el juzgador deberá llenar de valoración de conformidad con los elementos antes sostenidos^[192]. Situación que precisamente es aprovechado por el agente para agenciarse de significativos dividendos económicos, comercializando los productos de primera necesidad a precios superiores a los fijados por la autoridad estatal competente o mediando toda clase de ardid, vende dichos productos bajo características que no se corresponden con su realidad.

El hecho de que el agente alce los precios de primera necesidad, por encima a los fijados por la autoridad estatal competente, de vender bienes, prestar servicios a precio superior al que consta en las etiquetas, rótulos, letreros o listas elaboradas por el propio vendedor o prestador de servicios o de alterar o modificar la calidad, cantidad, peso o medida de artículos considerados oficialmente de primera necesidad, bajo la situación descrita supone una mayor desvaloración. Si se quiere decir, el agente revela una dosis significativa de insensibilidad hacia sus prójimos, motivado únicamente por un afán de lucro.

^[192] Peña Cabrera Freyre, A.R.; Derecho Penal. Parte Especial, T. II, cit., p. 183.

AGRAVANTE COMÚN

Se justifica la agravación en la medida que el agente se aprovecha de la situación de emergencia, desesperación o circunstancias apremiantes en que se encuentran las víctimas¹¹⁹³.

Dicho lo anterior, al advertirse un reproche social y jurídico de mayor intensidad, motiva la legislador, ha fijar una sanción punitiva según la escala penal prevista en el artículo 236° del CP.

¹¹⁹³ Peña Cabrera, R.; Delitos económicos, III, cit., p. 256.

CAPÍTULO III

VENTA ILEGAL DE MERCADERÍAS

“El que pone en venta o negocia de cualquier manera bienes recibidos para su distribución gratuita, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años.

La pena será no menor de tres años ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1), 2) y 3) del Artículo 36, cuando el agente transporta o comercializa sin autorización bienes fuera del territorio en el que goza de beneficios provenientes de tratamiento tributario especial. Si el delito se comete en época de conmoción o calamidad pública, o es realizado por funcionario o servidor público, la pena será no menor de tres ni mayor de ocho años”.

1. BIEN JURÍDICO

En el artículo 237° del CP contiene una figura delictiva que también atenta contra los «Derechos de los Consumidores», cuya particularidad del injusto reside en las especiales circunstancias que se produce el ataque antijurídico. Punto en cuestión, que es valorado por el legislador, para reprimir con una pena más drástica, en comparación de los tipos penales previstos en los artículos: 234° y 235° del texto punitivo.

El Estado, a partir de las funciones cívico-sociales que ha de desplegar sobre la población, tiene el deber de asumir la protección y/o tutela de los comunitarios, cuando se producen estados de conmoción o de calamidad pública; en el sentido, de procurar proveer los elementos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos.

Dicho así, las entidades estatales competentes distribuyen, reparten y entregan una serie de bienes, artículos, productos, alimentos, etc.; para velar por el bienestar de la población afectada por los estragos de un fenómeno natural. Tal como sucedió el 15 de agosto del 2007, cuando las ciudades del Sur de Lima (Pisco, Chinca e Ica), fueron duramente azotados por un terremoto a gran escala.

Se distribuye entre la población carpas, alimentos, ropa, frazadas, etc., una serie de bienes indispensables para poder afrontar las consecuencias nocivas del evento catastrófico. Empero dicha entrega no se hace de forma directa a los pobladores, sino que determinadas autoridades locales y/o entidades públicas o privadas, se encargan de ello.

Se supone, entonces, que dichos bienes han de ser repartidos a sus legítimos accesitarios; no obstante, sucede, y muy a menudo, que los receptores de dichos artículos en vez de cumplir con su obligación, se apropian de los bienes y los ponen en venta a un tercero. Comportamiento disvalioso que es objeto de tratamiento punitivo en el presente articulado.

2. TIPICIDAD OBJETIVA:

a. Sujeto activo

El tipo penal in comento no exige una cualidad específica para ser autor a efectos penales, por lo que se diría que puede ser cualquier persona. No obstante, es de verse, que la particular situación que describe el injusto típico, importa una determinada posición del

sujeto activo, pues no cualquiera recibe por parte de los estamentos públicos, bienes a ser distribuidos en una población afectada por un sismo por ejemplo.

Como dice Peña Cabrera, podemos mencionar que en mayor parte son personas vinculadas a las instituciones benéficas que se dedican a la realización de estas obras filantrópicas y que aprovechándose de esta situación realizan la conducta típica^[194].

Si bien pueden ser instituciones privadas las que se encarguen de esta labor social, no es menos cierto, que en algunas oportunidades, serán servidores y/o funcionarios públicos que asuman dicha tarea, v.gr., los Alcaldes, Prefectos, Presidentes de Gobiernos Regionales, etc. Entonces, cuando son funcionarios públicos, los que se encuentran incurso en este comportamiento prohibido, se produce una intercepción normativa, con el tipo penal contenido en el artículo 387° del CP (Peculado). Siendo que dicha figura delictiva se configura cuando el agente se apropia o utiliza, caudales o efectos, cuya percepción, administración o custodia le están confiados por razón de su cargo; la sustantividad material de la conducta, se determina en base a las especiales relaciones funcionales (fomento y tutela) que vinculan al autor con el objeto materia del delito («Garante»). Precisamente el articulado en mención, castiga con mayor pena, cuando los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, no es necesario que haya de acreditarse la venta de los bienes por parte del *intraneus*; lo que ha de verificarse es que los caudales hayan salido de la esfera de la Administración. Si el desvío de los bienes toma lugar en el seno mismo de la Administración, la conducta ha de ser calificada como Malversación de Fondos (art. 389° del CP).

Dicho lo anterior, en aplicación del principio de «especialidad», ante un conflicto aparente de normas penales, debemos optar por el

[194] Peña Cabrera, R.; Delitos económicos, III, cit., p. 257.

tipo penal de Peculado, al describir una especial posición funcional del autor del delito. De tal aseveración se colige que sujetos activos de este delito sólo podrán ser los privados, los particulares, quienes asumen funciones en entidades no Gubernamentales por ejemplo. Empero, el legislador en el marco de una política criminal en esencia «punitivista», ha extendido la punición del delito de Peculado, a otras personas que no necesariamente son servidores y/o funcionarios públicos. Así, lo expresa el artículo 392º, cuando señala que: “Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387º a 389º, los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares (...), aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social”; quiere decir esto, que cuando los particulares reciben dichos bienes del Estado, se apropian de ellos, y luego los venden estarían también incurso en el tipo penal de Peculado. Resultando, que dicha extensión de autoría, fue sancionada con fecha 10 de enero del 1004 -vía la Ley N° 28165, es decir, muchos años después de promulgado el Código Penal.

Es de verse entonces, que la mayor «especialidad» de los injustos típicos previstos en el Título XVIII del CP, han de preponderar sobre la figura delictiva in comento; lo cual incide en un plano reductor del ámbito de protección de la norma del artículo 237º. Pues, como se sostuvo, si ya el agente saca de la esfera de la Administración el objeto material del delito, es lógico que lo haga para un fin ilícito determinado (venta y/o negociación) y, si únicamente lo mantiene en su esfera de su custodia para su uso, ingresamos a una zona de intercesión normativa con el artículo 388º del CP («Peculado de Uso»)^[195].

^[195] Dicho articulado también es objeto de regulación por parte del artículo 392º del CP.

En resumidas cuentas, podemos decir que la política criminal que ha ido formulando el legislador en los últimos años, producto de su asistemacidad e incongruencia conceptual, ha terminado por debilitar de forma significativa el rendimiento de este delito.

b. Sujeto pasivo

Tal como ha sido estimado en artículos anteriores sería el Estado de forma mediata, y los consumidores de forma indirecta, en mérito a su esencia «pluriofensiva».

c. Modalidad típica

Según la descripción típica propuesta en el injusto típico, su configuración puede tomar lugar a través de dos modalidades: poner en «venta o negociar» de cualquier manera bienes recibidos para su distribución gratuita.

La puesta en «venta» de bienes, importa por parte del agente colocarlos en el mercado, es decir, ofertarlos a un público indeterminado de personas para su ulterior adquisición. Si bien no se dice en la estructura del precepto en cuestión, se requiere previamente que el autor ha de recibir los bienes a su esfera de custodia, por ello se convierte en «Garante por asunción», si no fuese así, todo ajeno a dicha relación que se apropia de algún producto, estaría incurso en un delito de Hurto simple o agravado. Lo dicho vale también para el supuesto de negociación.

Se infiere que el delito se perfecciona con el sólo hecho de poner en venta aunque esta no se realice^[196]; no se trata de un delito de resultado sino de mera actividad.

La «negociación» de los bienes implica una conducta distinta, pues acá se requiere de una tratativa directa con una persona determinada,

[196] Peña Cabrera, R.; Delitos económicos, III, cit., p. 258.

a diferencia de la puesta en venta, que toma lugar con la colocación de la oferta del bien a consumidores indeterminados. Es decir, se exige algo más, que no se condice con la naturaleza de estos injustos típicos, bastaba con la modalidad de colocar en venta los bienes, en tanto la negociación constituye un paso siguiente para la concreción de la venta del producto.

En la negociación de los bienes se devela un mayor disvalor, que ha de ser reprimida con una pena más severa en relación con la venta^[197].

Ahora bien, los bienes que haya receptado el agente son producto de una «distribución gratuita», quiere decir, que el autor los haya recibido merced a un típico caso de donación; lo que es común en países como el nuestro, donde determinadas instituciones internacionales apoyan y/o colaboran en el desarrollo socio-económico de nuestros pueblos, sobre todo en aquellos donde se manifiesta una mayor pobreza. Son asociaciones civiles las que por lo general canalizan la ayuda de entidades internacionales gubernamentales y no gubernamentales.

Si los bienes son entregados merced a una compra-venta o cualquier título oneroso, el comportamiento será atípico.

La certeza de que el fin social de los actos de distribución gratuita o a precios previamente convenidos se realizará efectivamente, es el interés jurídico tutelado^[198]. Lo que se pretende con la punición de esta conducta, es de disuadir a los potenciales autores, de que desvíen el curso normal de las donaciones, de que éstas lleguen a sus reales destinatarios.

El tipo penal en análisis no hace mención alguna sobre la particularidad de los bienes que recibe el agente, por lo que pueden ser cualesquiera, a diferencia de lo que acontece en los artículos: 234° y 235° del CP.

[197] Vide, al respecto, Peña Cabrera, R.; Delitos económicos, III, cit., p. 258.

[198] Peña Cabrera, R.; Delitos económicos, III, cit., p. 258.

3. **Agravante:** La pena será no menor de tres años ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1), 2) y 3) del Artículo 36, cuando el agente transporta o comercializa sin autorización bienes fuera del territorio en el que goza de beneficios provenientes de tratamiento tributario especial. Si el delito se comete en época de conmoción o calamidad pública, o es realizado por funcionario o servidor público, la pena será no menor de tres ni mayor de ocho años.

El legislador mediante la sanción de la Ley N° 27776 del 09 de julio del 2002, ha incluido una nueva agravante, que no se encontraba prevista en la redacción originaria del artículo 237°. Somos sabedores que determinados territorios del Perú, cuentan con una regulación jurídico-tributaria especial, en lo que respecta a la exoneración de determinados tributos. Política que se enmarca en la necesidad de promover e incentivar ciertas actividades económicas en determinadas zonas del país, en particular en las Zonas de Frontera («Zona Franca») y en la Amazonía, en tal mérito, se produce una desgravación de impuestos como el IGV, Impuesto a la Renta, etc^[199]. Empero, algunos inescrupulosos comerciantes se aprovechan de dicha situación, para comercializar determinados productos –como el combustible–, por ejemplo, fuera de dichas zonas, obteniendo dividendos económicos ilícitos.

La generación de dichos comportamientos prohibidos, generan distorsiones en el correcto funcionamiento de la economía nacional, de forma concreta, en lo que respecta a la recaudación tributaria; será pues, la caja fiscal, la que se verá afectada con los efectos perjudiciales de estas conductas antijurídicas. Por tales motivos, el bien jurídico tutelado no puede ser estimado desde una consideración en puridad económica, sino desde un plano tributario; de manera que nos decantamos por su ubicación en el contexto de los «Delitos Aduaneros», pues mediando

^[199] Vide, al respecto Peña Cabrera Freyre, A.R./ Frisancho Aparicio, M.; Terminación Anticipada del Proceso. Principio de Oportunidad, Colaboración Eficaz y Arrepentimiento Terrorista, cit., p. 207.

dicha acción, el agente burla los controles aduaneros que se encuentran localizados en diversas zonas del país. Así lo contempló el legislador con la dación de la Ley N° 28008 del 18 de junio del 2003, al tipificar en el inc. c) del artículo 2° la siguiente conducta: *“Internar mercancías de una zona franca o zona geográfica nacional de tratamiento aduanero especial o de alguna zona geográfica nacional de menor tributación u sujeta a un régimen especial arancelario hacia el resto del territorio nacional sin el cumplimiento de los requisitos de Ley o el pago previo de los tributos diferenciales”*. La acción típica se configura cuando se traslada mercadería de una zona sujeta a exoneración tributaria o a un régimen especial arancelario hacia el resto del territorio nacional, sin el cumplimiento de los requisitos de ley o el pago previo de los tributos diferenciales^[200].

De lo expuesto se colige, que los comportamientos disvaliosos, de «transportar y comercializar» los bienes fuera del territorio fuera del territorio en el que goza de beneficios provenientes de tratamiento tributario especial, resultan actividades periféricas y/o concomitantes a las descritas en el inc. c) del artículo 2° de la Ley Penal Aduanera, por lo que su inclusión en el artículo 237° del CP, no se corresponde con la ratio de la norma.

Por «transportar», hemos de entender que el agente desplaza las mercaderías desde la Zona reglada con un tratamiento tributario especial, hacia otro territorio que no goza del mismo privilegio tributario. En tal virtud, el autor emplea cualquier medio de transporte, para poder circular los bienes y, así ingresarlos a otra circunscripción del territorio nacional; para ello se vale de ciertos medios fraudulentos, a efectos de revestir de licitud su injusto accionar. No es necesario que se verifique que la mercadería sea recibida por terceros, basta que se compruebe que los bienes hayan salido de la Zona que goza del bene-

^[200] Peña Cabrera Freyre, A.R. y otro; Terminación Anticipada del Proceso... cit., p. 208.

ficio tributario especial; por ende, la perfección delictiva no requiere de una traslación de dominio del bien.

En el caso de «comercializar», se aprecia un mayor disvalor, pues se devela un acto propiamente ventajoso para el agente, cuya configuración presupone necesariamente su previa transportación; quiere decir, que la primera modalidad típica está ya insita en la segunda modalidad. Apreciación que no lleva a desechar la posibilidad de que sean dos personas distintas las involucradas en ambos supuestos delictivos; empero, si es el mismo autor, quien las realiza, estará incurso en un Concurso Real de delitos. La consumación ha de verse, cuando el autor, ha logrado sacar los bienes del territorio que goza del beneficio tributario especial, ingresándolos a otro territorio, requiriéndose que aquellos sean ofertados a un público determinado, sin necesidad de que se haya producido su venta y/o distribución.

Punto a saber importante, es que la transportación y/o la comercialización de los bienes, debe efectuarse «sin autorización». Elemento normativo del tipo, cuya ausencia importa que la conducta haya de ser reputada como una «causal de atipicidad»; autorización que debe ser expedida por la autoridad estatal competente, para poder estar dotada de validez. Es en este aspecto que podría presentarse un equívoco por parte del agente, cuya procedencia sería regulada como un Error de Tipo.

Finalmente, la conducta básica se agrava cuando la venta de los bienes provenientes de una donación («distribución gratuita»), toman lugar en época de conmoción o calamidad pública, o es realizado por funcionario o servidor público, la pena será no menor de tres ni mayor de ocho años.

Muy comúnmente bienes, artículos de primera necesidad y otros artículos, son donados por una serie de entidades benéficas, cuando acontecen desastres naturales u otros acontecimientos que colocan en grave riesgo los bienes jurídicos fundamentales de los comunitarios. Es ante dichas coyunturas, donde se reciben donaciones de toda parte

del mundo. En palabras de Peña Cabrera, se justifica la agravación en la medida que el agente actúa inmisericordemente, sin tener en cuenta la situación de calamidad, de orden público perturbado, de absoluta escasez de alimentos^[201].

También tomar lugar la agravante, cuando el agente es funcionario y/o servidor público, es decir, el reproche recae sobre la imputación individual («Culpabilidad»); quien al constituir Garante de los bienes que recibe, para ser distribuidos a la población, se aprovecha y les da un destino ilícito^[202]. Para que pueda configurarse la agravante, el agente debe haber recibido y/o receptado los bienes en razón del cargo funcional que desempeña. Caracterización funcional que en realidad nos lleva a otra adecuación típica, al tipo legal de Peculado, conforme los motivos reseñados en párrafos anteriores.

^[201] Peña Cabrera, R.; Delitos económicos, III, cit., p. 260.

^[202] Si el tipo penal ya recoge esta condición funcional, no resultará aplicable la aplicación del artículo 46º-A del CP.

CAPÍTULO IV
DE OTROS DELITOS ECONÓMICOS
FRAUDE EN REMATES,
LICITACIONES Y CONCURSOS PÚBLICOS

“Serán reprimidos con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa quienes practiquen las siguientes acciones:

- 1. Solicitan o aceptan dádivas o promesas para no tomar parte en un remate público, en una licitación pública o en un concurso público de precios.*
- 2. Intentan alejar a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio”.*

Si se tratare de concurso público de precios o de licitación pública, se impondrá además al agente o a la empresa o persona por él representada, la suspensión del derecho a contratar con el Estado por un período no menor de tres ni mayor de cinco años.

1. FUNDAMENTO DE INCRIMINACIÓN

Según los lineamientos programáticos del «Constitucionalismo Social», el Estado ha de procurar la realización de ciertas prestaciones públicas en aras del bienestar social, del interés general. La participa-

ción de los individuos en concretas actividades socio-económicas, se encuentra supeditada a una serie de presupuestos, por lo que el Estado debe asegurar su cumplimiento a través de ciertos procedimientos. No podemos hablar de inclusión social y de solidaridad social, si es que no se construyen centros educativos públicos, postas médicas, carreteras, electrificación, mecanismos de seguridad interna y externa, es decir, todos aquellos elementos necesarios para crear las bases de una sociedad progresista, sobre la base de la equidad y la justicia social.

El fomento y/o promoción de ciertas actividades que resultan indispensables para la población, v.gr., económicas, culturales, educativas, etc., importa que el Estado se agencie de los particulares; pues como se sostuvo en líneas introductorias, según los principios rectores de una Economía Social de Mercado, el Estado no participa directamente en las actividades comerciales que se despliegan en el mercado, son los agentes quienes proveen de los productos y servicios a los consumidores.

Dicho lo anterior, para que el Estado pueda contratar con los particulares, han de tomar lugar ciertos procedimientos administrativos, a fin de cautelar su transparencia, objetividad e imparcialidad. Constituyen relaciones jurídico-obligaciones que se enmarcan en las normas de Derecho público y no del Derecho privado, por lo que las controversias que puedan suscitarse entre el Estado y los particulares, han de ser dirimidas judicialmente vía el proceso Contencioso-Administrativo - Ley N° 27584. Siguiendo a Bacacorzo, podemos decir que el Estado es el mayor y más importante cliente en cada país, por lo que la contratación administrativa ha crecido sorprendentemente y cada día adquiere más bienes y extiende sus servicios para satisfacer las necesidades de la población, que aumenta y aspira a un bienestar acorde con la superación del ser humano^[203].

[203] Citado por Cervantes Anaya, D.A.; Manual de Derecho Administrativo, cit., p. 239.

De cierto modo, lo que se pretende tutelar –vía la norma jurídico-penal-, es que los servicios y/o productos que hayan de ser contratados, respondan a un estándar de optimización, eficacia y calidad; en el sentido, que sean favorecidos en dichos procedimientos aquellas empresas que cuentan con los mejores precios del mercado y a su vez cumplan a cabalidad con los requerimientos que se consignan en el proceso de «Licitación Pública».

Es por ello que los organismos estatales competentes han de fiscalizar, controlar y verificar, que las empresas ganadoras de la Buena Pro, se ajusten a los parámetros requeridos en el procedimiento administrativo; de no ser así, se pondría en riesgo los intereses generales, el derecho de los comunitarios de recibir un servicio público bajo criterios de optimización. Por tales motivos, el Estado a través de los efectos disuasivos del *ius puniendi*, ha de contener y reprimir aquellas conductas atribuibles a los postores, tendentes a distorsionar los procesos de Licitación Pública, cuando se coluden maliciosamente para evitar que otros competidores participen en dichos procedimientos o aceptan dádivas u otra forma de ventajas económicas para no tomar parte en un «Concurso Público de Precios». No estamos hablando acá de ciertas prebendas que hayan de recibir los funcionarios y/o servidores públicos competentes, sino de comportamientos disvaliosos circunscritos a la esfera de organización de los particulares, de los postores que se presentan a estos procedimientos como corporaciones empresariales, según las estructuras societarias comprendidas en la Ley General de Sociedades.

Por tanto, el acento de la punición no reposa en la actuación de los funcionarios públicos, pues de ser así, ingresaríamos al ámbito de protección de aquellos injustos típicos que se han glosado en el Título XVIII del CP («Delitos contra la Administración Pública»), sin que dicha afirmación sea óbice a que puedan presentarse una figura Concurso de la figura delictiva contenida en el artículo 241° con algunos supuestos típicos estrictamente funcionales.

En resumidas cuentas, lo que el legislador pretende tutelar es el correcto funcionamiento de las Licitaciones Públicas, en cuanto a la

posibilidad de que se contrate a los mejores postores, específicamente en lo que se refiere a los precios y a los estándares de calidad de los productos y/o servicios que se oferten. Se produce una defraudación a la legítima expectativa de los consumidores, de poder contar con servicios públicos que se ajusten a los patrones antes anotados^[204].

Se escribe en la doctrina nacional que constituye factor importante la libre concurrencia y la capacidad de ofertar sin ninguna clase de presión, si se tiene en consideración que la administración pública se ve sujeta a este tipo de actos, y la experiencia demuestra la frecuencia con que los particulares que intervienen en ellos con bastante facilidad se ponen previamente de acuerdo, con el objetivo de poder obtener beneficios, en perjuicio directo de la administración pública y de la ciudadanía en general^[205].

En la doctrina española, se apunta que la subasta pública es la actualidad constituye uno de los medios comunes de la Administración de Justicia a los que se ve atada la Administración Pública para la negociación de sus bienes. Y la experiencia demuestra la excesiva facilidad con que los licitadores pueden obtener beneficios notables en perjuicio de la Administración, el resto de licitadores y de la propia Comunidad^[206].

El bien jurídico protegido en este delito es la libertad de pujas, que constituye presupuesto necesario del correcto desenvolvimiento de las subastas, a menudo absolutamente controladas por lo que se califican de *mafias de subasteros*^[207].

^[204] Vide, al respecto, Valdecabres Ortiz, I.; Comentarios al Código Penal, Vol. III, cit., ps. 1306-1307.

^[205] Lamas Puccio, L.; Derecho Penal Económico, cit., p. 230.

^[206] Bajo Fernández, M. y otros; Manual de Derecho Penal. Parte Especial, cit., p. 390.

^[207] González Rus, J.J.; Delitos contra el Patrimonio (VII), cit., p. 748.

2. TIPO OBJETIVO:

a. Sujeto activo

Si bien de una lectura literal del tipo penal podría decirse que autor a efectos penales, puede ser cualquier persona, no es menos cierto, que dicha posición toma lugar en el marco de un proceso de selección, por lo que serán los postores, las empresas proveedoras de bienes y/o servicios que se encuentran registrados en el Registro Público de CONSUCODE (Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado)^[208]; sólo aquellas empresas que se encuentran en dicho registro pueden participar válidamente en las contrataciones públicas y en los procesos de Licitación Pública. Al constituir personas jurídicas, según los regímenes societarios correspondientes, éstas no pueden tener la calidad de autor, sino las personas que asumen la administración y control de sus órganos formales de representación. Puede aplicarse, por ende, la fórmula normativa del «Actuar en Lugar de Otro», según lo previsto en el artículo 27° del CP.

La participación de los funcionarios y/o servidores públicos en la comisión de estos injustos penales, no pueden ser conducidos lógicamente a la calidad de autores, si aquéllos son los entregan las dádivas o promesas a los particulares, su actuación sería criminalizada a título de cómplices primarios; todo aquel que le entrega la dádiva al agente o acepta la solicitud de Soborno ha de ser penado conforme la calidad de un partícipe necesario, sea como cómplice primario en el caso de aceptar y como Inductor ante el caso ofrecer^[209]; nos encontramos frente a una figura mixta de carácter alternativo, pues tal ambivalencia da a entender que la responsabilidad penal incluye al que solicita y

^[208] Tenemos, el Registro Nacional de Contratistas, Registro de Ejecutores de Obras, Registro de Consultores de Obras y Registro de Inhabilitados para contratar con el Estado.

^[209] Vide, al respecto, Bajo Fernández, M. y otros; Manual de Derecho Penal. Parte Especial, cit., p. 392-393.

al que recibe^[210]. No podría encajarse dicho comportamiento en las figuras delictivas de los tipos penales de Cohecho, en la medida que en dichos injustos quien recibe el donativo, la dádiva es el *intraneus* y no el *extraneus*, para que el primero realice u omite actos en violación de sus obligaciones.

b. Sujeto pasivo

En el primer supuesto delictivo lo será el Estado y de forma indirecta en los legítimos intereses de los consumidores; mientras que en el segundo supuesto delictivo, serán los postores, quienes tienen interés de participar en las convocatorias^[211].

c. Solicitar o aceptar dádivas o promesas para no tomar parte en un remate público, en una licitación pública o en un concurso público de precios

A esta modalidad del injusto la podemos denominar como un «Soborno entre licitantes», con la particularidad de quien recibe la dádiva y/o promesa es un particular, a diferencia de los delitos de Cohecho, donde el receptor de la ventaja económica es un funcionario público.

c.1. Ámbito de configuración típica

El injusto en cuestión ha de tomar lugar en el marco de las siguientes modalidades contractuales:

Primero, en lo referente a un «Remate Público». Se trata de venta pública de bienes o valores que se hacen al mejor postor y regularmente por mandato y con intervención del un Juez u otra autoridad^[212]. Bajo esta modalidad, se ingresa al remate de un bien, cuando el sujeto deu-

^[210] Lamas Puccio, L.; Derecho Penal Económico, cit., p. 231.

^[211] Así, Peña Cabrera, R.; Delitos económicos, III, cit., p. 289.

^[212] Peña Cabrera, R.; Delitos económicos, III, cit., p. 291.

dor, no ha cumplido con saldar su deuda con su acreedor, habiéndose iniciado un proceso judicial de naturaleza ejecutiva, en mérito del cual el órgano jurisdiccional expide una orden cuyo incumplimiento da lugar al remate del bien, que por lo general se encuentra gravado con Derecho real de garantía (prenda, hipoteca, etc.). Según lo previsto en el artículo 721° del Código Procesal Civil^[213], admitida la demanda, se notificará el mandato de ejecución al ejecutado, ordenando que pague la deuda dentro de tres días, bajo apercibimiento de procederse al remate del bien dado en garantía; mientras que el artículo 723° (*in fine*), establece que transcurrido el plazo sin haberse pagado la obligación o declarada infundada la contradicción, el Juez, sin trámite previo, ordenará el remate de los bienes dados en garantía. Inclusive se prevé en el artículo 724° del cuerpo de normas precitado, que si después del remate del bien dado en garantía, hubiera saldo deudor, se proseguirá la ejecución dentro del mismo proceso, conforme a lo establecido para las obligaciones de dar suma de dinero.

El artículo 728° del CPC, señala a la letra lo siguiente: “Una vez firme la resolución judicial que ordena llevar adelante la ejecución, el Juez dispondrá la tasación de los bienes a ser rematados”. Para ser postor, se exigen una serie de requisitos, tal como se desprende del contenido normativo del artículo 735°; quedando proscrita la posibilidad de que el ejecutado sea postor en el remate. Habiéndose fijado en el artículo 736° inc. 1), que la base de la postura será el equivalente a las dos terceras partes del valor de tasación, no admitiéndose oferta inferior.

Resultando importante las reglas establecidas en el artículo 742° (*in fine*), cuando se dispone que si en la en la primera convocatoria no se presentan postores, se convoca a una segunda en la que la base de la postura se reduce en un quince por ciento. Si en la segunda convocatoria tampoco se presentan postores, se convoca a una tercera,

^[213] De aplicación supletoria según lo previsto en la

reduciendo la base en un quince por ciento adicional. Si en la tercera convocatoria no hay postores, a solicitud del ejecutante podrá adjudicársele directamente el bien, por el precio base de la postura que sirvió para la última convocatoria, pagando el exceso sobre el valor de su crédito, si hubiere.

Del último precepto legal invocado se colige, que mientras el acto de remate cuente con menos postores, se tendrá que realizar sucesivas convocatorias, lo que a su vez incidirá en una disminución gradual del precio del bien; lo que en la práctica importa una merma en el acervo patrimonial del sujeto deudor, en evidente beneficio del sujeto acreedor; de manera tal, que otorgar incentivos a los postores para que no se presenten en el acto de remate u alejar a los postores por medio de amenazas u otros artificios, configura el injusto típico en cuestión. Modalidad del delito que no sólo afecta la libre concurrencia de precios en un acto de esta naturaleza^[214], sino de que de forma mediata la afectación a intereses económicos de orden individual.

Se sabe que existen mafias que operan en este tipo de remates, logrando bajar el precio de forma significativa, adjudicándose así el bien a un precio muy por debajo del vigente en el mercado; por lo que la intervención del Derecho penal se encuentra plenamente justificada.

Segundo, el injusto típico ha de tomar lugar en una «Licitación Pública». Se dice en la doctrina que la licitación es (...), una de las maneras que utiliza la Administración Pública para seleccionar a los contratistas de obras públicas o de prestación de servicios, cuando no las ejecuta por sí misma, sino de quien se aviene al pliego de condiciones que es públicamente difundido^[215]. En palabras de Bacacorzo, la licitación pública es la modalidad más importante entre las figuras

[214] Así, Valdecabres Ortiz, al señalar que con ello se desencadena, (...), una alteración del precio del remate que habría de resultar sin el empleo de tales engaños; Comentarios al Código Penal, Vol. III, cit., p. 1307.

[215] Cervantes Anaya, D.A.; Manual de Derecho Administrativo, cit., p. 253.

selectivas, que puede conducir a la contratación administrativa, dentro de los parámetros fijados en la ley anual de presupuesto^[216].

Se podría definir a la Licitación, como aquel procedimiento seguido ante un ente de la Administración Pública, en virtud del cual concurren una serie de postores, en pos de adjudicarse la Buena Pro, en cuanto a la prestación de un servicio o la venta de bienes, que se plasma a través de una contratación regida por disposiciones de orden público.

La Licitación admite las siguientes variantes: Licitación pública nacional y la Licitación internacional.

Conforme se contiene de la normatividad aplicable, la Licitación importa la realización y desarrollo de todo un procedimiento, que se inicia con la Convocatoria Pública y finaliza con el otorgamiento de la Buena Pro^[217]. Premisa fundamental son las Bases del proceso; así lo define el artículo 25° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, al reglar que las Bases constituyen las reglas del proceso de selección, por lo que en base a ellas es que debe realizarse la calificación y evaluación de las propuestas, concordante con el artículo 117° del Reglamento de la Ley – Decreto Supremo N° 084-2004-PCM. La entidad debe definir con precisión la cantidad y características de los bienes, servicios u otras a adquirir o contratar, los que deben cumplir con las normas técnicas, metrológicas y sanitarias nacionales si las hubiere^[218].

La licitación pública persigue que la administración pública obtenga mayores garantías y precios ventajosos; eliminar las componendas dolo-
sas entre el funcionario y el contratante (postores, terceros interesados)

^[216] Bacacorzo, G.; *La Contratación Administrativa. Comentarios*, cit., p. 72.

^[217] Vide, al respecto, Peña Cabrera, R.; *Delitos económicos*, III, cit., p. 289.

^[218] Cervantes Anaya, D.A.; *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 256.

y permitir un control más eficaz^[219]. Lo que se pretende en todo caso, es que se elijan a aquellos postores que cuentan con el servicio y/o el bien más idóneo para el desarrollo de una tarea de la Administración, como un instrumento transparente hacia la comunidad, de evitar que tomen lugar connivencias maliciosas, pactos ilegales entre los postores, o de que los mismos funcionarios favorezcan a aquellas empresas que no cumplen con los estándares de optimización. Si el pacto ilegal se produce entre el funcionario público y un postor determinado, concertan a fin de defraudar al erario público, se configura la figura delictiva comprendida en el artículo 384° del CP – Colusión y no el tipo penal in examine.

Tercero, el articulado hace mención a un «Concurso Público de Precios». El *concurso público de precios* es modalidad menor respecto de la licitación, tanto por las trascendencia misma del bien o del servicio, cuanto su monto-base^[220]. Importa una estructura contractual de menor envergadura en comparación con la Licitación Pública, a partir del cual concurren una serie de postores, cuyo objetivo es de verse beneficiado con la suscripción del contrato administrativo.

Se convoca para la contratación de servicios en general, de consultoría, de arrendamiento de bienes. Se consideran servicios, aquellos en que la Entidad contrata a terceros, ya sean éstas, personas naturales o jurídicas, para el desarrollo de actividades técnicas, ya sean éstas de limpieza, vigilancia, reparaciones y similares^[221].

La modalidad típica toma lugar, cuando el agente en el marco de las contrataciones administrativas –antes anotadas-, «solicita o acepta» dádivas o promesas para no tomar parte en dichos procedimientos.

[219] Peña Cabrera, R.; Delitos económicos, III, cit., p. 290.

[220] Bacacorso, G.; La Contratación Administrativa. Comentarios, cit., p. 76.

[221] Cervantes Anaya, D.A.; Manual de Derecho Administrativo, cit., p. 257.

La sustantividad del injusto se configura cuando el autor (postor, tercero, etc.), solicita a otro postor una determinada ventaja económica, una dádiva u promesa de cualquier índole, para no participar en la Licitación pública.

El segundo, consiste en recibir alguna dádiva o promesa con el mismo fin que el anterior^[222]; en esta modalidad típica se exige la conformidad del sujeto activo, en el sentido de que ingrese a su esfera de custodia la dádiva (ventaja económica) u una promesa de verse favorecido con determinada circunstancia a tomar lugar de cara a futuro.

En cuanto a los medios hay que advertir que las dádivas o las promesas no requieren más contraprestación por parte de quien las recibe que el no tomar parte en la subasta^[223]; (...) se cubre tanto los casos en los que el sujeto no asiste a la misma como aquéllos otros en los que, concurriendo, no puja o lo hace sólo de manera aparente^[224].

Conforme es de verse de la naturaleza de estos injustos típicos, para la consumación de la conducta, no se requiere que el agente deje de participar efectivamente en el proceso de contratación pública o de que reciba de forma concreta la ventaja económica, al articularse como tipos de mera actividad. Como se dice en la doctrina, el delito se comete incluso si ante el fracaso de la petición el sujeto toma parte activa en el concurso o subasta y no se ve alterado el precio del remate^[225].

Por lo dicho no resulta admisible una forma de imperfecta ejecución (actos tentados)^[226].

^[222] Peña Cabrera, R.; Delitos económicos, III, cit., p. 289.

^[223] Bajo Fernández, M. y otros; Manual de Derecho Penal. Parte Especial, cit., p. 391.

^[224] González Rus, J.J.; Delitos contra el Patrimonio (VII), cit., p. 749.

^[225] González Rus, J.J.; Delitos contra el Patrimonio (VII), cit., p. 749.

^[226] Así, Valdecabres Ortiz, I.; Comentarios al Código Penal, Vol. III, cit., p. 1308; Bajo Fernández, M. y otros; Manual de Derecho Penal. Parte Especial, cit., p. 392.

El tipo subjetivo del injusto requiere del dolo en la psique del agente; conciencia y voluntad de realización típica; el autor ha de encaminar su accionar típico a verse beneficiado con una ventaja de cualquier índole, alterando el precio concurrente de la Licitación Pública, solicitando o aceptando una dádiva o promesa. No se exige la presencia de un elemento de naturaleza trascendente aparte del dolo, aunque su concurrencia sea más que evidente en la generalidad de los casos.

d. Intentan alejar a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio

Si bien la redacción normativa no lo dice de forma expresa, ha de entenderse que la modalidad típica en cuestión, ha de tomar lugar en las contrataciones administrativas contenidas en el supuesto anterior, de acuerdo a una interpretación de orden sistemática; pues se hace mención a «postores», calidad legal que sólo puede emanar de dichos procedimientos administrativos.

Ahora bien, el verbo rector se define por ciertos medios vedados, artificios, ardid y otros, que el agente emplea para alejar a los postores de una Licitación pública; sin duda, es la naturaleza misma de dichos medios los que otorgan sustantividad a este injusto típico. Quien convence a un competidor de forma libre y voluntaria, a no participar en un remate público, no estará incurso en la figura delictiva en análisis.

Aquí, el sujeto activo es el que ofrece y no el que solicita, aunque el objetivo que se persigue es el mismo: que el destinatario del ofrecimiento o la amenaza se abstenga de asistir a la licitación^[227].

Por amenaza ha de entenderse anuncio de un mal susceptible de alterar el proceso de motivación de la voluntad, sin que se exija la

^[227] González Rus, J.J.; Delitos contra el Patrimonio (VII), cit., ps. 749-750.

real intimidación que aleje realmente al postor, ya que la Ley castiga el simple intento^[228]. Debe tratarse de la posible realización de un mal inminente e inmediato, cuya idoneidad haya de incidir en el proceso volitivo del postor, de tal entidad, para determinarlo a no participar en el proceso de Licitación pública.

La punición ha de recaer únicamente sobre quien realiza las amenazas, no sobre el sujeto receptor, pues se trata de una voluntad viciada por los medios empleados; cuestión distinta, ha de verse en el caso de que el receptor de las dádivas o las promesas, pues acá, dicho postor de forma voluntaria y motivado por la venta a recibir, se aleja de la Licitación pública. De modo que dicha intervención ha de ser calificada como un «cómplice primario». En el caso de los artificios, si aquéllos constituyen una forma de ardid, engaño u otra forma fraudulenta, susceptible de configurar una realidad aparente en la mente del postor, su comportamiento será impune.

Siendo ya la amenaza un elemento de configuración típica, no consideramos dogmáticamente correcto, una concurrencia delictiva con el tipo de Coacciones, en aplicación del principio de Consunción.

Cuando el legislador utiliza el término: «otro artificio», abre un espectro de interpretación ha ser llenado por el juzgador conforme a criterios de valoración, que sujeten la actuación a conductas que sobrepasen los parámetros de permisión, que separan de la esfera de licitud al ámbito de lo injusto.

Siguiendo la postura política criminal esbozada en la hipótesis anterior, para la perfección delictiva no necesita verificarse que se haya producido un alejamiento efectivo, es decir, un renunciamiento del postor a participar en el remate público; basta que el agente haya intentado su alejamiento, por una vía idónea. Por tales motivos, no

^[228] Bajo Fernández, M. y otros; Manual de Derecho Penal. Parte Especial, cit., p. 391.

puede admitirse las formas de imperfecta ejecución. Si la amenaza era inocua, vaga e intrascendente, será un comportamiento atípico, desde una visión ex -ante, en cuanto a un aptitud de generación de un riesgo no permitido.

La modalidad típica es dolosa en esencia; conciencia y voluntad de realización típica; el agente dirige su accionar a apartar al postor de la Licitación pública, mediando los medios comisivos descritos en la estructuración típica. No resulta admisible la punición culposa, con arreglo al principio de legalidad.

3. INHABILITACIÓN

Si se tratare de concurso público de precios o de licitación pública, se impondrá además al agente o a la empresa o persona por él representada, la suspensión del derecho a contratar con el Estado por un período no menor de tres ni mayor de cinco años^[229].

^[229] Concordante con el inc. 4) del artículo 36° del CP.

REHUSAMIENTO A PRESTAR INFORMACIÓN ECONÓMICA, INDUSTRIAL O COMERCIAL

“El director, administrador o gerente de una empresa que, indebidamente, rehusa suministrar a la autoridad competente la información económica, industrial o mercantil que se le requiera, o deliberadamente presta la información de modo inexacto, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con noventa a ciento ochenta días-multa”.

1. FUNDAMENTO DE INCRIMINACIÓN

El Derecho penal liberal acuñado en el siglo XVIII, sentaba sus raíces sobre los bienes jurídicos inherentes a la persona humana, aquellos elementos vitales por los cuales el individuo puede lograr su autorrealización personal. Asimismo, aquellos intereses jurídicos asentados sobre la idea de la propiedad privada, dando paso a la penalización de los delitos que atentan contra el Patrimonio.

La evolución progresiva a un Derecho penal moderno, a finales del siglo XX, da paso a una nueva organización de la sociedad, cuyas estructuras dinámicas propician nuevos ámbitos de intervención del *ius puniendi* estatal, dejando atrás la visión de una propuesta retributiva de la pena, por una orientación esencialmente «preventiva»; esto quiere decir, que el Derecho penal ha de asumir ahora la tarea de contener

todos aquellos peligros que generan un riesgo no permitido sobre los bienes jurídicos fundamentales.

Precisamente, la construcción teórica-conceptual de los bienes jurídicos supraindividuales y la técnica de los delitos de peligro abstracto, surgen a partir de la idea de la definición de un «Derecho penal preventivo». En este alud se adscribe la perspectiva de una nueva política criminal, de la cual emerge el «Derecho Penal Económico».

Dicho lo anterior, se produce un adelantamiento significativo de las barreras de intervención del derecho punitivo, legítimo en cuanto a una posición funcional e intermedia de dichos bienes jurídicos en relación con los bienes jurídicos nucleares, como hemos sostenido en prolegómenos preliminares del presente estudio. Sin embargo esta inflación del Derecho penal viene también aparejada, con la penalización de conductas que únicamente suponen una contravención a normas de naturaleza administrativa, en el sentido de elevar a la categoría de tipos penales meras infracciones administrativas, como una forma de reforzar las funciones controladoras y fiscalizadoras de la Administración. Visión política criminal que no se ajusta a los principios limitadores de un Derecho penal democrático: de subsidiariedad y de *ultima ratio*. Con ello toma lugar el fenómeno de «Administrativización del Derecho penal», como palanque neo-criminalizador del resorte punitivo-estatal, que pretende aplicarse en la realidad y, no desplegar meros efectos simbólicos. Así, Cancio Meliá, al señalar que el recurso al Derecho penal no sólo aparece como instrumento para producir tranquilidad mediante el mero acto de promulgación de normas evidentemente destinadas a no ser aplicadas, sino que, en segundo lugar, también existen procesos de criminalización “a la antigua usanza”, es decir, la introducción de normas penales nuevas con la intención de promover su efectiva aplicación con toda decisión, es decir, procesos que conducen a normas penales nuevas que *sí* son aplicadas o al endurecimiento de las penas para normas ya existentes^[230].

[230] Cancio Meliá, M.; Dogmática y Política Criminal de una teoría Funcional del Delito. En: El Sistema Funcionalista del derecho penal, cit., p. 27.

En el presente caso nos encontramos ante una figura delictiva, cuya punición se basa en un mero incumplimiento de «deberes societarios», cuya naturaleza es en definitiva de corte «administrativo». Rehusarse a entregar determinada información a la autoridad competente, a nuestro parecer, no revela suficiente disvalor, para ser merecedor de una pena; basta con la reacción jurídica del Derecho administrativo sancionador. Máxime, si existen otros tipos penales que de forma específica y particular, pueden intervenir ante estos comportamientos definidos como: «socialmente negativos».

El endurecimiento del Derecho público en esta parcela de la actuación societaria, parece pretender reforzar el correcto funcionamiento de las empresas, en lo que respecta al manejo de la información económica, industrial y mercantil. Información que sin duda es relevante para la protección de ciertos intereses jurídicos, mas dicha relevancia no constituye datos suficiente a saber, para proceder a la penalización de las conductas contenidas en el artículo 242º del CP.

A lo dicho, cabe indicarse que no se encuentra con ejecutorias que manifiesten la aplicación del delito in examine, lo que da lugar a un «Derecho Penal Simbólico».

2. TIPICIDAD OBJETIVA:

a. Sujeto activo

Según la redacción normativa del tipo penal, autor no puede ser cualquier persona, pues ha ostentar la calidad de: director, administrador o gerente de una empresa, es decir, estamos ante una delito «especial propio», pues se requiere contar con los requisitos funcionales previstos en la norma para tener la calidad de sujeto activo.

El listado de autores refiere a los órganos ejecutivos, de administración y de representación de la persona jurídica, que formalmente se ejerce según la normatividad contemplada en la nueva Ley General de Sociedades. Sin embargo, es de verse que dicha formalidad no

será estricta, pues determinados defectos registrales, en cuanto a los poderes de administración, no serán óbice para negar la imputación jurídico-penal.

Son los administradores los que tienen la representación de la sociedad ante terceros; es el órgano gestor de las funciones societarias, en cuanto a la ejecución de las decisiones que se toman en el seno de la Junta General así como en el ámbito interno de la persona jurídica.

Miembro del directorio, será aquel que integra el Directorio, órgano colegiado elegido por la Junta General, de conformidad con lo previsto en el artículo 153° de la LGS; los cuales podrán ser titulares, suplentes y alternos, con arreglo al artículo 156° (*in fine*).

El gerente es aquel designado por el directorio, salvo que el estatuto reserve esa facultad a la junta general, según lo estipulado en el artículo 185° de la LGS, siendo sus atribuciones regladas en el artículo 198° (*in fine*).

Todos aquellos que no cuenten con la calidad societaria descrita en el tipo penal no podrán ser autores a efectos penales, por lo que su intervención delictiva, ha de ser penalizada a título de «partícipes» (cómplice u instigador).

b. Sujeto pasivo

Será el Estado como titular de todos los estamentos de la Administración Pública, de los repartimientos que organizan, administran y controlan la información que se hace alusión en la estructuración típica.

c. Modalidad delictiva

La tipicidad objetiva describe dos formas de comportamiento típico: «Rehusar suministrar a la autoridad competente la información económica, industrial o mercantil que se le requiera, o deliberadamente prestar la información de modo inexacto».

Primer punto a saber, es lo concerniente a la información, pues esta debe contener un contenido económico, industrial o mercantil. El primero de los mencionados se refiere a un aspecto global del manejo de la empresa, pues cuando hablamos de la parte económica, involucra a su vez, al ámbito contable y tributario; los libros que han de llevar la persona jurídica, vincula precisamente la actividad económica así como las obligaciones jurídico-tributarias. Por su parte, la información industrial, toma lugar a partir de los datos que emanan de la actividad propia de la empresa, en cuanto a la productividad, prestación de bienes y servicios, insumos, es decir, todos aquellos datos relacionados con el objeto social. Finalmente, la información mercantil es la aquella que incide en la organización societaria, que debe reflejarse en sus estatutos, en el pacto social; de sus órganos de representación, capital social, aumento de capital, fusión, escisión, etc. Toda aquella información involucrada con el normal funcionamiento de la sociedades, que ha de estar consignada en los registros mercantiles correspondientes.

Segundo punto a saber, es que debemos entender por «autoridad competente»; serán todos aquellos funcionarios y/o servidores públicos, cuya competencia funcional, es decir, cuyas atribuciones dadas por la ley, es la de solicitar formalmente a los órganos de representación de las personas jurídicas la información económica, industrial y mercantil; si el funcionario público que solicita esta información no cuenta legalmente con dichas facultades, primero, la persona requerida no estará obligada a proporcionarla y, segundo, la autoridad estará incurso en un típico caso de Usurpación de Funciones. De forma tal, que la conducta sería atípica.

Para que se pueda configurar el supuesto típico del «Rehusamiento a dar información a la autoridad competente», esta condicionado a la presencia de ciertos presupuestos: que el requerimiento se produzca de forma formal, debidamente notificado al domicilio correspondiente, otorgándole un plazo perentorio que no ha de ser cumplido por el agente y, finalmente, capacidad de cumplir con el requerimiento de

la autoridad competente, ello quiere decir, que el agente cuente con la información, pues pueden darse ciertas circunstancias, en las cuales no se tiene a la mano dicha información, sea porque los órganos de gestión están desarrollando ciertas tareas sobre dichos aspectos o porque otra autoridad (tributaria, por ejemplo), la ha requerido con anterioridad. La ausencia de alguno de los elementos anotados, incidirá en una causal de «atipicidad penal».

El agente al ser requerido por la autoridad a que suministre información económica, industrial o mercantil de la empresa que representa se niega sin fundamento legal sólido; rehusa deliberadamente a informar la situación económica de la empresa^[231].

La segunda modalidad típica ha de tomar lugar cuando el agente «deliberadamente presta la información de modo inexacto», se refiere a información económica, industrial o mercantil. Bajo esta hipótesis, el agente sí proporciona la información a la autoridad competente, previamente requerida; empero el contenido de la misma no se ajusta a la realidad económica, industrial o mercantil de la persona jurídica. Se puede decir, entonces, que esta hipótesis delictiva atenta contra la «Veracidad de la Información», afectando de esta forma, las tareas propias de la Administración.

Cuando se hace mención a proporcionar una información inexacta de forma deliberada, implica que el autor, sabe perfectamente que su contenido no es el real, por lo que se infiere también que dicha distorsión informativa obedece a una conducta manipuladora, de falsear los datos, mediando una serie de actos fraudulentos. Se podría decir, que el agente comete a la vez el delito de Falsedad Material, mas al tratarse de un documento verdadero, lo que se consignan son datos falsos, por lo que no ingresa al ámbito de protección de dicho tipo penal. Se puede observar una intercesión normativa con el inc. 1) del artículo 198° del CP (Fraude en la Administración de Personas Jurídicas).

^[231] Peña Cabrera, R.; Delitos económicos, III, cit., p. 295.

cas), no obstante, la conducta contenida en dicho articulado no atenta contra los intereses de la Administración Estatal, sino en desmedro de los intereses de los accionistas, socios, asociados, etc.; por lo que ha descartarse un Concurso delictivo entre ambos injustos penales.

Se entiende que la inexactitud debe versar sobre aspectos que tengan repercusión en el desenvolvimiento económico de la entidad, caso contrario, si se ocultan aspectos intrascendentes la conducta será atípica^[232]. Lo señalado resulta fundamental, para condicionar la necesidad y merecimiento de pena conforme criterios de materialidad lesiva.

3. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

La perfección delictiva del primer supuesto delictivo, ha de tomar lugar cuando el agente se niega a entregar la información requerida, debe manifestarse una conducta renuente a acatar la orden de la administración. Mientras, que en el segundo supuesto delictivo, la consumación ha de ser fijada cuando la información de naturaleza inexacta es recepcionada por la entidad administrativa, sin necesidad de requerirse la producción de algún tipo de resultado perjudicial.

En lo que respecta a la admisibilidad de un delito tentado, en la primera modalidad del injusto típico, ello no será posible al constituir una conducta omisiva, adelantar a actos anteriores, significaría penalizar actos en puridad preparatorios. De igual forma, ha de verse en el caso de proporcionar información inexacta, la elaboración de los documentos en cuestión, también son actos preparatorios, por ende, impunes^[233].

[232] Peña Cabrera, R.; Delitos económicos, III, cit., p. 295.

[233] En contra Peña Cabrera, R.; Delitos económicos, III, cit., p. 296.

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

Según la estructuración típica, el delito en sus dos modalidades sólo resulta reprimible a título de dolo; conciencia y voluntad de realización típica. El agente debe saber que esta negando a proporcionar una información a la autoridad competente, estando obligado a hacerlo. Dicho conocimiento también debe abarcar la inexactitud de los datos que proporciona, por ello se dice en la redacción que dicha realización debe hacerse de forma deliberada; v.gr., si los documentos fueron falseados por el contador, sin saberlo el Administrador, no podrá hablarse de responsabilidad penal. La negligencia, el descuido o la impericia en la confección de la información (económica, industrial y/o mercantil), no ingresan al ámbito de punición.

SUBVALUACIÓN DE MERCADERÍAS ADQUIRIDAS CON TIPO DE CAMBIO PREFERENCIAL

“El que recibe moneda extranjera con tipo de cambio preferencial para realizar importaciones de mercaderías y vende éstas a precios superiores a los autorizados, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, con ciento veinte a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36º, incisos 1, 2 y 4.

El que da a las mercaderías finalidad distinta a la que establece la norma que fija el tipo de cambio o el régimen especial tributario, será reprimido con la pena señalada en el párrafo anterior”.

1. CONSIDERACIONES DE ORDEN GENERAL

Se ha sostenido a lo largo de la presente titulación, que la intervención del Derecho penal en este ámbito de la criminalidad, ha de sujetarse estrictamente a los lineamientos programáticos de una ESM; en el sentido, de que el aparato punitivo del Estado, sólo ha de reprimir y prevenir aquellas conductas que distorsione y/o afecten el normal desenvolvimiento de dicho interés jurídico, sin dejar de lado los intereses individuales que de manera funcional, resultan también tutelados por la norma.

El modelo adoptado por la Carta Política del 1993, si bien a grandes rasgos, siguió la orientación ordenadora de la Ley Fundamental de 1979; en el campo estrictamente «económico», tomó un rumbo distinto. El rostro del modelo adoptado habría de revelar la necesidad por fomentar e incentivar la inversión privada, de privatizar las empresas públicas; interviniendo en el mercado sólo de forma subsidiaria o dígase complementaria.

Dicho lo anterior, había que dejar atrás las manifestaciones de una política estatal, controladora y reguladora de ciertas esferas de la actividad económica. Como se sostuvo en párrafos preliminares del presente estudio, a partir de la década de los noventa, la administración gubernamental fue conteste a continuar con el modelo económico estatal intervencionista, que a mediados de los ochenta había propiciado graves estragos en el desarrollo socio-económico del país (hiper-inflación, devaluación de la moneda nacional, bajas reservas); de modo que ya no podían fijarse los precios de los productos de primera necesidad, al perderse la propiedad de las empresas abastecedoras. Asimismo, el precio de la moneda extranjera, con propiedad el «dólar americano», habría de regirse únicamente por el libre juego de la oferta y la demanda^[234]; aunque en ciertas circunstancias, ante bajas significativas de la moneda extranjera, el Banco Central de Reserva (BCR), interviene en el mercado –comprando dólares en el mercado informal-, a fin de evitar una caída estrepitosa de dicha divisa. Por consiguiente, se produce un viraje en la política cambiaria.

Recordemos, que en los ochenta, el gobierno de aquel entonces, le dio una desmedida utilización al denominado dólar “MUC” – Mercado

^[234] A principios de 1990, el BCR transfiere la gran mayoría de partidas arancelarias del dólar MUC, a un libre mercado; finalmente eliminado en agosto de 1990.

Único de Cambio^[235]; es decir, un tipo de «cambio preferencial»^[236], que habría de beneficiar a los importadores, a los empresarios y a todos aquellos que contaban con parientes en el exterior. Empero, su empleo se realizó de forma indiscriminada, siendo aprovechada por determinados individuos, para obtener dividendos económicos ilegales, generando focos de «corrupción política»; por otro lado, se producían distorsiones en el mercado cambiario (alza del dólar en el mercado libre), que generaban una serie de comportamientos disvaliosos.

Así también apareció en el mercado paralelo, los denominados «Certificados Bancarios en Moneda Extranjera» (CBME); de manera, que se instaló en el mercado un sistema de cambio diferenciado, conforme el giro del importador^[237].

El CP de 1991, al haberse sancionado con anterioridad a la Constitución Política de 1993, formuló el contenido de los tipos penales económicos pensando en el modelo estatal controlador y regulador de los tipos de cambio diferenciales de la moneda extranjera, recogido en la Carta Fundamental de 1979.

En resumidas cuentas, un bloque importante de los «Delitos Económicos», no se corresponde con el modelo económico contenido en la Constitución Política en vigor, lo que en la práctica incide en su ineficacia en la realidad social. Si lo queremos decir en otras palabras: constituye un «ornamento normativo» en el corpus punitivo, integrador de un «Derecho Penal Simbólico».

^[235] Mediando la sanción del DL N° 21953 en el año de 1977, se crea el MUC (Mercado Único de Cambios).

^[236] Desde el gobierno de Odría (1948), el cambio de moneda extranjera estuvo controlado por la administración gubernamental.

^[237] A partir de la regulación de partidas, para la asignación y control en la aplicación del dólar MUC.

2. TIPICIDAD OBJETIVA:

a. Sujeto activo

Según la redacción normativa contenida en el artículo 243° del CP, autor puede ser cualquier persona, no se requiere la ostentación de un cargo público o de ejercer una actividad determinada: v.gr., comerciante, empresario, cambista, industrial, et.; no obstante, según se desprende de las modalidades típicas en cuestión, el sujeto activo será generalmente un «importador», puesto que según las normas que regulaban el dólar MUC, éste era el autorizado para manejar moneda extranjera con tipo de cambio preferencial^[238].

La calidad de funcionario y/o servidor público no da mérito a la construcción de circunstancia agravante.

b. Sujeto pasivo

Lo era el Estado, pues la institución estatal era la que regentaba, administraba y dictaba las normas pertinentes, para ejercer el control cambiario de la moneda extranjera; de forma indirecta, el sistema cambiario, que se ve distorsionado con la utilización ilegal del tipo de cambio preferencial.

c. Modalidades típicas:

Primer punto a saber, es lo referente a la «moneda extranjera con tipo de cambio preferencial», según la normatividad aplicable (derogada), era el «dólar americano» (dólar MUC), la moneda acuñada en los Estados Unidos de Norteamérica.

Segundo punto a saber, es lo concerniente al «tipo de cambio preferencial»; ello implicaba la posibilidad de obtener la compra del dólar americano a un precio significativamente menor al ofertado en el mercado paralelo. Dicha cotización de la moneda extranjera estaba

^[238] Así, Peña Cabrera, R.; Delitos económicos, III, cit., p. 298.

condicionada a la importación de ciertos productos contenidos en un conjunto de partidas arancelarias. ¿Cuál era la intención? De promover la reactivación del aparato productivo, a partir del abaratamiento de los costos de insumos importados. Finalidad que en la práctica no se cumplió, pues como se dijo, lo único que se promovió fue corrupción, devaluación y el encarecimiento del dólar americano.

Como dice el tipo penal, el tipo de cambio preferencial de la moneda extranjera, tomaba lugar para la importación de mercaderías, para su posterior venta en el mercado, a precios superiores a los autorizados.

De lo sostenido, se colige primero, que la mercadería habría de proceder de una importación, de la compra de un insumo de procedencia extranjera, mediando el dólar americano como medio de pago; segundo, el ingreso de la mercadería en el territorio nacional por cualquier vía y, tercero, que el agente venda dichas mercaderías a los consumidores, a precios por encima de los fijados por la autoridad competente. De lo último, se entiende que el precio del producto —que es objeto de importación—, tenga un precio fijado por la entidad estatal, de no ser así, la conducta sería atípica, por mas que se emplee el tipo de cambio preferencial de la moneda extranjera.

El control de cambio, o mejor dicho, mantener estable el tipo de cambio, es principal objetivo de la política económica de una país; de allí la sanción a las personas que atenten contra el mal uso moneda extranjera con tipo de cambio privilegiado para importar mercaderías^[239].

En lo que respecta a la consumación de esta modalidad del injusto típico, no se requiere la venta efectiva de la mercadería a consumidores determinados, basta que el producto sea colocado en el mercado, que este al alcance de sus destinatarios finales; se trata de un tipo de peligro y, no de resultado.

^[239] Peña Cabrera, R.; Delitos económicos, III, cit., p. 299.

En cuanto al tipo subjetivo del injusto, según se describe en el marco de descripción típica, sólo resulta reprimible la conducta a título de dolo; conciencia y voluntad de realización típica. El aspecto cognitivo del dolo no solo ha de abarcar, el conocimiento de importar mercaderías con moneda extranjera con tipo de cambio preferencial, sino también que está vendiendo las mercaderías por un precio superior al autorizado por la autoridad competente. Si es que yerra sobre algún elemento del tipo penal, habrá que aplicarse, según sea el caso, la figura del Error de Tipo.

La segunda modalidad se configura cuando el agente «da a las mercaderías finalidad distinta a la que establece la norma que fija el tipo de cambio o el régimen especial tributario».

Este supuesto típico se configura cuando el agente desvía el curso legal de las mercaderías, sujetas a la norma que fija el tipo de cambio o el régimen especial tributario; es decir, el autor está autorizado por Ley, a importar las mercaderías mediante el tipo cambiario especial o un régimen especial tributario, empero, les da una aplicación que no se condice con la ratio de la norma. De forma que el disvalor de la conducta aparece cuando ya el autor adquirió la mercadería importada o cuando interno la mercancía al territorio peruano, aprovechándose de la condición ventajosa del precio de adquisición, para la obtención de mayores dividendos al permitido.

¿Cómo podría presentarse esta modalidad típica? Cuando el agente (importador) ingresaba una cantidad superior del producto a la permitida por la ley; un sobre-abastecimiento de los importadores, lo que permitió a ciertas empresas beneficiadas con el subsidio a vender a precios altos los productos adquiridos con dólar MUC. Podría darse también, cuando el importador guardaba en sus almacenes la mercadería importada por un tiempo más allá de lo permitido, para beneficiarse con el alza del dólar, o destinando la venta a terceros, que pasaban las mercadería como si fuese adquirida por el tipo de cambio regulado en el mercado paralelo. Por consiguiente, se producía una

distorsión en la libre concurrencia de los precios, en desmedro de los algunos competidores y, en evidente afectación de los intereses de los consumidores.

Es de verse que esta modalidad típica contiene también efecto nulos en la práctica, pues como se dijo en la actualidad ya no se cuenta con un tipo de cambio preferencial del dólar americano.

Ahora bien, ¿Qué debemos entender por régimen especial tributario? Importa, en principio una particular regulación en cuanto al tratamiento impositivo tributario (aduanero) de determinadas mercaderías y/o productos, es decir, a partir de su aplicación pueden darse una serie de beneficios a los importadores, v.gr., disminución de la alícuota del impuesto, exoneración tributaria, restitución de derechos arancelarios así como la devolución del pago a la hacienda pública. Beneficios que para su procedencia están sujetos a una serie de condiciones y/o presupuestos. Precisamente, el quebrantamiento de la norma por parte del agente, dándole una finalidad distinta a la aplicación del régimen especial, es lo que constituye el núcleo del injusto típico.

Regímenes especiales tributarios que se orientan a incentivar y/o promover determinadas actividades económicas así como el desarrollo de ciertos sectores de la economía nacional. En realidad se trata de un «beneficio fiscal». Se trataría de un instituto de naturaleza jurídica-tributaria cuya actuación supone la previa realización del hecho imponible del impuesto, y que es concebido como un instrumento para el logro de finalidades extrafiscales^[240].

La Ley General de Aduanas – Decreto Legislativo N° 809, en el artículo 76°, dispone a la letra que el Drawback, es el régimen aduanero que permite como consecuencia de la exportación de mercancías

[240] Lalanne, G.A.; La obtención fraudulenta de Beneficios Tributarios y su aprovechamiento indebido. En: Derecho Penal Tributario. T. I, cit., p. 517.

obtener la restitución total o parcial de los derechos arancelarios que hayan gravado la importación de mercancías contenidas en los bienes exportados o consumidos durante su producción. De la declaración normativa, se desprende que la restitución total o parcial de los derechos arancelarios, se basa en la importación de mercancías que hayan sido utilizadas en la elaboración o que se encuentren contenidas en los bienes producidos por el exportador. Por su parte, el artículo 1° del DS N° 104-95-EF (Reglamento de Procedimiento de Restitución Simplificados de Derechos Arancelarios), establece lo siguiente: *“Son beneficiarios del procedimiento de restitución simplificado de derechos arancelarios las empresas productoras-exportadoras, cuyo costo de producción haya sido incrementado por los derechos de aduana que gravan la importación de materias primas, insumos, productos intermedios, partes o piezas incorporadas o consumidos en la producción del bien exportado”*, de conformidad con lo prescrito en el artículo 1° de la RM N° 195-95-EF, que define como empresa productora-exportadora a cualquier persona natural o jurídica que elabore o produzca las mercancías a exportar, o aquella que encarga la producción o elaboración de los bienes que exporta.

A fin de acreditar que la empresa productora-exportadora se adecua a los alcances normativos de la ley precitada, se sancionó la RM N° 138-95-EF/15 modificada por la RM N° 195-95-EF, que estipula lo siguiente: *“Complementariamente a lo indicado en el artículo anterior, la empresa exportadora deberá adjuntar con carácter de declaración jurada, para admisión a trámite de la solicitud, lo siguiente: 1) En el caso de importación indirecta: Copia simple de la Declaración de Importación y de la Hoja de liquidación de tributos, debidamente cancelados. 2) En el caso de compras internas de mercancías importadas por terceros: Copia de la factura de proveedor, la misma que deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Reglamento de comprobantes de Pago. 3) En el caso de producción o elaboración por encargo: Copia de la Factura que acredite el servicio prestado”*.

— SUBVALUACIÓN DE MERCADERÍAS ADQUIRIDAS CON TIPO... —

Se podría incurrir en esta hipótesis delictiva, cuando la mercadería importada no ingresa a los establecimiento de la empresa importadora, para que dicho insumo sea empleado para la elaboración de un producto.

Cuando el agente transporta o comercializa bienes fuera del territorio en el que goza de beneficios provenientes de tratamiento tributario especial, no podrá estar incurso en esta figura delictiva, en la medida que en razón del principio de especialidad, ha de aplicarse el artículo 237° del CP (Venta Ilícitas de Mercaderías).

Los comportamientos prohibidos que se pueden cobijar en este ámbito de la norma, en realidad tienden a tutelar otro bien jurídico, el normal desarrollo del Fisco, comprendiendo los regímenes aduaneros, que son los que dan cuerpo normativo a estos regímenes especiales.

La perfección delictiva de la figura delictiva in examine, se alcanza cuando el agente concreta una finalidad distinta a las mercaderías que establece la normatividad aplicable que fija el tipo de cambio o el régimen especial tributario; de modo, que el legislador en este caso ha condicionado la consumación a la realización de un acto concreto, lo que da lugar a un tipo de resultado, quebrando la sistemática que rige esta clase injustos (tipos de peligro).

Los actos ejecutivos emprendidos por el agente, que no logran la finalidad ilícita perseguida, han de ser reputados como delito tentado, siempre que se cumple con una real puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

En cuanto al tipo subjetivo del injusto, según se describe en el marco de descripción típica, sólo resulta reprimible la conducta a título de dolo; conciencia y voluntad de realización típica. El aspecto cognitivo del dolo ha de abarcar la conciencia de dar a la mercadería importada una finalidad distinta a la prevista en la norma, sin necesidad de tener que acreditarse un ánimo subjetivo de naturaleza trascendente.

4. PENALIDAD

Pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, con ciento veinte a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36º, incisos 1, 2 y 4.

EXPLOTACIÓN ILEGAL DE CASINOS Y DE MÁQUINAS TRAGAMONEDAS

“Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de seis años y con trescientos sesenticinco días-multa, el que organiza o conduce Casinos de Juego sujetos a autorización sin haber cumplido los requisitos que exijan las leyes o reglamentos para su funcionamiento; sin perjuicio del decomiso de los efectos, dinero y bienes utilizados en la comisión del delito”^[241].

“El que organiza, conduce o explota juegos de casino y máquinas tragamonedas, sin haber cumplido con los requisitos que exigen las leyes y sus reglamentos para su explotación, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, con trescientos sesenta y cinco días multa e inhabilitación para ejercer dicha actividad, de conformidad con el inciso 4) del artículo 36 del Código Penal”^[242].

^[241] Incorporado por el artículo 10° del DL N° 25836 del 11 de noviembre de 1992.

^[242] Incorporado por el artículo 1° de la Ley N° 28842 del 27 de julio del 2006.

CONCEPTOS GENERALES, BIEN JURÍDICO

La teoría del bien jurídico adquiere una vital significancia en orden a establecer las conductas socialmente negativas que deben ser penalizadas, un criterio de hermenéutica jurídica que permite al legislador comprender en el glosario de conductas típicas, aquellas que revelan una alta dosis de ofensividad social (antijuridicidad material).

La definición de la conducta delictiva en el proceso de formación normativa, debe recoger concretos ámbitos de participación del individuo en cuanto a la necesidad de tutelar espacios de especial relevancia, tanto para el individuo como para la sociedad.

El bien jurídico debe manifestar una determinada función político criminal, en cuanto a la función del Derecho penal; primero, en cuanto a la prevención de conductas que lesionen o pongan en peligro los intereses penalmente tutelados y, como límite al ejercicio del *ius punitendi*, toda vez que el instrumento punitivo se determina a partir de los principios de lesividad (ofensividad), *ultima ratio*, de fragmentariedad, subsidiariedad, culpabilidad y proporcionalidad. No basta entonces que la conducta humana revele algún tipo de afectación al bien jurídico, sino que dicha afectación debe significar una grave perturbación al normal disfrute y desarrollo del interés protegido.

Al Derecho penal sólo le es lícito intervenir, cuando las demás parcelas del ordenamiento jurídico se muestran inoperantes, a fin de incidir en los efectos disuasorios que despliegan las normas de sanción. Es de verse, entonces que el proceso de criminalización no se reduce a la identificación de un bien jurídico –necesitado y merecedor de tutela–, sino que la valoración debe extenderse a un criterio material: “lesividad social” de la conducta que será descrita en el tipo penal, tal como se desprende del numeral IV del Título Preliminar del CP, que consagra el principio de ofensividad.

En el marco de una política criminal moderna y sumida a las exigencias de una sociedad configurada a partir de la percepción del «riesgo», los bienes jurídicos individuales o dígase personalísi-

mos, han ido perdiendo protagonismo, en virtud de la asunción de los denominados bienes jurídicos supraindividuales, es que la nueva descripción socio-cultural permite advertir que ciertas actividades (socio-económicas-culturales) pueden constituirse en verdaderos focos de peligro para los bienes jurídicos individuales (comprendidos en el Derecho penal convencional o nuclear); es que los bienes jurídicos supraindividuales no gozan autonomía político criminal, sino que su construcción normativa obedece a su vinculación con los bienes jurídicos personalísimos.

La salud pública, la seguridad pública, el medio ambiente no constituyen en realidad bienes de por sí concretos, no tienen existencia propia, sino que se encuentran íntimamente relacionados con los intereses personales del individuo, en cuanto a su participación comunitaria. De nada sirve la existencia humana que se tutela con los delitos de homicidio, si es que el individuo se desarrolla bajo un medio ambiente altamente contaminante, si el tráfico rodado es caracterizado por conductores en estado de ebriedad o sino no se sanciona debidamente a las empresas que introducen en el mercado de consumidores productos alimenticios en estado de descomposición. Por consiguiente, los bienes jurídicos supraindividuales son intereses jurídicos intermedios, en cuanto posibilitan la participación del individuo en concretos ámbitos socio-económicos-culturales, permiten su realización personal en un medio ambiente sostenible y su interrelación social en un espacio convivencial, sujeto a la seguridad pública.

Surgen, entonces, los delitos económicos que dan cabida a un bien jurídico supraindividual. El orden económico conceptuado como el sistema de regulación normativo que se dirige a establecer en los agentes económicos determinados patrones de conducta, a fin de evitar el distorsión de los principios que se desprenden de una Economía Social de Mercado, tal como se establece en el artículo 58º de la Ley Fundamental. La economía de mercado entraña libertad en los diversos aspectos de la economía y libertad, sobre todo, de los agentes econó-

micos con respecto al Estado^[243]. El Estado reconoce una economía liberal, en virtud de la cual los agentes interactúan bajo el libre juego de la oferta y la demanda, no es una posición intervencionista, pero si tutelar, es impensable que en un orden democrático de Derecho, los agentes económicos se desenvuelvan en una extrema libertad, lo cual se constituiría en una fuente inagotable de abusos y arbitrariedades, sobre todo, de las clases más débiles. La libertad de mercado no puede ser concebido como dominación, explotación y abuso, se debe tutelar a la parte más débil del mercado, que son los consumidores. La descripción criminológica desplaza el foco de atención en las clases marginales y empobrecidas de la sociedad, para focalizar su atención en los individuos que gozan de un alto estatus socio-económico, constatando el uso ilegítimo de la posición de dominio que le confiere el mercado (Derecho Penal de la Empresa).

Se infiere, entonces, que el derecho penal económico, fundamentalmente el bien jurídico integrado por el orden económico estatal, es un orden económico preexistente e institucionalizado por la Constitución, pero –y esto es lo destacable– normado, dirigido y controlado por disposiciones legales de la vida económica del país^[244]. Dicho en nuestras propias palabras: *el orden económico adquiere relevancia de tutela penal, cuando los principios que regulan la actuación del mercado –consagrados en la Ley Fundamental– son perturbados, cuando se incide en conductas que afectan el interés individual y colectivo de los consumidores. El mercado por si solo no puede regularse, como concebían equívocamente los economistas ultra-liberales.*

Siguiendo a Balcarce, el orden económico es el objeto de protección en el derecho penal económico. Éste tiene dos formas de manifestación: una estricta y otra amplia. En sentido amplio, el orden económico

[243] Peña Cabrera, Raúl; Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos Económicos, Vol. III, cit., p. 176.

[244] Peña Cabrera, R.; Delitos Económicos..., Vol. III, cit., p. 177.

es la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. En sentido estricto, el orden económico ha de entenderse como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía^[245].

Ahora bien ¿Cuál sería la vinculación material entre el bien jurídico antes anotado con el “Funcionamiento ilegal de Casinos y máquinas tragamonedas” (casas de juego y máquinas tragamonedas)? Propuesto de la siguiente forma: ¿De qué manera puede afectar el Funcionamiento ilegal de Casinos y de las máquinas tragamonedas el orden económico? No encontrando una respuesta que se condiga con los valores que se compaginan en los principios ordenadores de un Derecho penal democrático, no queda mas que remitirnos a consideraciones que se encuentran al margen de una incidencia estrictamente punitiva.

La delimitación entre un injusto administrativo y un injusto penal, radica esencialmente en factores de orden cuantitativo y cualitativo, en el grado de perturbación que caracteriza el derecho criminal y en los criterios de imputación que se utilizan para la determinación de la responsabilidad criminal. El hecho de ejercer una actividad comercial, de hacer funcionar un determinado negocio, sin haber cumplido con las autorizaciones y requisitos que exigen las leyes o reglamentos, sólo puede ser constitutivo de un injusto administrativo, cuya competencia sancionadora es atribuible a la esfera de competencia de los estamentos que integran la Administración Pública y no a la Justicia Penal.

Se advierte –según la construcción típica del artículo 243°-A^[246] y su par el artículo 243°-C^[247]–, que la realización típica supone

^[245] Balcarce, Fabián I.; Derecho Penal Económico. Parte General. Tomo I, Editorial Mediterránea, Buenos Aires, 2003, cit., p. 131.

^[246] El artículo 10° del Decreto Ley N° 25836 del 11/11/92 (normas relativas a la autorización y funcionamiento de los Casinos de Juego), incorpora al Capítulo IV del Título IX del Libro Segundo del CP, el tipo penal en comento.

^[247] Incorporado por la Ley N° 28842 del 26/07/06.

únicamente la contravención de normas de orden administrativo (regulaciones jurídico-administrativas); obedeciendo realmente a criterios que no se corresponden con los principios legitimadores de un Derecho penal democrático. Constituyendo, por lo tanto, una vulneración flagrante al principio del *non bis in idem* material, pues resulta que un mismo hecho -objeto de valoración- será reputado jurídicamente, tanto como un injusto administrativo como un injusto penal, con la consiguiente afectación al principio de seguridad jurídica, consustancial al Estado de Derecho. Como se dirá más adelante el bien jurídico es el mismo, tanto en la instancia penal como en la administrativa.

Resultando ambos tipos penales, manifestaciones típicas de la «Administrativización del Derecho Penal», como se ha podido observar en otras figuras delictivas de la presente titulación.

A nuestro entender, la ratio de la norma no sólo entraña la necesidad de castigar con mayor dureza esta clase de conductas, sino que el afán penalizador del legislador, esconde un doble motivo.

Es de conocimiento público que en los últimos tiempos se ha revelado una tendencia estatal dirigida a frenar los supuestos abusos en que estarían incurriendo las empresas dedicadas a la explotación económica de los Casinos y Tragamonedas, concretamente en el ámbito tributario, a fin de eludir su obligación tributaria para con el fisco y, por otro lado, su permanente funcionamiento desprovisto de la autorización administrativa respectiva; para lo cual se utiliza las Acciones de Amparo o la vía Contencioso-Administrativa, pretendiéndose eludir las obligaciones jurídico-tributarias.

Situación que ameritó un pronunciamiento definitivo del Tribunal Constitucional, confirmando la constitucionalidad de dicho tributo, resolución que tiene alcance de «precedente vinculante», de conformidad con lo establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237); por tanto de aplicación obligatoria por parte de los magistrados del Poder Judicial.

Parece que la intención es de poner obstáculos a este tipo de actividades comerciales, de ejercer una mayor control estatal, donde ciertas personas se estarían enriqueciendo a costa de la salud mental de otros; pues es sabido que los concurrentes (usuarios) de estos lugares, se han convertido en verdaderos «ludópatas», adictos a los juegos de azar, donde permanecen largas horas del día, perdiendo muchas veces sus pocos ahorros o préstamos dinerarios que debieron ser canalizados para otros fines.

Claro que existe otra clase de clientela, sobre todo señoras, damas acomodadas cuyo tiempo libre lo utilizan para gastar el dinero sobrante del presupuesto familiar. Sin duda, la salud mental y fisiológica de las personas debe ser protegida por el Estado^[248], pero esta tutela no puede significar la intromisión estatal ante ámbitos de plena libertad; que individuos libres y responsables se determinen conductivamente conforme a su libre saber y entender. El tema de permitir el ingreso de menores de edad, debe acarrear sanciones administrativas de mayor drasticidad.

En un Estado de Derecho se debe respetar la autonomía de los ciudadanos, de conformidad con los postulados de un orden jurídico-estatal basado esencialmente en el pluralismo ideológico y en el respeto a la diversidad. Dicho así: *las normas jurídico-penales no pueden desplegar fines que van mas allá de los estrictamente punitivos, de tutelar los bienes jurídicos fundamentales, no pueden dirigirse como palanca o resorte de especiales connotaciones morales o éticas, cuyo relativismo y excesiva abstracción son incompatibles con un orden jurídico que pretende sancionar conductas que atentan contra toda la comunidad y no contra valores que no son compartidos por toda la generalidad de gentes. Contrario sensu, estaríamos convalidando actuaciones de coacción estatal propias de un Estado intervencionista y paternalista.*

^[248] En el ámbito administrativo, estos criterios sí han sido recogidos a efectos de regular el funcionamiento de los Casinos y Casas de Juego (Ley N° 27153).

Si en realidad se hubiese querido tutelar la Salud Pública o combatir la Corruptela de los individuos, la ubicación sistemática en el texto punitivo debió haber sido el Capítulo III del Título XII del Código Penal. Todo lo cual confirma nuestra tesis, que el tipo penal de Funcionamiento Ilegal de Casinos así como el tipo penal de Funcionamiento Ilegal de Máquinas Tragamonedas, es incompatible con el contenido material del «Orden Económico» como bien jurídico tutelado en el Título IX del CP. El contenido de esta tipificación penal constituye en realidad un injusto administrativo, cuya connotación material tiene que ver con valoraciones meta-jurídicas que nada tienen que ver con los criterios que subordinan la intervención del Derecho penal en la esfera de libertad ciudadana.

Cabe precisar, que el tipo penal contenido en el artículo 243º-A fue incorporado al poco de tiempo de haber sido promulgado y entrado en vigencia el Código Penal de 1991; pues al principio la represión penal se dirigió únicamente a los Casinos de Juego, los que en realidad son pocos, pues sus exigencias de funcionamiento son nada fáciles de cumplir; entidades comerciales que no se han apartados de las regulaciones legales en su ordinario funcionamiento^[249].

De forma progresiva se fueron instalando en nuestro país, locales comerciales que prestan el servicio de las denominadas «Máquinas Tragamonedas», cuyo funcionamiento no está sujeto a los requerimientos de los Casinos de Juego, pues es fácil observar, que estos negocios se instalan hasta en pequeños locales, por lo que su proliferación ha sido significativa en los últimos años. Por lo que su gran cobertura comercial, ha puesto en aprietos a las autoridades administrativas competentes, a fin de controlar y fiscalizar su legal funcionamiento; estado de la cuestión que ha llegado a tal nivel de desgobierno por parte de estas unidades comerciales, que no hubo solución más fácil que acudir a

^[249] Por lo que a la fecha, no se cuente con aplicaciones judiciales concretas de este tipo penal; formación de efectos puramente simbólicos.

los derroteros del Derecho penal, incorporándose al CP el tipo penal fijado normativamente en el artículo 243°-C, mediante el artículo 1° de la Ley N° 28842 del 26 de julio del 2006.

1. TIPICIDAD OBJETIVA:

a. Sujeto activo

Los tipos penales en comento sólo hace alusión al «conductor, organizador u explotador» de Casinos de juego o de Máquinas Tragamonedas, en principio entonces no se hace alusión a una cualificación especial de orden normativo a efectos de ser considerado autor para la imputación jurídico-penal. Sin embargo, el análisis de esta cualidad debe partir de una interpretación sistemática con el orden jurídico extra-penal. La Ley N° 27153 establece en su artículo 29°, que Titular de la Autorización (se entiende para el funcionamiento de las Salas de Juego) es aquella persona jurídica organizada bajo el régimen de la Ley General de Sociedades, que obtiene autorización expresa para explotar juegos de casino o máquinas tragamonedas.

Del precepto invocado, se colige que el autor de esta modalidad delictiva, será una persona jurídica, bajo las estructuras societarias que se desprenden de la Ley General de Sociedades (sociedades de personas y sociedades de capitales).

En puridad debemos partir de la premisa que las personas jurídicas no pueden ser pasibles de responsabilidad penal, pues las categorías dogmáticas de “acción” y de “culpabilidad” hacen alusión a un sujeto de imputación estrictamente natural.

a.1. El Actuar en nombre de Otro

Las personas jurídicas carecen de voluntad propia, no tienen la posibilidad de autodeterminarse conforme al sentido de su propio saber y entender; no poseen una estructura psico-somática (ontológica), que les permita comprender el contenido del Injusto y adecuar su conducta conforme a dicho comprender normativo, no tienen pues facultad de motivabilidad normativa.

Son las personas naturales que instrumentalizan a la *societas* para la consecución de fines delictivos, aquellos que asumen posiciones sociales en los Órganos de Representación de la persona jurídica.

Así lo entendió el legislador del 91, pues por motivos de política criminal habría que cerrar espacios a una injustificada impunidad, sancionándose en el artículo 27° la fórmula normativa del «Actuar en nombre de otro»^[250]; si bien las condiciones u elementos especiales que fundamentan la punibilidad de una conducta concurren en la administrada, estas condiciones se transmiten (transfieren) a quienes actúan como Órganos de Representación: órgano de representación autorizado de una persona jurídica o socio representante autorizado de una sociedad.

Debe tratar entonces de un Representante Legal, debidamente reconocido en los registros correspondientes, bajo las salvedades que se estipulan en la Ley societaria. Empero, la construcción de la teoría de la representación en Derecho penal, o dígase la posibilidad de delimitar el círculo de autores en este tipo de delitos, no puede recoger una concepción estrictamente mercantil, pues los fines de esta rama del ordenamiento jurídico en relación a los derecho punitivo son en realidad distintos; de tal forma, que la vinculación material del sujeto con el bien jurídico, es lo que determina la posibilidad de dominio, en

[250] En contra, García Caveró, P., pues para este autor nacional, la descripción típica contenida en el artículo 243-A del CP, supone un supuesto que regula una actividad específica y que, limita por ello de alguna manera el círculo de destinatarios, (...) por lo que se podría sancionar directamente al representante de una persona jurídica que organiza o conduce casinos de juego requeridos por autorización administrativa; La actuación positiva del actuar en lugar de otro en el Derecho penal peruano, ARA Editores, Lima, 2003, cit., ps. 86-87; pero es de verse, tal como se desprende de la normatividad extra-penal, concretamente la Ley N° 27153, que Titular de la autorización es aquella persona jurídica que obtiene autorización expresa para explotar juegos de casinos o máquinas tragamonedas y no el representante legal, donde el representante gestiona la autorización a nombre de la representada.

cuanto a la posibilidad de cometer esta clase de injustos, sin que ello suponga desconocer las regulaciones del derecho mercantil^[251].

Opción político criminal que se orienta a cubrir espacios de impunidad, ante la pretendida formalización de los criterios de imputación jurídico-penal, que sin atender para ello con el principio de legalidad, puedan extender el marco de atribución de responsabilidad.

Habría que preguntarse ¿Cuáles son los elementos que se transmiten desde la representada hacia sus órganos representantes? Únicamente la calidad jurídica que determina la ley de la materia, ser «Titular de la Autorización», mas no los elementos subjetivos del injusto o aquellos que modifican la responsabilidad criminal^[252]. De todos modos, cabe precisar que no basta con identificar al sujeto actuante del delito (órgano de representación), sino que su actuación u omisión fue la que dio origen a la infracción normativa y que dicha conducta fuese dirigida con conciencia y voluntad (“dolo”). Por consiguiente, a fin de no verificar una responsabilidad objetiva por el resultado, deben acreditarse tanto la imputación objetiva como subjetiva. Empero, el hecho de tratarse en realidad de un injusto administrativo, hace dificultosa la labor de identificar los elementos subjetivos del injusto.

En el marco del sujeto activo del delito, corresponde también hacer mención a las distintas formas de autoría y participación, pues tal como se desglosa de los artículos 23º y ss. del CP, a parte del autor se reconocen otras formas de autoría: co-autoría y la autoría mediata.

La co-autoría importa la co-decisión de dos o mas personas para la realización de un evento delictivo, basado esencialmente en el co-

^[251] Ver al respecto, García Caveró, P.; La regulación positiva del actuar en lugar de otro..., cit., ps. 89-90; Schünemann, Bernd; El dominio sobre el fundamento del resultado:.....cit., p. 56.

^[252] En tanto dichos elementos se basan en la cualidad específica del sujeto, concomitante a la perpetración del injusto típico; Vide, al respecto, Peña Cabrera Freyre, A.R.; Derecho Penal. Parte General, cit., ps. 381-386.

dominio del hecho que se manifiesta en el reparto de los roles, que debe tomar lugar en la etapa ejecutiva del delito, debiendo aparecer en cada uno de los co-autores el factor subjetivo así como los elementos subjetivos del injusto que pueden ser abarcados en la estructura constitutiva de la tipicidad penal^[253].

Entonces, ¿Cómo podría darse esta variante de autoría en estos tipos penales? Si se trata en realidad de personas jurídicas, aún una EIRL, dos o más de ellas se pueden unir comercialmente en contratos asociativos (joint venture o contrato de colaboración empresarial), a fin de operar un Casino de Juego o un negocio de Máquinas Tragamonedas; debiéndose añadir que no será la sociedad como tal, la que asuma la responsabilidad penal, sino los órganos representantes de las referidas empresas, a partir de la persona del Gerente o Administrador, en este caso el "titular de la Autorización".

En el caso de la autoría mediata, se trata de la instrumentalización del «hombre de atrás» hacia el «hombre de adelante», donde el primero se aprovecha de la ignorancia, error u otros defectos psico-cognitivos, para determinar a cometer directamente una actividad criminal.

Antes de proceder al análisis concreto de la autoría mediata en esta clase de delitos, previamente fijaremos unos conceptos, importantes para dar nuestra posición al punto en cuestión, pues en realidad no es tarea fácil fijar la configuración de autoría mediata, por los escollos formales y normativos que se colocan en frente.

La dogmática penal ha dividido la autoría en delitos de dominio y delitos de infracción de deber; en los primeros, la condición de autoría no requiere de mayor requerimiento, que la propia determinación de ámbitos internos de libertad auto-organizativa, en cuanto a la realización fáctica de la conducta plasmada en la estructuración normativa; en cambio, los delitos de infracción de deber suponen algo más.

^[253] Vide, al respecto, Peña Cabrera Freyre, A.R.; Derecho Penal. Parte General. cit., ps. 360-366.

En los delitos consistentes en la infracción de un deber, dice Roxin, actúa típicamente sólo (aun cuando siempre) quien lesiona el deber extrapenal, sin que interese en lo más mínimo el dominio del suceso externo^[254]. En ellos, la descripción del autor que se realiza en el tipo, tiene por función determinar el círculo de personas a los que alcanza el deber especial en el que se basan^[255]. Siendo así, basta que se contravenga un dispositivo legal (civil, administrativo, etc.), para que de lugar la responsabilidad penal a título de autoría, dejando de lado cualquier valoración fáctica que sea importante a efectos de determinar la relevancia contributiva del participante; por lo que la distinción entre autor y partícipe en base al principio de accesoriedad en la participación queda vacío de contenido. Cualquier tipo de intervención o de inacción por parte del *intraneus*, es considerada sin más, responsabilidad a título de autoría, lo que pone en riesgo el principio de legalidad.

Sobre la tesis de Roxin se ha cuestionado también en el sentido de que no es esencial en el delito especial la infracción siempre de un deber^[256]. En efecto, hemos partido de la premisa que los injustos in examine son delitos especiales propios, pues para ser considerado autor se requiere la presencia de una determinación relación positiva con el bien jurídico objeto de tutela y, su vulnerabilidad y/o puesta en peligro, no puede fundamentarse en la mera infracción de un deber extra-penal, sino en la determinación de una conducción de dominio, basada en la posición privilegiada del autor con respecto a la conducción de la sociedad; lo que no obsta a reconocer, que la infracción del

^[254] Roxin, C.; Política Criminal y Sistema del Derecho Penal....., cit., p. 69.

^[255] Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J.; El denominado delito de « propia mano », cit., p. 133; Al respecto ver la distinción efectuada por García Cervero, entre los delitos de dominio con los delitos de infracción de deber, a partir de la figura de la representación; La regulación positiva del actuar en lugar de otro...; cit., ps. 100-101.

^[256] Hernández Plasencia, J.U.; La Autoría Mediata en Derecho Penal....., cit., p. 315.

deber pueda constituir la premisa del contenido típico penal, mas no siempre será así.

El bien jurídico protegido en los delitos especiales “se encuentra con respecto a los miembros de la comunidad social en una posición diferente a la de los bienes jurídicos de los tipos en los delitos comunes (estos bienes jurídicos) no se encuentran en el espacio social abierto a todos, pues únicamente pueden desempeñar su concreta y específica función social dentro de determinadas, limitadas y por ello, “cerradas” estructuras sociales^[257].

En estos delitos –como apunta Gracia Martín– como en todos, existe también un desvalor del resultado, entendido éste como la lesión o peligro del bien jurídico. Lo injusto de los delitos especiales, como del respeto de los delitos, sólo queda constituido plenamente cuando al desvalor de la acción se añade el desvalor del resultado^[258].

Se ha dado lugar, por tanto, a una nueva concepción, definida materialmente por la relación del autor con el bien jurídico protegido, son delitos que supone determinados elementos especiales para poder ser considerado “autor” a efectos penales; (...), los cuales se explican e interpretan por el dominio social del bien jurídico por el sujeto cualificado y, en este sentido, son “delitos de dominio social”^[259]. El dominio social, además, es la fuente material de la posición de garante, por lo que tales delitos son, también, “delitos especiales de garante”^[260].

De lo dicho, se deriva que lo decisivo para el delito especial no será el status formal con el que el legislador describe al sujeto activo del delito, sino la relación material de dominio social típico

^[257] Faraldo Cabana, P.; Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales, cit., p. 73.

^[258] Gracia Martín, L.; Actuar en lugar de otro, T. I, cit., p. 333.

^[259] Gracia Martín, L.; Actuar en lugar de otro, T. I, cit., p. 355.

^[260] Gracia Martín, L.; Actuar en lugar de otro, T. I, cit., p. 355.

en virtud de la competencia para el ejercicio de una función^[261]. De posición similar es Schönemann, al afirmar de que en la cuestión del actuar en nombre de otro no se trata de otra cosa que la formulación de una posición de garantes, es decir, del dominio sobre el fundamento del resultado (...)^[262]. Pues, si el suceso siempre se le imputa penalmente a quien también domina el respectivo ámbito social en el que se originan los riesgos, entonces la responsabilidad jurídica concierne a quien también efectivamente decide acerca de la lesión al bien jurídico^[263].

Dicho así: lo que fundamenta el dominio de la acción que da lugar a la realización típica en un delito especial, no es en realidad la función específica encomendada al autor, sino el manejo que éste asume en el seno de una corporación, es decir, el dominio social, en cuanto relación material con el bien jurídico tutelado.

Ahora bien, los delitos contemplados en los artículos 243°-A y 24°3-C, ¿Son delitos especiales propios?; primero, cabría hacernos la pregunta si estos injustos pueden ser cometidos por cualquier persona, a lo cual se debe responder negativamente.

Tal como se desprende de la construcción típica de dichas figuras delictivas, se necesita lo siguiente para ser considerado autor: conducir o explotar Casinos de juego y máquinas tragamonedas, y su remisión a la normatividad extra-penal (administrativa), nos determina la calidad de «Titular de la autorización»; la persona natural o persona jurídica que se dedica formalmente a la realización de dichas actividades; de lo que se colige que el tipo penal de acuerdo a su remisión a la nor-

^[261] Faraldo Cabana, P; Los delitos societarios..., cit., p. 74.

^[262] Schönemann, Bernd; El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógica-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro. Publicado en el Libro-Homenaje al Prof. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Navarra, 2005, cit., p. 52.

^[263] Schönemann, B; El dominio sobre el fundamento del resultado:..., cit., p. 52.

matividad extra-penal, requiere de una condición calificada para ser considerado autor a efectos penales, lo que expresa una determinada relación material con el bien jurídico.

En el caso de tratarse directamente de una persona natural (o una persona jurídica bajo la estructura de una EIRL, donde el titular es directamente el responsable de la gestión societaria), no habría problema alguno en atribuirse a éste la imputación delictiva, pues es él quien de forma fáctica realiza los actos materiales comprendidos en el tipo penal, refundiéndose en una sola persona la calidad de sujeto actuante y de sujeto cualificado, no siendo necesario acudir a la fórmula normativa, del actuar en nombre de otro, al ser un verdadero autor inmediato.

El hipotético caso de una autoría mediata en este caso, resulta por lo menos difícilmente admisible, en la medida que una persona no cualificada (*extraneus*), no puede tener de ningún modo el dominio social de la acción, por lo que el hombre de atrás al no detentar la posibilidad de dominio social, no puede ser autor mediato; generándose una suerte de impunidad, al margen de que pueda ser considerado instigador o cómplice; y, si la persona natural actúa a través de un representante legal, quien asume la condición de «Titular de la autorización», no puede haber autoría mediata por parte de la persona natural hacia el representante, pues el artículo 27° del CP, sólo ha considerado la posibilidad del actuar en nombre de autor, en el ejercicio de representación de una persona jurídica y no de personas naturales, por lo que dicha hipótesis también caería en un supuesto de impunidad. Esta regulación de nuestro Código penal, apunta García Caveró, parece pues no recordar que justamente fue la limitación formal del círculo de destinatarios de los delitos especiales los que motivó el desarrollo del instituto del actuar en lugar de otro y comete, por tanto, el mismo error formalista al establecer otras limitaciones formales en su regulación de la teoría de la representación^[264]. El excesivo formalismo por

^[264] García Caveró, P.; La regulación positiva del actuar en lugar de otro..., cit., p. 105.

el cual el legislador estructuró la admisión del actuar en nombre de otro, importa la generación de amplios espacios de impunidad, supuso un ámbito de aplicación restrictiva de esta institución.

Tal como se desprende del tenor literal de los injustos penales en cuestión, éstos constituyen normas penales en blanco, pues la materia de prohibición jurídico-penal debe ser complementada de forma integral con una norma extra-penal, específicamente con la Ley N° 27153, por lo que la calidad de Titular de la autorización, a fin de conducir o explotar Casinos de juego y máquinas tragamonedas.

En tal sentido, Gracia Martín, a fin de delimitar criterios en las actuaciones en lugar de otro, ha fijado lo siguiente “Si el sector jurídico extrapenal que regula dicha actividad admite el instituto técnico de la representación, se produce, según la opinión dominante, una disociación de los elementos del tipo cuando la acción, o mejor dicho los actos materiales en que consiste dicha acción la realiza un sujeto que actúa en representación de otro”^[265]. En el caso in examine, no es factible este supuesto, pues Titular de la autorización, solo puede serlo la persona jurídica organizada bajo el régimen de la Ley General de Sociedades y, no el representante legal, al margen de las potestades que el representante puede detentar para solicitar la autorización. Por consiguiente, no se produce la disociación anotada, siendo factible admitir la fórmula del actuar en nombre de otro; pues quien realiza materialmente la acción típica (no entendida de forma ontológica) es la persona jurídica y no el representante legal.

En resumidas cuentas, quien realiza materialmente los actos que describen las figuras delictivas, es la representada y, la Titular de la organización que reconoce la normatividad extra-penal es la representada, por lo que al existir identidad entre ambas cualidades, la admisión de la fórmula del actuar en nombre de otro, es perfectamente posible^[266].

^[265] Gracia Martín, L.; El actuar en lugar de otro..., I, cit., p. 132.

^[266] Así, Gracia Martín, L.; El actuar en lugar de otro..., I, cit., p. 137.

Ahora bien, a partir de los argumentos esbozados, ¿Cómo podría admitirse la posibilidad de una autoría mediata si estos injustos son reputados como delitos especiales propios, donde la configuración de autoría se basa en la especial relación del sujeto activo con el bien jurídico objeto de afectación, lo que importa el dominio social de la acción típica, en cuanto elemento objetivo de la tipicidad penal?

Para ser considerado «autor mediato» el hombre de atrás debe poseer la especial cualidad que exige el tipo penal, un *intraneus*; una persona que no tiene relación alguna con la *societas*, no puede ser considerado autor mediato por ser un *extraneus*, pues no puede detentar el dominio social que se exige en estos casos. Por lo que la autoría mediata desde afuera queda descartada, por los fundamentos antes expuestos.

La autoría mediata desde adentro, cuando el ejecutor es un *extraneus*, supone una solución distinta. El representante si bien es un *extraneus*, a partir de la fórmula del actuar en lugar de otro, adquiere dicha cualidad cuando los elementos que se desprenden de la representada son transmitidos a su esfera de competencia. En efecto, el representante que actúa dolosamente en lugar del sujeto cualificado será autor directo del delito especial correspondiente en relación con el precepto de la Parte General que regule la responsabilidad penal del que actúa en lugar de otro^[267].

En lo que ahora nos ocupa, no entraremos a analizar el supuesto del instrumento no cualificado que actúa dolosamente; para unos, la solución es en realidad una autoría inmediata, pues, el sujeto no cualificado es en realidad un instrumento, “naturaleza” que no posee suficiente libertad para ser considerado autor; en cambio, para otros, se trata realmente de una inducción, donde el sujeto de atrás calificado, al ejercer sólo una presión determinada a efectos de surgir el dolo en

^[267] Gracia Martín, L.; El actuar en lugar de otro..., I, cit., p. 116; García Caveró, P.; La regulación positiva del actuar en lugar de otro..., cit., p. 101.

el hombre de adelante, este último tiene el dominio del hecho, por lo tanto, debe ser considerado autor, siempre y cuando haya asumido una posición determinada (jurídica o material), que le otorgue una determinada relación con el bien jurídico; lo que no será así en todos los casos.

Sin duda, en el caso del actuar en nombre de otro, quien actúa como instigador (partícipe), debe ser un sujeto que tenga un determinado poder social en la sociedad, a fin de aprovecharse de dicho dominio, para instrumentalizar a la representada (quien actúa a través de su representante), quien si bien actúa con dolo, es presionado por las propias estructuras que se comprenden en la estructura societaria para la realización de los actos materiales que dan lugar a la realización típica.

A la inversa, para que pueda darse una autoría mediata, el ejecutor debe actuar sin dolo, o en desconocimiento de algunos elementos que dan lugar a la autoría, desconociendo que el poder que detenta importa una representación, cuya actuación surte efectos jurídicos hacia terceros; su acción debe generar un compromiso jurídico hacia terceros.

En el ámbito económico-comercial, es una práctica común que las grandes corporaciones adquieren una serie de adscripciones empresariales, a partir de fusiones, absorciones, conjunciones (joint venture), escisiones u contratos en colaboración, a fin de ramificar sus actividades comerciales o simplemente para sobrevivir en el mercado; el alto nivel de competitividad que expresa el mercado, exige nuevos retos a los agentes empresariales. Son numerosas unidades empresariales que asumen estas nuevas caracterizaciones societarias, cuyo funcionamiento en el mercado está sujeto al cumplimiento de ciertas formalidades legales.

Constituyen empresas nacionales o transnacionales de gran envergadura, que a fin de ejercer una actividad comercial expansiva constituyen filiales o sucursales; (...) por encima de todas las sociedades unidas se erige un centro de poder del que emanan todas las decisiones, o casi todas, también las delictivas, y que ese centro de

poder se halla jurídico-formalmente desvinculado de las empresas o sociedades unidas^[268].

Son estructuras empresariales, cuyos hilos de poder se expresa a través del dominio de las decisiones que se toman desde la matriz o empresa madre, y se canalizan a partir de sus gestores en las sociedades filiales o sucursales; lo que supone en todo caso, que a partir de estas unidades madres pueden decidirse la comisión de actos delictivos, que son canalizados por los representantes de estas sucursales, pero, quien utiliza a éstas, los órganos representantes de la empresa madre no posee la cualificación especial para ser considerado autor, no es en este caso el Titular autorizado, sino la representada que realiza materialmente los actos constitutivos del tipo penal, por lo que el actuar en lugar de otro no será posible por producirse la disociación de los elementos del tipo; mas serán asumidas bajo la figura de la autoría mediata, pues los representantes de la empresa madre se aprovechen de su posición de dominio para instrumentalizar a los representantes de las filiales. Sin embargo, nuestra Ley General de Sociedades – Ley N° 26887, da lugar a un entendimiento distinto al estado de la cuestión, de acuerdo a lo previsto en el artículo 396° - Sección tercera del Título IV (Libro cuarto) en cuanto a la regulación de las “Sucursales”, que a la letra dispone lo siguiente: *“Es sucursal todo establecimiento secundario a través del cual una sociedad desarrolla, en lugar distinto a su domicilio, determinadas actividades comprendidas dentro de su objeto social. La sucursal carece de personería jurídica independiente de su principal. Está dotada de representación legal permanente y goza de autonomía de gestión en el ámbito de las actividades que la principal le asigna, conforme a los poderes que otorga a sus representantes”*.

Del dispositivo legal invocado se infiere que la «Sucursal» no cuenta con personalidad jurídica independiente, por lo que el Titular de la autorización será en este caso la sociedad principal y, quien ma-

[268] Gracia Martín, L.; El actuar en lugar de otro..., I, cit., p. 122.

terialmente realiza los actos de gestión comercial, es el representante legal de la Sucursal por detentar el dominio social, cuyas actuaciones generan derechos y obligaciones sobre la sociedad principal^[269].

Dicho lo anterior, se produce una autoría mediata de una persona física sobre otra, de los gestores sociales de la sociedad principal hacia el representante legal de la Sucursal, cuando los primeros se aprovechan de su posición de dominio para provocar un estado de ignorancia en el segundo, mas cuando se ejerce mediante coacción u otro tipo presión psicológica cabría una Inducción; pues no es factible una utilización de una persona jurídica hacia otra, precisamente la fórmula normativa del actuar en nombre de otro, importa la identificación del sujeto que materialmente realiza los actos de representación, obliga a la sociedad por las operaciones que efectúe con terceros.

Situación distinta acontece, por ejemplo, cuando se trata de dos personas jurídicas distintas (sociedades escindidas que no se extinguen, reorganización simple, etc.), donde los detentadores del dominio social (hombres de atrás), utilizan al hombre de adelante (representante legal de una de las sociedades; en este caso, al no poseer el hombre de atrás los elementos objetivos de autoría, no podrá ser considerado responsable a efectos penales. Puede decirse que en estos casos, no cabría mas que la impunidad, a lo mas, el representante de la sociedad utilizada responderá por una infracción administrativa, mejor dicho su representada, pues no ha actuado con dolo.

^[269] Así, el artículo 397º de la LGS, al establecer que la sociedad principal responde por las obligaciones de la sucursal. Es nulo todo pacto en contrario.

2. SUJETO PASIVO

Es el Estado, el encargado de regular la actuación de los agentes económicos, de que éstos adecuen su actividad a las prescripciones legales pertinentes. Dicha función regulativa y fiscalizadora, se le ha encomendado a determinadas entidades comprendidas en la Administración Pública. Habiéndose determinado por Ley, que la entidad competente es el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR), específicamente por la Dirección Nacional de Turismo, tal como lo prevé la Ley N° 27153. Por consiguiente, esta entidad pública es la autorizada para denunciar este ilícito penal, de autorizar al Procurador Público encargado de los asuntos judiciales de dicha cartera, de iniciar las acciones legales que dieran lugar; de constituirse en agraviada (sujeto pasivo) de la conducta criminal.

Debiéndose agregar que el MINCETUR, tendrá que desdoblarse en dos planos a saber, pues de forma simultánea podrá ejercitar acciones legales correspondiente a la infracción administrativa y a su vez de la conducta punitiva, lo cual genera una suerte de inseguridad jurídica.

3. MODALIDAD TÍPICA

Es la acción u omisión que el legislador ha descrito en la construcción típica que da lugar al hecho punible. En varios ámbitos de la criminalidad, en vista a su complejidad, el legislador ha optado por sancionar tipos penales en "blanco", toda vez que la materia de prohibición no esta determina a completitud en el tipo penal en cuestión, puesto que el interprete debe necesariamente remitirse a una norma extra-penal a fin de completar el contenido del Injusto.

En el presente caso, debemos remitirnos a la Ley N° 27153, modificada por la Ley N° 27796 - Ley que regula el funcionamiento de salas de juego de casino y máquinas tragamonedas.

Dice el precepto, que la acción del agente deberá consistir en organizar o conducir Casinos de juego sujetos a autorización sin haber cumplido los requisitos que exijan las leyes o reglamentos para su

funcionamiento^[270]. Son entonces, dos verbos rectores que dan lugar a la construcción típica; organizar, supone la planificación, coordinación y estructuración los actos dirigidos al funcionamiento de los Casinos de Juego, es crear los espacios necesarios para dicha realización fáctica, mientras que conducir es ejercer la batuta, una posición directriz en cuanto al funcionamiento mismo de la actividad comercial, el conductor es quien toma las decisiones trascendentales del negocio. Empero, la calidad de organizador o de conductor debe plasmarse en una representación real de la sociedad, pues para nuestra *lege lata* la punición de condiciona a la presencia de un administrador de derecho.

Ahora bien, como se sostuvo los artículos 243°-A y 243°-C, importan una ley penal en blanco, a efectos de completar la materia de prohibición, debemos remitirnos a la normatividad administrativa.

Se infiere que estas actividades comerciales –como cualesquiera otras– requieren para su funcionamiento de la expedición de una resolución autoritativa por parte de la entidad administrativa competente. El artículo 13 de la Ley N° 27153 modificado por la Ley N° 27796, establece a la letra lo siguiente: “Para explotar juegos de casino y de máquinas tragamonedas se requiere Autorización Expresa, otorgada por la autoridad competente. Dicha autorización será otorgada siempre que el solicitante haya cumplido con los requisitos exigidos en la presente Ley. La resolución mediante la cual se otorga la Autorización Expresa será publicada en el Diario Oficial El Peruano”; de común idea con lo establecido en el artículo 23 (Inicio de las operaciones) de la Ley N° 27153 modificado por el artículo 11° de la Ley N° 27796 del 26/07/02, al señalar que el Titular de la autorización para la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas podrá iniciar sus operaciones una vez otorgada la Autorización Expresa^[271] correspondiente.

^[270] Peña Cabrera, R.; Delitos Económicos..., III, cit., p. 302.

^[271] El artículo 4, inciso c) de la ley (in fine), dispone que Autorización Expresa, es “Aquella emitida de conformidad con la presente Ley, por la autoridad

Se deduce que previamente el interesado debe haber cursado una solicitud de "autorización" a la autoridad competente (Dirección Nacional de Turismo), adjuntando todos los requisitos exigidos por la Ley. Según lo dispuesto en el artículo 14° (in fine), para la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas, los interesados deberán presentar la solicitud ante la autoridad competente, adjuntado una serie de documentos, comprendidos en el listado que hace referencia de forma taxativa el artículo mencionado. Por consiguiente, la obtención de la Autorización Expresa supone todo un procedimiento administrativo calificador, a fin de poder explotar legalmente estas actividades comerciales; hasta antes de expedirse la Autorización Expresa, cumpliéndose con el principio de publicidad, el titular peticionante no podrá disponer el funcionamiento del negocio, pues estará ingresando su conducta al ámbito de protección de la norma, a menos que concurra en un error de tipo, en el sentido de que surja un equívoco en cuanto a los efectos jurídicos de su solicitud.

Debe entenderse, por lo tanto, que las modalidades de «organizar y conducir» tienen que vincularse directamente con el funcionamiento real del negocio, pues si aún no se obtiene la Autorización Expresa y, no obstante se ejecutan actos de previos a su apertura; v.gr, pintado del local, instalación de las máquinas, contratación de empleados, hasta publicidad para una próxima apertura, de ningún modo estaremos ante una actividad típica (no se evidencia aptitud concreta de lesión); hechos que podrían dar lugar en su defecto a un injusto administrativo.

Los tipos penal in examine, son de mera actividad, pues no necesitan resultado alguno que condicione la efectiva realización típica, los actos antes aludidos son en realidad actos preparatorios que por su propia naturaleza no son punibles.

competente, facultando al titular a que realice la actividad de explotación de juegos de casino o máquinas tragamonedas, según las modalidades o programas de juego, que en adelante se denominará Autorización".

Por otro lado, el artículo 17º (in fine), establece que la autorización para explotar juegos de casino y máquinas tragamonedas que se regulan en la presente Ley, será otorgada por un plazo de tres años, renovables^[272]. De ello se colige que la renovación no es automática, pues tal como lo dispone el artículo 18º, el titular de una autorización podrá solicitar su renovación a más tardar con cuatro meses de anticipación a la fecha de su vencimiento, para lo cual, la autoridad competente verificará el cumplimiento de los requisitos y condiciones vigentes a la fecha de presentación de la solicitud, quiere decir esto que las condiciones para su renovación pueden variar conforme a las disposiciones legales que pudieran sancionarse a la fecha de su interposición. En tal virtud, si el conductor o organizador de Casinos de Juego continúa explotando esta actividad comercial, pese a no contar con la renovación de dicha autorización, incurrirá en el tipo penal en comento bajo la modalidad de comisión por omisión (Art. 13 del CP); el hecho de que haya interpuesto su solicitud y ésta aún no haya sido resuelta por la autoridad administrativa, no enerva su responsabilidad penal, siempre y cuando haya vencido la autorización primigenia.

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO Y FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

Las figuras delictivas son esencialmente dolosas, conciencia y voluntad de organizar y conducir el funcionamiento de un Casinos de Juego y/o máquinas tragamonedas, en inobservancia de los requisitos que exige la normatividad aplicable (Ley N° 27153)^[273]. No es admisible de ningún modo la variante culposa.

Se advierte una superposición entre el error de tipo y el error de prohibición, pues los elementos (objetivos-normativos), que dan lugar a la infracción criminal, suponen a la vez el conocimiento de la anti-

^[272] El Decreto Ley N° 25836, establecía que la autorización otorgada por el MINCETUR, duraba un plazo máximo de diez años renovables.

^[273] Así, Peña Cabrera, R.; *Delitos Económicos...*, cit., p. 303.

juridicidad, pues si el agente yerra sobre dichos elementos normativos, no sabrá que está actuando de forma prohibida. La separación entre el conocimiento de los elementos típicos que exige el dolo, y el conocimiento de la antijuridicidad, que psicológicamente es cuestionable, se complica, por tanto, en la práctica, por la dificultad que presentan algunos elementos a los que tiene que referirse ese conocimiento, para ser ubicados sistemáticamente en el tipo o en la antijuridicidad^[274].

¿Cuál es el conocimiento que se exige a dichos elementos normativos, es actual o potencial? Suficiente con un conocimiento potencial, de que el autor con un mayor esfuerzo haya podido superar el error cognitivo en que se encontraba. De todos modos, primero se verá en relación al error de tipo y, sólo si este es negativo o ante un error vencible que excluya la punición, por no existir la tipificación imprudente del delito en cuestión, se proseguirá con el examen del error de prohibición. Difícilmente podrá admitirse un error de prohibición invencible, en el marco del Estado de Derecho, nadie podría argüir que no estaba enterado de las exigencias de la Administración Pública para quienes pretenden iniciar una actividad comercial. De recibo que estas personas previamente reciben un asesoramiento legal^[275]; podrá en todo caso, producirse un error de tipo, en cuanto al desconocimiento de ciertos elementos normativos extra-penales.

La naturaleza vencible invencible del error, dependerá de los mecanismos u instrumentos que el autor haya tenido a su disposición, para vencer el error; el empresario de mayor experiencia en el rubro tendrá una menor posibilidad de acudir a esta eximente (tipificante o exculpante). Los Tribunales deberán ser muy rigurosos a efectos de

^[274] Muñoz Conde, Francisco; *El Error en Derecho Penal*. Tirant lo blanch. Valencia, 1989, cit., p. 37.

^[275] No se concibe a un ciudadano que ingresa a un negocio comercial que implica el desembolso de suma de dinero considerable, no se entere previamente de las exigencias del Estado para con el funcionamiento de dichas actividades negociales.

determinar la procedencia de estos argumentos de defensa, mas su plausibilidad probatoria no puede negarse a raja tabla.

Al tratarse de un delito de mera actividad, donde la acción típica de agota en la propia conducta incriminada, no habrá posibilidad de admitir formas de imperfecta ejecución.

5. CONSECUENCIA JURÍDICA E INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DEL NON BIS IN IDEM

Se sanciona al autor con una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años de pena privativa de libertad y con trescientos sesenta y cinco días-multa, sin perjuicio del decomiso de los efectos, dinero y bienes utilizados en la comisión del delito; con respecto al artículo 243°-A y una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años en el caso del artículo 243°-C.

No llegamos a entender, por el funcionamiento ilegal de Casinos deviene en una mayor represión que el funcionamiento ilegal de Máquinas Tragamonedas, si ambas conductas develan igual contenido de disvalor (administrativo). Asimetría punitiva que vulnera los principios de proporcionalidad y de culpabilidad.

La prevención general negativa ha incidido de forma significativa en sus efectos intimidatorios, pues cabe perfectamente la posibilidad de una pena efectiva, así como la adopción de medidas cautelares personales de gravedad (prisión preventiva), en el caso del artículo 243°-A.

Advertimos un amplio margen de determinación punitiva, a fin de graduar judicialmente la pena, conforme a los principios de culpabilidad, lesividad y proporcionalidad; aunque a ciencia cierta, no sabemos cual será el criterio para determinar una mayor afectación, o se tiene o no licencia de funcionamiento. El hecho de que el Casino sea de una mayor magnitud, no dice nada al respecto, este será un factor a tomar en cuenta desde un ámbito tributario.

Sólo podrá tomarse en cuenta el reproche personal, la imputación individual en cuanto la calidad del agente y, su interiorización normativa; pues en un individuo de una mayor experiencia empresarial, las exigencias son mayores. El hecho de que sea reincidente, podría incluso elevar la pena por encima del marco penal, según lo dispuesto en el artículo 46°-B, incorporado por la Ley 28726 del 09 de mayo del 2006^[276].

La pena en el caso del artículo 243°-C, muy difícilmente podrá llegar a ser privativa de libertad, por lo que sus efectos disuasivos no serán en realidad efectivos; por tales motivos, una fuerte multa pecuniaria aparejada con el cierre del establecimiento puede provocar mejores efectos intimidatorios.

Ahora bien, las dificultades se presentan en la aplicación de las otras consecuencias jurídicas, en cuanto a la figura del decomiso, por su aplicación simultánea, en dos vías distintas (penal y administrativa).

El decomiso es una consecuencia jurídica cuya justificación reposa en una finalidad criminológica, de privar a los presuntos autores de los instrumentos u efectos, que fueron utilizados para la perpetración de la infracción criminal; de tal manera, que se desprende de dicha medida, una finalidad cautelar y asegurativa a la vez, de impedir que dichos elementos sigan siendo utilizados como instrumentos delictivos (cese la continuidad criminal) y, que se pongan a disposición de la Justicia, poniendo a bien recaudo los objetos que sirvan como medios de prueba. A su vez probatoria, pues podrá dar lugar a la presentación como evidencia para sustentar la teoría del caso de la Fiscalía.

La regulación del decomiso se contiene en los artículos 102° y 103° del CP y en los artículos 316°-320° del NCPP^[277]. Debiéndose

^[276] Vide, al respecto, Peña Cabrera Freyre, A.R.; Derecho Penal. Parte General, cit., ps. 1007-1012.

^[277] Vide, al respecto, Peña Cabrera Freyre, A.R.; Exégesis al nuevo Código Procesal Penal. T. II, 2da. Edición, cit., ps. 207-216.

relevar que esta medida puede adoptarse de forma definitiva en el acto de condena penal o como instrumento cautelar en el marco del procedimiento penal. El decomiso, no necesita para su adopción judicial, la imposición de una sentencia condenatoria a la persona del culpable o inculpable (sobreseimiento), aunque el Capítulo II así lo sugiera, tal como lo acreditamos en algunos tipos de la Parte Especial, que permiten su adopción inclusive en el caso de delito “flagrante” (...); extendiéndose a los efectos provenientes del delito, de sus instrumentos empleados para su perpetración o en la privación de las ganancias ilícitas^[278].

En el marco de incidencia normativa del NCPP, la incautación (decomiso) en el ámbito de las medidas de coerción real, cumple también un rol preventivo, cautelar y criminógeno, y de cierta forma una función probatoria, a fin de asegurar la satisfacción de la condena civil y la debida persecución del delito.

Los instrumentos que pueden ser pasibles de decomiso en este ámbito de la criminalidad son las máquinas tragamonedas y otros juegos afines que formen parte de la actividad comercial.

La problemática —como se dijo antes— radica en la posibilidad de una doble sanción sobre un mismo hecho (*non bis in idem*). El artículo 45.2 de la Ley N° 27153 tipifica como injustos administrativo la “Explotación de juegos de casino o máquinas tragamonedas sin contar previamente con la autorización correspondiente”. Tal como se desprende del precepto en mención, el supuesto de hecho hace alusión al mismo que se contiene en el artículo 243°-A del CP. Habiéndose establecido en el artículo 46.1 inciso f), el Comiso de bienes como sanción administrativa aplicable al titular de una Autorización o a cualquier persona natural o jurídica que incurra en las infracciones señaladas en el artículo 45° (in fine).

^[278] Cfr., Peña Cabrera Freyre, Alonso R.; Derecho Penal. Parte General, cit., ps. 1197-1201.

Por lo expuesto, se infiere que concurren todos los elementos necesarios que dan lugar a la infracción del non bis in idem: a.-Identidad del hecho. b.-Identidad del sujeto. c.-Identidad del bien jurídico tutelado; y, d.-Procesamiento en dos vías paralelas, en el proceso penal y en la vía extra-penal (administrativa).

La prohibición de la doble persecución por un solo hecho punible cometido, implica una limitación al poder penal estatal sostenido sobre un derecho penal del acto, esto quiere decir, la valoración del injusto penal supone la legitimidad del Estado para perseguir penalmente el hecho, materializa esta persecución, se encuentra vedado que se vuelva a reiterar una pretensión penal u de otra índole, sobre el mismo hecho ya objeto de conocimiento por los órganos estatales predispuestos^[279].

La Dirección Nacional de Turismo del MINCETUR, estará en todo un dilema cuando llegue a su conocimiento la presunta comisión del tipo penal de Funcionamiento Ilegal de Casinos de juego, toda vez que ese mismo hecho constituye también una infracción administrativa, en tal caso denunciar el hecho al Ministerio Público o iniciar de oficio el procedimiento administrativo sancionador, con el peligro de ser denunciado por Omisión de denuncia (Art. 407° del CP), pues dicho injusto es perseguible por acción penal pública cuya persecución penal está prácticamente condicionada a dicha entidad pública.

La normatividad vigente no aclara mucho al respecto. La Ley General de Procedimiento Administrativo (Ley N° 27444), en su artículo 243.2, establece que los procedimientos para la exigencia de responsabilidad penal o civil no afectan la potestad de las entidades para instruir y decidir sobre la responsabilidad administrativa, salvo disposición judicial expresa en contrario^[280].

^[279] Peña Cabrera Freyre, A.R.; Exégesis del nuevo Código Procesal Penal, cit., T. I, cit p. 97.

^[280] A pesar de que el inciso 10) del artículo 230° del mismo cuerpo de normas, reconozca literalmente el principios del non bis in idem.

— EXPLOTACIÓN ILEGAL DE CASINOS Y DE MÁQUINAS TRAGAMONEDAS —

El NCPP en el numeral III del Título Preliminar, reconoce la preeminencia del Derecho penal sobre el Derecho administrativo, lo cual se desprende de la propia naturaleza –preventiva-sancionadora del derecho punitivo y de la institución garantista del procedimiento penal^[281].

Si se realiza una operación coste-beneficio para el mismo Estado, en definitiva lo mas recomendable es la sanción administrativa, tanto por razones de economía procesal como por motivos de prevención general. Máxime, si a la fecha no se conoce la sanción de algún ciudadano por el tipo penal de Funcionamiento ilegal de Casinos de juegos, por lo que la capacidad de rendimiento de dicha norma es nula, constituyendo únicamente la expresión de un Derecho penal simbólico.

^[281] Así, Peña Cabrera Freyre, A.R.; Exégesis del nuevo Código Procesal Penal, T. I, cit., ps. 97-104.

CAPITULO V

DESEMPEÑO DE ACTIVIDADES NO AUTORIZADAS DE LOS AGENTES DE INTERMEDIACIÓN

“El que por cuenta propia o ajena realiza o desempeña actividades propias de los agentes de intermediación, sin contar con la autorización para ello, efectuando transacciones o induciendo a la compra o venta de valores, por medio de cualquier acto, práctica o mecanismo engañoso o fraudulento y siempre que los valores involucrados en tales actuaciones tengan en conjunto un valor de mercado superior a cuatro (4) UIT, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno (1) ni mayor de cinco (5) años”.

1. NOTAS PRELIMINARES

El denominado «Derecho Penal Económico» comprende todas aquellas conductas disvaliosas, que se cometen en el marco del mercado por parte de los proveedores de bienes y servicios, que por lo general son entidades corporativas, es decir, empresas que se constituyen a fin de obtener dividendos económicos, según los Estatutos y el Pacto Social que suscribe ante el Registro. De forma, que cuando hablamos

de esta parcela del orden punitivo, nos referimos a aquellas actividades que se cometen en el seno de las personas jurídicas, que al trascender su ámbito interno, atacan un bien jurídico de orden supraindividual (tutela del mercado así como los intereses de los consumidores).

El ámbito de protección del DPE, ha de incidir entonces, en todos aquellos planos de la actividad económica, que haya de exteriorizar una perturbación significativa del bien jurídico tutelado. Resultando una esfera de actuación muy específica, que toma lugar en las Bolsas de Valores, a partir de la participación de una serie de agentes económicos, permitiendo la realización de una serie de transferencias bursátiles, mediando la compraventa de acciones y/o títulos de participación^[282].

La Ley de Mercado de Valores – Decreto Legislativo N° 861, dispone en su artículo 1° que la finalidad de la presente ley es promover el desarrollo ordenado y la transparencia del mercado de valores, así como la adecuada protección del inversionista. Quedan comprendidas en la presente ley las ofertas públicas de valores mobiliarios y sus emisores, los valores de oferta pública, los agentes de intermediación, las bolsas de valores, las instituciones de compensación y liquidación de valores, las sociedades tituladoras, los fondos mutuos de inversión en valores, los fondos de inversión y, en general, los demás participantes en el mercado de valores, así como el organismo de supervisión y control. Salvo mención expresa en contrario, sus disposiciones no alcanzan a las ofertas privadas de valores.

De la normatividad citada, se colige que la ratio de la norma consiste en la tutela de las inversiones que se colocan en el mercado de valores, en cuanto a su adecuado funcionamiento, con arreglo a las reglas que se han dispuesto en el marco de sus dispositivos legales;

^[282] En esta orientación político criminal el artículo 213°-A del CP; Vide, al respecto, Peña Cabrera Freyre, A.R.; Derecho Penal. Parte Especial, T. II, cit., ps. 564-569.

la transparencia de dichas operaciones bursátiles resulta fundamental para la confianza de los inversionistas así como para garantizar su funcionalidad en el aparato económico del Estado. Para tales efectos, se creó la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV), como institución pública encargada de la supervisión y el control del cumplimiento de esta ley. Institución que está facultada para, ciñéndose a las normas del derecho común y a los principios generales del derecho, interpretar administrativamente los alcances de las disposiciones legales relativas a las materias que en esta ley se aborda. Lo está asimismo para dictar los reglamentos correspondientes.

En el marco de las actividades bursátiles, aparecen las «actuaciones de intermediación», que son efectuadas por determinadas entidades, legalmente autorizadas para ello. Así, el artículo 6° de la LMV, al señalar que se considera intermediación en el mercado de valores mobiliarios la realización habitual, por cuenta ajena, de operaciones de compra, venta, colocación, distribución, corretaje, comisión o negociación de valores. Asimismo, se considera intermediación las adquisiciones de valores que se efectúen por cuenta propia de manera habitual con el fin de colocarlos ulteriormente en el público y percibir un diferencial en el precio.

Por lo dicho, existe una particular normatividad que se dirige a reglar las actuaciones bursátiles de los «agentes de intermediación»; definiendo parámetros de sus operaciones, cuya contravención configura una infracción de orden administrada, sancionada según las disposiciones de la LMV, modificada por la Ley N° 27649 del 23 de enero del 2002. Ley esta última que incorpora el artículo 243°-B al CP. Por consiguiente, habremos de preguntarnos si es que resulta legítima la intervención del Derecho penal en este ámbito de las actividades bursátiles. Pregunta que habrá que contestar de forma afirmativa, en la medida que en dichas operaciones en Bolsa, pueden perfectamente presentarse conductas fraudulentas, que perjudican a los inversores.

Es de verse de la redacción normativa in examine, que el injusto penal no se sustenta materialmente en una infracción de naturaleza

administrativa, sino en los medios por los cuales se vale el agente para efectuar transacciones o inducir a la compra o venta de valores. Constituyen medios típicos del tipo penal de Estafa, que toman lugar en el mercado de valores; de modo, que la sustantividad de este delito cuenta con justificación suficiente, acorde con los principios de subsidiariedad y de *ultima ratio*.

En el presente caso estamos ante una manifestación de los delitos «Socio-económicos», cuya materialidad detenta un doble plano a saber: primero, un marco colectivo y, segundo, intereses individuales de orden patrimonial.

En la doctrina española, Ruiz Rodríguez, sostiene que la delincuencia relacionada con el tráfico mercantil y las personas jurídicas, pueden establecerse dos vías de incriminación. En primer lugar, incardinar entre los delitos patrimoniales aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos individuales, con independencia de que la realización de las mismas tenga lugar mediante el aprovechamiento de la estructura social. (...) En segundo término, mantener entre los delitos contra el orden socioeconómico aquellos que sean cometidos mediante la utilización de la estructura de la sociedad, que atenten contra bienes jurídicos de naturaleza colectiva, y bajo la específica rúbrica de «Delitos societarios»^[283].

A nuestro entender, la figura delictiva en cuestión, encierra una tutela penal dígase dual, tanto desde una perspectiva colectiva: el correcto funcionamiento de las actividades de intermediación bursátil, que se conecta con la normatividad de la LMV y, desde un plano individual: el patrimonio de los inversionistas y/o terceros.

En un marco general de los injustos que se cometen en el seno de las actividades ligadas al mercado de valores, patrón denominador

[283] Ruiz Rodríguez, L.R.; Protección Penal del Mercado de Valores, cit., p. 343.

es la lealtad en la administración del «patrimonio fideicometido»; la infracción de específicos deberes en menoscabo de los intereses patrimoniales de los titulares del patrimonio (comitentes). Así, Ruiz Rodríguez, al sostener que estas personas –físicas y jurídicas-, en su doble función de administradores de patrimonios ajenos y, en los casos que así sea, de gestores de patrimonios sociales, han de observar en el desenvolvimiento de su trabajo las reglas de la fidelidad y lealtad (...) ^[284]. Empero, la infracción del deber de lealtad no constituye baremo suficiente para sustentar la incriminación ^[285], pues debe agregarse ciertos elementos, que permitan dotar de materialidad al comportamiento prohibido, amén de justificar el merecimiento y necesidad de pena.

El artículo 171º de la LMV, dispone que los agentes de intermediación están obligados a realizar sus actividades con diligencia, lealtad e imparcialidad, otorgando siempre prioridad absoluta al interés de su comitente. Si existiese conflicto de intereses entre sus comitentes, el agente de intermediación debe mantener neutralidad.

2. TIPICIDAD OBJETIVA:

a. Sujeto activo

Como es de verse, la calidad de sujeto activo (autor) la puede tener cualquier persona, menos aquellos que cuentan legalmente con la autorización para operar como «agentes de intermediación», pues para poder estar incurso en esta figura delictiva, precisamente se debe actuar sin contar con la autorización correspondiente para efectuar transacciones en la compra o venta de valores. Si quien realiza la conducta es un agente de intermediación autorizado, el comportamiento será atípico.

^[284] Ruiz Rodríguez, L.R.; Protección Penal del Mercado de Valores, cit., p. 60.

^[285] Mas sí en lo que respecta a las contravenciones administrativas.

De la redacción normativa, se desprende dos formas para tener la calidad de autor: «El que por cuenta propia o ajena realiza o desempeña actividades propias de los agentes de intermediación». En el primer caso la imputación jurídico-penal recae directamente sobre la persona que realiza la actividad como agente de intermediación.

El artículo 167° de la LMV, establece que son agentes de intermediación las sociedades anónimas que, como sociedades agentes o sociedades intermediarias, se dedican a la intermediación de valores en el mercado. Acarrea responsabilidad penal el desempeño de actividades propias de los agentes de intermediación sin contar con autorización para ello, conforme al artículo 246° del código de la materia. Mientras que el artículo 185° (in fine), señala que la Sociedad agente es la sociedad anónima que, debidamente autorizada, se dedica fundamentalmente a realizar la intermediación de valores en uno o más mecanismos centralizados que operen en las Bolsas.

Según lo dicho, agente del delito será una sociedad anónima, que participa en operaciones de Bolsa sin contar con autorización (ilegalmente), por lo que al constituir una persona jurídica, la responsabilidad penal ha de recaer sobre las personas físicas que forman parte de sus órganos de representación, según lo dispuesto en la fórmula del «actuar en lugar de otro» del artículo 27° del CP; todos aquellos que tienen el dominio social típico, quienes toman las decisiones y formalmente, comprometen a la sociedad en determinados actos jurídico-obligacionales.

La posibilidad de ser autor, se extiende al que «por cuenta ajena realiza o desempeña actividades propias de los agentes de intermediación», en definitiva, ello implica una cláusula de extensión de punibilidad.

En la doctrina, hispana, se ha entendido que la expresión «actúe en su nombre», no es en realidad superflua, en lo que concierne a los delitos que atentan al «Sistema Crediticio»^[286], en lo que refiere a la

^[286] Perfectamente aplicable a la presente figura delictiva.

represión de quienes actúan a nombre de la persona jurídica, puesto que se trataría de castigar al deudor- o al administrador en los casos del artículo 31- cuando se valga de un *extraneus* para ocasionar la insolvencia o agravarla sin aparecer él como autor de la misma^[287]. Cuando el *intraneus*, emplea a un tercero no calificado, a efectos de que éste a su nombre ejecute algunos de los comportamientos que se ajustan a los términos de tipicidad penal estaríamos ante un caso de Inducción, puesto que el representante de la sociedad anónima, determina a un tercero que actúa de forma dolosa, para participar en actividades propias de los agentes de intermediación y, así verse beneficiado ilícitamente con los dividendos que puedan reportar dichas operaciones bursátiles, en detrimento del patrimonio de los inversionistas; puede aceptarse esta forma de participación en tanto el tercero no cualificado puede ser considerado autor, según la previsión in comento.

A partir de los criterios de interpretación esbozados, se obtienen cometidos de política criminal satisfactorios, que cierran de forma correcta, espacios de impunidad, al no haberse optado por una fórmula normativa en esencia formalista.

De todos modos, la fórmula del «actuar en nombre de otro», según la previsión legal prevista en el artículo 27° del CP peruano conserva un campo de aplicación cuando quien ejecuta alguna de las modalidades típicas, es una persona que actúa como un órgano de representación de la sociedad, por lo que si bien las cualidad de falso «agente de intermediación» han de verse en la representada (sociedad anónima), por tanto en ella recaen los elementos que fundamentan la penalidad del tipo legal, éstas se transmiten a sus representantes, quienes lógicamente tienen que haber actuado de forma típica y penalmente antijurídica.

^[287] Nieto Martín; Las insolvencias punibles en el nuevo Código penal; Citado por González Cussac, J.J.; Las insolvencias punibles en las Sociedades Mercantiles, cit., p. 100.

Complementariamente, a la cláusula del actuar en nombre de otro, también ha sido utilizada la «técnica del levantamiento del velo societario», de despojar a la persona jurídica de sus estructuras formales, para describir a los verdaderos autores de la comisión del injusto; quienes inclusive desde atrás, los denominados «hombres de paja», se valen de su anonimato para dirigir la realización de hechos punibles^[288]. Aunque debemos acotar, que según nuestro derecho positivo vigente, sólo a los administradores de derecho se les puede atribuir responsabilidad penal.

b. Sujeto pasivo

Si seguimos con corrección la sistemática propuesta a lo largo de los Delitos Económicos, sería el Estado, mas si el análisis se realiza con rigor, lo serán en realidad los inversionistas que se ven engañados con las acciones que realizan los falsos agentes de intermediación, según lo previsto en el artículo 6° de la LMV; siempre y cuando la decisión a invertir en bolsa sea producto de la maquinación fraudulenta del autor.

c. Modalidad típica

Primer punto a saber, es definir el ámbito de actuación de un agente de intermediación, de acorde a lo previsto en la LMV. El artículo 50° prevé que en las ofertas públicas de valores es obligatoria la intervención de un agente de intermediación, salvo en los casos contemplados en los artículos 63° y 127° y en la colocación primaria de certificados de participación de los fondos mutuos y los fondos de inversión. El artículo 127° dispone que cuando el mecanismo centralizado opere en una bolsa, es indispensable la intervención de una sociedad agente en la negociación de los valores. Cuando dichos mecanismos no operen

^[288] Así, Gonzalez Cussac, J.J.; Las insolvencias punibles en las Sociedades Mercantiles, cit., p. 104; Peña Cabrera Freyre, A.R.; Derecho Penal. Parte General, cit., ps. 250-253.

en bolsa, en la negociación de valores deberán intervenir los agentes de intermediación que señalen sus respectivos reglamentos. Mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, se podrá establecer los supuestos en los que las transacciones de valores realizadas por inversionistas institucionales no requieran del concurso de un agente de intermediación. Es decir, en ciertas transacciones de valores, no será necesario contar con la autorización respectiva, para participar en ciertas operaciones bursátiles.

El artículo 63º, por su parte señala que los emisores podrán colocar directamente los instrumentos de corto plazo que emitan mediante oferta pública. Asimismo, las empresas sujetas al control y supervisión de la Superintendencia pueden colocar directamente los valores no accionarios de su propia emisión cuando la Ley General lo autorice.

Segundo punto a saber, es que el agente debe actuar como agente de intermediación, «sin contar con la autorización correspondiente». El artículo 168º de la LMV, establece que para desempeñarse como agente de intermediación se requiere de la autorización de organización y de funcionamiento expedida por CONASEV, quien, mediante disposiciones de carácter general, determinará los requisitos para cada clase de agente de intermediación. Los agentes de intermediación están sujetos al control y la supervisión de CONASEV. El artículo 169º (in fine), prevé que el plazo de que dispone CONASEV para emitir la resolución de autorización de organización y funcionamiento, respectivamente, es de treinta (30) días a partir de la fecha de presentación de la solicitud. El mencionado plazo se extiende en tantos días como demore la sociedad petitionaria en absolver los requerimientos escritos que le formule CONASEV, por una sola vez, referidos al suministro de mayor información o a la adecuación de la solicitud a las normas establecidas para el efecto. Satisfechas las demandas a que se refiere el párrafo anterior, se reinicia el cómputo del plazo, pero CONASEV dispone en todo caso de no menos de siete (7) días para dictar la resolución correspondiente.

De la normatividad citada se colige que la autorización para actuar como agente de intermediación esta sujeto a un proceso de calificación, que puede resultar positivo o negativo. Quien desempeña las actividades de un agente de intermediación, estando en proceso de evaluación por la CONASEV su solicitud, estará incurso en el supuesto típico, pues no cuenta aún con la autorización correspondiente.

Según lo previsto en el artículo 170° de la LMV, la autorización de funcionamiento es indefinida y sólo puede ser suspendida o revocada por CONASEV como sanción por falta grave o muy grave en que incurra el agente de intermediación o por inactividad continuada a lo largo de más de seis (6) meses o por dejar de observar alguno de los requisitos necesarios para su funcionamiento. En consecuencia, si el funcionamiento del agente de intermediación es objeto de una suspensión o revocación por parte de la autoridad competente, si éste continúa desempeñando dichas funciones podrá ser pasible de cometer el injusto típico contenido en el artículo 243°-B del CP.

Tercer punto a saber, importa definir los medios comisivos que se vale el agente para cometer el comportamiento prohibido, en este caso vienen informados por: «medio de cualquier acto, práctica o mecanismo engañoso o fraudulento».

Se trata de aquellos mediados vedados que emplea el autor, para inducir yo/ o convencer a los inversionistas (comitentes), para que a su nombre efectúen la compraventa de valores en Bolsa. No olvidemos que el agente de intermediación es un gestor de intereses ajenos, cuya relación con sus comitentes se rigen por las reglas de la comisión mercantil y por lo establecido LMV. Importa el engaño, el fraude y/o ardid, mediando los cuales el agente maquilla la realidad de las cosas, para poder incidir en el proceso decisorio del sujeto inversor. Es decir, si el sujeto activo no realiza dicha maquinación fraudulenta, de seguro el comitente no hubiese aceptado la transacción bursátil.

Si la redacción normativa de la presente infracción delictiva, dispone que el sujeto activo debe actuar como un supuesto «agente de

intermediación», al no contar con la autorización de la CONASEV, quiere decir, que unos de los medios de engaño, será la de presentarse ante el inversionista asumiendo falsamente dicha calidad funcional. Cuando el comitente sabe perfectamente que el intermediario no cuenta con autorización para efectuar transacciones de valores bursátiles, el delito se habrá cometido, constituyendo la actuación del inversionista una participación delictiva a título de cómplice primario, pues la decisión a tomar por aquel no necesariamente debe emanar de un acto fraudulento, al haberse dispuesto en el tenor literal del tipo que puede ser resultado de «cualquier acto».

Los criterios de la teoría de la imputación objetiva, son perfectamente aplicables al presente caso, en el sentido de que el autor con su conducta debe generar un riesgo no permitido, de que la actuación fraudulenta haya sido la generadora de la decisión a invertir en Bolsa; en cuanto a una relación normativa. Para ello, debe valorarse ex -ante la aptitud y/o idoneidad de la conducta para poder configurar un estado de cosas que altere la verdad de los hechos. La inocuidad del acto y/o medio, en principio, ha de repercutir en una conducta desprovista de relevancia jurídico-penal. Empero, si la decisión del comitente se produjo en dichas circunstancias, no determina que la conducta sea atípica; como se sostuvo, el sujeto activo puede valerse de cualquier medio, para lograr que el inversor acepte efectuar transacciones en el mercado de valores. Cabiendo agregar que el sujeto pasivo no es directamente el comitente, sino el Estado^[289].

Es la práctica bursátil, el último supuesto descrito, resulta de difícil concreción, por la sencilla razón de que un inversionista (comitente), no estará dispuesto a arriesgar su capital, sabiendo que la transacción

^[289] Es en este aspecto donde advertimos una distinción con el delito de Estada, en este caso, la no generación de un engaño lo suficiente para provocar un error en la mente del sujeto pasivo, incide en una causal de atipicidad penal. Lo que se tutela en este injusto penal es estrictamente el patrimonio de los individuos.

de valores sea ilegítima, por ende, susceptible de que sus efectos sean inválidos. El artículo 178° de la LMV, dispone que las pólizas que otorguen los agentes de intermediación constituyen prueba fehaciente de la legitimidad de la realización de las transacciones de valores y tienen carácter de comprobantes sustentatorios de los pagos efectuados por transferencia de valores; mientras que el artículo 179° (in fine), establece que los agentes de intermediación están facultados para, por conducto de sus representantes autorizados, certificar la autenticidad de las transferencias de valores en que hayan intervenido. Dicho documento es suficiente para que se extienda el asiento de transferencia en el correspondiente libro del emisor y/o para registrarla en la institución de compensación y liquidación de valores, cuando el valor se encuentre representado por anotaciones en cuenta.

Por otro lado, debe indicarse que en realidad el agente de intermediación está participando en una transacción bursátil a nombre del comitente, en mérito de la cual obtendrá una comisión por su intervención. De ahí, que el artículo 176° de la LMV, haya establecido que los agentes de intermediación deberán abstenerse de ejecutar las órdenes de sus comitentes cuando tengan conocimiento de que se formulan con el objeto de promover falsas condiciones de oferta o demanda, promover oscilaciones artificiales en los precios o que se trate de operaciones simuladas, comunicando tales hechos, dentro del día siguiente, a CONASEV y a la bolsa o entidad responsable del mecanismo centralizado.

Es la intervención directa del agente de intermediación en la operación bursátil, lo que ha motivado que el legislador, dirija la prohibición normativa sobre dicha actuación.

Los medios fraudulentos si van aparejados con la presentación de documentos falsificados, puede dar lugar a un Concurso Real de delitos con el injusto de Falsedad Material; si la decisión del inversor obedece a una actitud amenazante del agente, estará incurso en este supuesto delictivo en concurso en el delito de Coacciones y, si hay violencia física de por medio, con el delito de Lesiones.

Ahora bien, el legislador ha condicionado el merecimiento y necesidad de pena a la cuantificación patrimonial de la transacción bursátil; se dice en la norma, que los valores involucrados en tales actuaciones ilegales, deben tener en conjunto un valor de mercado superior a cuatro (4) UIT.

Es un referente de política criminal, la división cuantitativa entre el delito y la falta, pues suponemos que cuando los valores no superen los S./ 14,200.00 nuevos soles, la conducta ha de ser calificada como una contravención administrativa. De esta forma, se propone una orientación racional de la respuesta punitiva, al someter el comportamiento disvalioso a un filtro de valoración

La persecución penal de esta modalidad delictiva requiere previamente de una pericia de valoración bursátil, pues la Justicia Penal sólo será competente cuando el valor de las transacciones sea superior a 4 UIT.

En cuanto a las reglas del procedimiento administrativo sancionador, el artículo 342° de la LMV, prevé que son sujetos pasibles de sanción las personas comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley, que incurran en infracciones a las disposiciones de la misma y a las disposiciones de carácter general dictadas por CONASEV. La facultad de CONASEV para determinar la existencia de infracciones prescribe a los tres (3) años.

Al margen de la delimitación cuantitativa entre el injusto penal y la infracción administrativa, es de verse que en el presente caso, podría imponerse a la vez una sanción penal y una sanción de orden administrativa, al no vulnerarse el principio del *non bis in idem*. Para que pueda verse vulnerado dicho principio debe concurrir una triple identidad: del sujeto, de los hechos y del bien jurídico tutelado. En sede penal el interés jurídico tutelado es diverso al que se protege en sede administrativa; mientras que en la esfera de la Administración se tutela únicamente el deber de lealtad y diligencia de los agentes de intermediación, en sede penal lo que se protege es la legitimidad de la

actuación de los agentes en el mercado bursátil^[290]. Otro dato a saber, es que la sanción administrativa que imponga CONASEV recae directamente sobre la persona jurídica, en tanto la pena sólo puede tener como destinatarios a las personas físicas que asumen la conducción de los órganos de representación de la empresa.

El artículo 347° dispone que las sanciones administrativas que el órgano de control imponga son independientes de la responsabilidad de naturaleza civil o penal que se derive de las infracciones de la presente ley y sus normas reglamentarias. Los infractores estarán obligados a indemnizar por los daños y perjuicios que hubieren causado con sus actos u omisiones y responder penalmente por dichos actos en caso hubieren actuado con dolo, de conformidad con las normas del Código Penal.

3. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

La perfección delictiva de la figura en cuestión, se alcanza cuando el agente logra actuar como agente de intermediación en Bolsa, efectuando transacciones y/o induciendo a la compra o venta de valores a terceros (comitentes); de modo que la consumación requiere de un acto concreto de operación bursátil, vgr., vendiendo valores o comprando acciones. Todos los actos anteriores que se ejecuten para suscribir la transacción bursátil, serán constitutivos de un delito tentado, dependiendo de su grado de peligrosidad objetiva para con el bien jurídico tutelado.

No se necesita verificar resultados perjudiciales en el acervo patrimonial de un tercero o del comitente para dar por consumado el delito, pues para ello, basta que se efectúe la transacción bursátil.

La sola presentación como agente de intermediación del sujeto activo, ante una sociedad inversora, no configura el tipo penal en examen.

^[290] Vide, al respecto, Peña Cabrera Freyre, A.R.; Exégesis al nuevo Código Procesal Penal, T. I, cit., ps. 109-110.

El bien jurídico tutelado es de orden supraindividual, por lo que prima la funcionalidad de un orden sistémico (bolsa de valores), como esfera gravitante en el desarrollo del sistema económico.

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

El delito es reprimible únicamente a título de dolo; conciencia y voluntad de realización típica; el actor actúa como agente de intermediación en transacciones bursátiles, sabiendo que no está autorizado para ello. Si es que el sujeto yerra sobre la autorización, en el sentido de creer equivocadamente que la sola presentación de la solicitud lo autoriza para actuar como tal, ha de ser resuelto según la fórmula del Error de Tipo.

No resulta indispensable que se haya de acreditar la presencia de un elemento subjetivo de naturaleza trascendente, suficiente con el dolo (eventual).

TITULO X DELITOS CONTRA EL ORDEN FINANCIERO Y MONETARIO

CAPITULO I DELITOS FINANCIEROS

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El Orden Económico puede ser concebido como macro-sistema, en el cual se comprende una serie de sub-sistemas, uno de ellos contenido por el Orden «Financiero y Monetario». Si en el marco de los primeros delitos glosados en la anterior titulación, aparecían injustos penales que por definición atacan los principios fundamentales de una ECS (bien jurídico supraindividual) así como intereses difusos (consumidores), en el presente título han sido sistematizados aquellos comportamientos prohibidos que afectan gravemente el normal desenvolvimiento del «Orden Financiero», como un ámbito específico, donde se desarrollan aquellas actividades (crediticias, bancarias, etc.), indispensables para el despegue socio-económico del país.

La relevancia del Sistema Financiero viene informada por su estrecha vinculación con las actividades económicas que se reportan en nuestra sociedad. La posibilidad de obtener un crédito, importa la factibilidad de que ejecuten inversiones, proyectos inmobiliarios, pistas, carreteras, colegios, etc. No podemos hablar de inyección de capital

sin que de por medio este una entidad bancaria y/o financiera; hacer viables un determinado negocio requiere muchas veces de una intervención bancaria o financiera, a través de los diversos instrumentos bancarios que ofertan dichas entidades al público consumidor. Como explica Montoya Alberti, el crédito es la herramienta fundamental de la actividad empresarial. El comercio crece en la medida que el empresario cuente con recursos para incrementar sus actividades^[291].

De ahí, que el Estado este en la obligación de reglar este tipo de actividades, como una vía de ordenar su actuación, fijar sus operaciones, mediando una serie de dispositivos legales que determinan ciertas incidencias en las prácticas bancarias y financieras. El encaje legal, las reservas, el manejo de las divisas, manifiestan un complejo universo, cuya perturbación, distorsión y disfunción puede provocar graves estragos al Orden Financiero, no solo pensado desde un plano sistémico sino también en desmedro de los ahorristas, inversores, etc.

El artículo 87° de la Constitución Política, dispone que el Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía. La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones ejerce el control de las empresas bancarias, de seguros, de administración de fondos de pensiones, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley. La ley establece la organización y la autonomía funcional de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. El Poder Ejecutivo designa al Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones por el plazo correspondiente a su período constitucional. El Congreso lo ratifica.

^[291] Montoya Alberti, H.; Protección del ahorro y del crédito. En: La Constitución Comentada, T. I, cit., P. 1073.

Es indudable que el fomento del ahorro como política se centrará en la mejor tasa de interés y en la seguridad del reembolso del dinero depositado en forma inmediata^[292].

Dicho lo anterior, no basta con que se sancionen normatividades destinadas a regular el funcionamiento de las entidades bancarias y financieras, a través de disposiciones administrativas y circulares, por medio de la Superintendencia de Banca y Seguros, sino que resulta necesaria la intervención del Derecho penal, amén de prevenir y reprimir los ataques antijurídicos que se cometen en el interior de dichas instituciones. Es de recibo que la informalidad de cunde en nuestro país, no es ajeno a las actividades crediticias, pues es sabido que años atrás, entidades ilegales operaban en el Perú sin contar con la autorización correspondiente. Empresas que manejaban ingentes sumas de dinero; capitales que no fueron recuperados por sus titulares, pues al construir una especie de colocación piramidal y, al ofrecer intereses sumamente altos a sus ahorristas, habrían de colapsar. Lógicamente, incluido los malos manejos, favoreciendo económicamente sus directores, gestores, administradores, etc., en menoscabo de los miles de ahorristas que colocaron sus ahorros de toda la vida.

No sólo ello, la banca formal es objeto también de administraciones fraudulentas, proporcionando información falsa, a fin de obtener créditos u otro tipo de financiación u, aprobando créditos, descuentos u otros financiamientos por encima de los límites fijados por la Ley de la materia. Así también, quienes operan en el mercado financiero, sin haber efectuado las provisiones específicas, reparten dividendos o distribuyen utilidades.

Suponen, entonces, una serie de conductas disvaliosas que vienen aparejadas con una suficiente lesividad, para ser merecedores y necesitados de pena; no cualquier tipo de conductas, sólo las que revelen un plus de sustantividad suficiente.

^[292] Montoya Alberti, H.; Protección del Ahorro y del crédito, cit., p. 1072.

Por definición, los sistemas financieros se conforman por las instituciones financieras prestadoras de los respectivos servicios y por las autoridades gubernamentales que la regulan y ejercen control sobre ellas y sobre la actividad financiera en general. Como es apenas inherente a su naturaleza, su principal labor esta en la de proveer los recursos necesarios para que la economía de un país pueda evolucionar.

En el Perú en los últimos años, la decisión política de los gobiernos de turno ha estado encaminada hacia la reforma del sistema financiero con el objetivo de fortalecerlo, lograr contar con un sistema eficiente y mejorar la capacidad de los recursos en la economía. Como bien lo señala MORRIS, *“la transformación del país hacia una economía abierta de libre mercado no era posible en un contexto donde el sistema financiero estuviera sobreprotegido, mal supervisado y sujeto a una serie de controles de tipo económico, que impedían la asignación eficiente de recursos y desincentivaban el ahorro financiero”*^[293]. Desde finales de la década de 1990 hasta inicios del año 2000, las principales reformas del sistema financiero comprendió las siguientes medidas: (i) promulgación de una nueva Ley de Bancos, Instituciones Financieras y de Seguros, (ii) liberalización total de las tasas de interés, (iii) liberalización del mercado cambiario; (iv) establecimiento de una política más racional para el otorgamiento del crédito del Banco Central tanto en términos de montos como de precios; (v) reducción de los encajes; (vi) reestructuración de los intermediarios financieros estatales; (vii) eliminación de los impuestos a la intermediación; (viii) promulgación de una nueva Ley del Mercado de Valores; y (ix) promulgación de la Ley del Sistema Privado de Pensiones.^[294]

^[293] Morris, Felipe. 2003. La Reforma del Sistema Financiero. Instituto Peruano de Economía., cit., p. 3.

^[294] Morris, Felipe. 2003. La Reforma del Sistema Financiero, cit., p. 4-5. Para su implementación, este conjunto de reformas contó con el apoyo técnico y financiero de los organismos multilaterales, en particular del Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial. Estas dos instituciones, conscientes de la importancia de los cambios que debían realizarse,

Asimismo, a partir del año 2000 hasta la fecha, el Perú cuenta con muchos actores que han promovido una serie de iniciativas en entrenamiento y comunicación, a pesar de las especificidades del mercado local^[295]. El sector financiero peruano es extremadamente concentrado y conservador, pero ha demostrado una gran apertura hacia la adopción de nuevas tecnologías y acuerdos de cooperación comercial^[296]; en el 2004 el país fue sede de seis eventos que contribuyeron de manera evidente, a aumentar el perfil de las finanzas sostenibles, y en el 2008 ha sido sede de importantes reuniones como la APEC.

Es por ello que podemos sostener que en nuestro país se ha comprendido la existencia de una elevada correlación entre el desarrollo del sistema financiero y el desarrollo económico de un país puesto que se afirma que a mayor desarrollo financiero se promueve un mayor desarrollo económico; todo ello es posible a través de la sanción de políticas-estatales, orientados a regular un marco de seguridad jurídica, propicio para la promoción de las actividades bancarias y financieras. En este contexto, la calidad normativa es un elemento clave para el

introdujeron muchas de las medidas dentro del conjunto de condiciones de distintos créditos que acordaron con el gobierno peruano, incluyendo créditos sectoriales financieros, a lo largo de la década. Asimismo, dichos préstamos ayudaron al gobierno a paliar los efectos iniciales de las reformas, incluyendo a aquellos vinculados a la liquidación de empresas del sistema financiero insolventes, y a financiar estudios para diseñar programas tales como el de privatización de bancos, reestructuración de COFIDE, liquidación de la banca de fomento y fortalecimiento institucional del los entes supervisores.

^[295] Queda atrás la trasnochada idea de la estatización de las entidades bancarias casi a fines de la década de los ochenta, que felizmente no se llegó a concretar; si bien el Estado puede intervenir en el mercado bancario, a partir de actividades estrictamente empresariales, no es menos cierto que dichas actividades han de ser manejadas preferentemente por privados, lo cual permite el ingreso de mayores capitales, de mayor inversión y a la par de crecimiento económico.

^[296] Szauer, María Teresa. 2007. Finanzas sostenibles en América Latina. Venezuela: Corporación Andina de Fomento, 2007, cit., p 16.

desarrollo de los sistemas financieros en general, y de los mercados en particular, y la eficiencia de su funcionamiento.

Si tenemos en cuenta la relevancia del sistema financiero para el desarrollo del país, habrá que preguntarnos si la política criminal peruana guarda un rol importante en estos temas y cual es la justificación de sancionar como delitos a determinadas conductas que pudiesen practicarse en el sistema financiero. Al respecto, la Constitución Política de 1979 se caracterizó por adoptar un régimen económico de economía mixta de planificación concertada bajo la ideología de una política de justicia social. Según esta orientación, *"El Estado formula la política económica y social mediante planes de desarrollo que regulan la actividad de los demás sectores (Art. 111°)"*. Con ello, se trata de convivir con las reglas de mercado y los principios de democracia. Una mixtura, cuyos planos filosóficos, ideológicos y políticos, configuran un libre mercado, mas con las propiedades inherentes a una Economía Social de Mercado. La captación de inversión privada así como la colocación de capitales en las actividades económicas, pero con Justicia Social, es lo que debe aspirarse en el Perú, si es que se pretende lograr un crecimiento significativo en los próximos años, generando más puestos de trabajo y reduciendo las tasas de pobreza.

Ante este régimen bipolar, se incorporó nuevos objetos de protección jurídica, dentro de los cuales la tipificación penal no estuvo aislada. En tal sentido, el Código Penal de 1991 prescribió como delitos un conjunto de conductas que lesionaban el orden económico asumido por la Constitución de 1979. Entre estos, encontramos a los delitos contra el orden financiero, los cuales según la doctrina nacional protegen el bien jurídico *"sistema crediticio"*.

Luego, con la promulgación de la Constitución de 1993, se precisa en el artículo 58° que *"La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura"*.

Con la nueva Carta Magna, la orientación principal de la intervención estatal se direcciona hacia la promoción del desarrollo de políticas y servicios públicos dejando amplia libertad a la iniciativa privada. Reduciéndose el papel del Estado, a un rol promotor, subsidiario y complementario en el mercado.

En lo que corresponde a la tipificación penal de los delitos financieros estos se han mantenido, sufriendo algunas modificaciones en los años de 1996, 2003 y 2006, es decir, a diferencia de los denominados «delitos convencionales», donde el movimiento político criminal ha sido incesante e irrefrenable.

Como se ha sostenido líneas atrás, es indiscutible la importancia del sistema financiero para el país, pero en la simple lógica podría ser cuestionable si es que se debe sancionar con una medida penal a quien afecte la estabilidad del sistema crediticio o se deben aplicar sanciones económicas que busquen compensar el daño generado por quien pone en peligro las posibilidades de desarrollo económico. Dicho en otros términos: *si la intervención del Derecho penal, en mérito a sus efectos disuasivos, tiene legitimidad de incidir en dicho ámbito de la económica, según los principios limitadores del ius puniendi estatal.*

Al respecto, en la doctrina se ha discutido en realidad poco. En dicho estado de la cuestión, tenemos dos alternativas de solución: a) mantémos el sistema de sanciones penales actualmente existente, asumiendo que es la forma más eficiente de actuación estatal o, b) proponemos una regulación encaminada hacia las sanciones económicas que permitan reparar la afectación económica sufrida. En ambos casos encontramos dificultades, como por ejemplo, el preguntarnos si la afectación al sistema crediticio hace necesario que la última medida de intervención estatal sea aplicada (en este caso el Derecho penal como *ultima ratio*); y en el supuesto de sanción económica, habría que precisar cuál es el mecanismo para lograr efectivizar la reparación del sistema.

En puridad nos inclinamos por la segunda opción, precisamente por las implicancias que despliega la norma jurídico-penal. Primero, en

lo que respecta a la norma de sanción, que genera efectos disuasorios en los potenciales agentes del delito (prevención general negativa), con la amenaza de una pena privativa de libertad, sanción que es ajena al Derecho administrativo sancionador; segundo, la imposición de una sanción se realiza en acto público, lo cual supone un mensaje a toda la ciudadanía, motivando a la abstención conductiva y, tercero, el Proceso penal no sólo tiene que ver con la pena, sino que el juzgador deberá aparejarla con una Reparación Civil, cuya naturaleza es esencia indemnizatoria. Finalmente, la entidad material de estos comportamientos determinan la legitimidad de la represión penal, desde la visión del bien jurídico, que se propone en la presente capitulación.

En este marco, el sistema bancario tiene como funciones principales las de garantizar los medios de pago a la economía en las mejores condiciones de estabilidad, fomentar la formación del ahorro y facilitar su óptima canalización hacia donde dichos recursos sean más necesarios^[297]. Por ello, es evidente que los poderes públicos no pueden mantenerse al margen de una faceta de tanta significación para el conjunto del sistema económico y de hecho, desde sus orígenes, han intervenido incesantemente, con diversa intensidad y eficacia, en su configuración.

Efectivamente, intereses tanto públicos como privados, tales como la protección del ahorro, la protección de la clientela, la tutela de la confianza como elemento esencial para el tráfico económico, la relación del sistema crediticio con el sistema monetario y la política económica en general, son argumentos que justifican la intervención estatal, los mismos que son constantemente utilizados por la doctrina y por los legisladores para calificar de necesaria y legítima la intervención de la administración pública en el sector bancario.^[298] El sistema bancario

^[297] Pérez de Armiñán, G. 1989. Poder político, sistema financiero y marco jurídico. R.D.B.B., cit., p. 114

^[298] Sequeira, Adolfo. 2008. La contratación bancaria. España: Dykinson, cit., p. 49.

implica necesariamente un largo elenco de potestades en favor de la administración pública, existiendo un amplio consenso respecto al reconocimiento de la conveniencia de tal intervención, de manera que la cuestión no es, “intervención sí” o “intervención no” sino “*intervención hasta dónde*”. En otras palabras, la problemática no es, pues, su existencia sino la determinación de su extensión y alcance.^[299] Según SEVARES, “*la necesidad de regulación de los sistemas financieros es particularmente importante en los países emergentes y en transición porque allí los intermediarios y los mercados carecen de un número de elementos estabilizadores que son centrales para la forma en que funcionan los sistemas bancarios en los países industriales avanzados. Para STIGLITZ (1999), en la crisis asiática el problema no fue la excesiva intervención del estado sino la falta de intervención gubernamental, la subvaloración por el gobierno de la importancia de la regulación financiera. La intervención gubernamental, considera el autor, es fundamental para garantizar la solidez del sistema financiero, y ésta lo es para movilizar el ahorro y asignar eficientemente el capital*”^[300].

El derecho público intenta fundamentalmente controlar el comportamiento de las entidades de crédito, imponiéndoles un sistema de normas legislativas y reglamentarias con el fin de limitar sus márgenes de discrecionalidad en el desarrollo de su actividad de intermediación indirecta en el crédito. Asimismo, el régimen sancionador de los incumplimientos de la disciplina bancaria, tanto para las entidades de crédito como para sus directivos es otra manifestación muy relevante de dicha intervención pública, ya que puede llegar incluso a la expulsión misma del sistema financiero mediante la revocación de la autorización y la consiguiente liquidación y disolución de la entidad; así como en ámbito penal con la sanción de los administradores y gerentes de las referidas entidades.

^[299] Sequeira, Adolfo. 2008. La contratación bancaria., cit., p. 53.

^[300] Sevares, Julio. 2000. Riesgo y regulación en el mercado financiero internacional. Argentina: CLACSO., cit., p. 20.

La decisión de optar por la penalización de los ilícitos financieros en vez de aprovechar el instrumental alternativo del ordenamiento jurídico, tales como los mecanismos de responsabilidad civil y el derecho administrativo sancionador, se justifica muchas veces en lo inadecuado de estos mecanismos, para prevenir y contener esta clase de comportamientos disvaliosos, según el principio de *ultima ratio*.

Se afirma, a partir de estudios de análisis económico del derecho, que dado, que el delincuente económico busca siempre maximizar sus propios beneficios económicos hay que optar por el derecho penal para que quede claro para la sociedad y el infractor "*que el crimen no paga*".^[301] Este modelo, requiere por parte de la administración, permanente y fluido acceso a la información de las entidades reguladas, las cuales, si bien según los principios del Acuerdo de Basilea tienen una mayor autonomía en el control de sus riesgos y de sus niveles de gestión están sujetos a la intensa supervisión por parte de las autoridades^[302].

Lo dicho puede resumirse en la fórmula del «costo-beneficio», en el sentido de que el agente de medir los dividendos económicos que le reporta la conducta antijurídica, con los costes que le supondrán la sanción que haya de recaer finalmente sobre su patrimonio personal y empresarial. Se habla, por tanto de un «delincuente racional», que en el ámbito de los Delitos Financieros encaja perfectamente, tal como lo

^[301] Vide al respecto, Cuesta Aguado, Mercedes. 2005. Sociedad en riesgo y derecho penal. Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa. Lima., cit., p. 170.

^[302] El mayor rigor normativo al que están expuestas las entidades financieras respecto a otras empresas, sobre todo en el contexto de la supervisión prudencial y preventiva, el amplio abanico de disposiciones normativas al que están sujetos, sin equivalencia en otros sectores, unido a su alta complejidad, hacen de la regulación financiera, una regulación especial. El marcado rigor normativo centrado principalmente en la solvencia y el control de riesgos de estas entidades se asienta, entre otros, en dos pilares básicos: la potencia fragilidad de estas entidades unidas a sus potentes externalidades y el importante efecto impulsor de la actividad económica que puede generar estas empresas.

señalamos en el apartado referido a la persecución penal de los Delitos Económicos. Incidir en el aparato punitivo estatal es una mecanismo indispensable e insustituible, si es que en realidad se quiere combatir estos comportamientos «socialmente negativos». Empero, el Derecho penal sólo ha de obtener un eficaz rendimiento si es que las normas que contienen los delitos son impuestos de forma efectiva, de no ser así, se degrada a una promoción puramente «simbólica».

En lo particular, somos de la posición que la justificación principal de penalizar estos comportamientos está en base a la puesta en riegos de "*fondos del público*", es decir; de aquellas personas que depositan su confianza en las entidades financieras para que su capital sea adecuadamente administrado. Lo que aún no es claro, es si es correcto justificar la intervención penal en todo el sistema financiero o en algunos supuestos como las actividades propias del sistema crediticio.

La posición político criminal de nuestro país, que se ha plasmado en el derecho positivo vigente, a tomado como conveniente sancionar determinados comportamientos que por lo general se practican en las instituciones que realizan actividades bancarias, como lo es la emisión de créditos.

En las líneas siguientes desarrollaremos las características de cada uno de los delitos que comprenden el Capítulo I, del Título X del Código Penal; precisando en muchos aspectos precisiones más reales que estrictamente académicas, con lo cual se busca mostrar al lector una combinación del aspecto teórico con el plano económico.

Análisis dogmático concatenado con la formulación político criminal, así como la visión criminológica, que es también importante en la presente discusión.

2. BIEN JURÍDICO TUTELADO

Para identificar el contenido material del bien jurídico en los delitos financieros resulta importante definir las funciones que despliega

el sistema financiero en un Estado de Derecho puesto que ello permitirá deslindar el objeto de protección de los delitos que se encuentran glosados en el "Capítulo I" del "Título X" del cuerpo punitivo.

Si bien es cierto que un reconocido sector de la doctrina considera como objeto de protección es el "sistema crediticio"; no debe dejarse de tener en cuenta, que esta concepción corresponde a una perspectiva macro social del bien jurídico tutelado, puesto que también es necesario referirnos a los intereses jurídicos individuales que son en realidad los directamente afectados al cometerse las conductas tipificadas en el texto literal del artículo 244°. A ello cabe agregar la necesidad de respetar la exigencia de legalidad por parte del sistema financiero.

Asimismo, es importante dejar en claro que al referirnos a la protección del «Sistema Crediticio» no existe en principio confusión cuando, se menciona el objeto de tutela en los delitos contra la Confianza y la Buena Fe en los Negocios (artículo 209° y ss.) puesto que en este caso se trata del deudor que no asume sus obligaciones frente a sus acreedores, en el marco de los procedimientos concursales; y en el caso de los delitos financieros la mención al sistema crediticio se basa en la afectación de las actividades ejercidas por las entidades del sector financiero, de banca y seguros que recaudan fondos del público, es decir, toman lugar comportamientos que se gestan en el aparato bancario y/o financiero, que tienen por afectados a sus clientes (inversionistas). Aunque debe advertirse también una consideración supra-individual, -del bien objeto de tutela-, al estar inserto en el Sistema Económico.

En tal sentido, se advierte que la buena marcha y/o correcto funcionamiento del sistema financiero de conformidad con la normatividad vigente resulta un motor indispensable para el desarrollo socio-económico de una determinada Nación; la captación del crédito por parte de los particulares, constituye la fuente principal de la creación productiva de las empresas. Es decir, cuando una entidad financiera realiza alguna de las conductas que el legislador ha glosado en la pre-

sente titulación no solamente se ven perjudicados los créditos, fondos e inversiones de los usuarios del sistema, sino también se defrauda la seguridad del tráfico bancario y financiero.

Dicho lo anterior, podemos precisar que el bien jurídico tutelado en los delitos financieros tiene tres dimensiones de protección claramente identificables, las cuales son las siguientes:

a. La protección del "sistema crediticio"^[303]

Desde una perspectiva del derecho nacional, la definición de "sistema crediticio" conforma al conjunto de instituciones de crédito que operan en el país. Este criterio institucional, nos permite afirmar que el referido sistema se encuentra conformado tanto por normas jurídico-administrativas que disciplinan y controlan a dichas entidades, su organización interna y su actividad, y otra, parte "operativa", conformada por normas jurídico-privadas que regulan los aspectos contractuales celebrados entre las mismas y sus clientes^[304].

La importancia del sistema crediticio, reposa en que sirven de soporte fundamental a cualquier economía moderna. No puede concebirse la vida económica de un país sin el apoyo de las actividades crediticias, ya que éstas posibilitan o facilitan en gran medida, diversas operaciones o transacciones entre personas físicas, empresas pequeñas, medianas, grandes, transnacionales, e inclusive entre países es por ello la necesidad de regular su buen funcionamiento; como vehículos que permiten el flujo de capital entre los particulares y con el Estado.

El ejercicio en masa de las operaciones crediticias, crea una comunidad de intereses cuya tutela trasciende los límites de la acción

^[303] Las entidades de crédito abarcan todas las entidades que capten ahorro "tanto en forma de depósitos como bajo otras formas tales como la emisión continua de obligaciones y otros títulos comparables y en conceder créditos por cuenta propia.

^[304] Sequeira, Adolfo. 2008. La contratación bancaria. cit., p. 48.

individual y tiende a conformarse como tutela de un interés colectivo y de orden público, y de ahí la intervención del Estado que dicta normas regulando la actividad del sistema crediticio. Este fenómeno implica desde el punto de vista penal la existencia de un interés de sociedad por la protección del sistema crediticio.^[305]

Las entidades de crédito desempeñan una serie de tareas cruciales; su solvencia y su eficacia se han llegado a considerar como un bien público que hay que proteger debido a que sus desajustes afectan decisivamente al buen funcionamiento de los mercados financieros y reales. Sin embargo, las entidades de crédito son propensas a desarreglos, a desajustes y/o disfunciones producto de los malos manejos de sus administradores, gerentes, etc.

En primer lugar, su negocio es el riesgo (riesgo de solvencia, riesgo de liquidez, riesgo de interés, riesgo de cambio) y si se equivocan, este riesgo que ha sido asumido, puede convertirse en una crisis bancaria de envergadura. En segundo lugar, estas entidades, por su relativa concentración, pueden asumir funciones cuasi monopolísticas en los mercados en perjuicio de su clientela; al aprovechar su posición dominante en el mercado, ofertan tasas de interés desventajosas para el público consumidor.

En consecuencia y a pesar de que suponga una reducción de sus libertades tanto de actuación como de organización, es conveniente corregir sendos tipos de desajustes, mediando los medios de control sociales formales, que el ordenamiento jurídico a reglado al respecto.

b. El correcto manejo de los fondos e inversiones de los usuarios del sistema

Las entidades financieras tienen una especial relevancia por los grandes volúmenes de capital que manejan, producto en su mayoría,

^[305] Ver al respecto, Carrillo Flores, Fernando y Pinzón Sánchez, Jorge. 1985. Sector financiero y delincuencia económica. Bogotá., cit., p. 209.

de los depósitos que pequeños o grandes inversionistas y/o ahorristas efectivizan en las diversas instituciones bancarias. Esta situación genera la necesidad de que las instituciones de crédito, así como las operaciones que realizan sean protegidas legalmente, inclusive con la norma más enérgica del sistema jurídico nacional, que constituye la «norma penal».

Si tenemos en cuenta que parte de la política económica y financiera del Perú y de todos los países en general viene a ser el incentivo y la promoción del ahorro. Entonces, es necesario entender los alcances del mismo: en un primer momento, desde un punto de vista económico privado, el ahorro es un "no gasto" de una parte de la renta monetaria obtenida por el sujeto. Desde la perspectiva macroeconómica, el ahorro está constituido por el volumen de bienes y servicios que no han sido destruidos por el proceso general del consumo. El ahorro, pues, se mide en unidades monetarias, pero, como no debe identificarse con el atesoramiento, o el consumo diferido, está destinado a ser invertido en bienes y servicios en interés de la comunidad. Se destina a la financiación de la inversión, de una forma directa, adquiriendo, por ejemplo, valores u otra clase de bienes, o indirecta, situándolo, por ejemplo, en una cuenta de ahorro de un banco. En cuanto el dinero ahorrado se invierte en bienes o servicios no consumibles, materializándose, por ejemplo, en títulos-valores representativos de la inversión, se transforma en bienes concretos, constituyendo el conjunto de éstos el concepto jurídico de patrimonio.^[306] Es por ello, que frente a este esfuerzo realizado por los sujetos que confían su capital en las entidades financieras, es obliga-

^[306] Ver al respecto, Monedero Gil, Francisco. 1980. Una lección del derecho europeo: la protección del ahorro. En: Revista española de financiación y contabilidad. Madrid. Vol. X, N° 33., cit., p., 140; El ahorro se produce de forma voluntaria, pudiendo representar un auténtico sacrificio, si la renta del sujeto es baja, por lo que, a veces, muchos no están dispuestos a ahorrar. Siendo el ahorro una necesidad para la comunidad o sociedad en la que está inserto un sujeto determinado, pues un país en el que no se ahorre no podrá nunca mejorar su situación.

ción del Estado garantizar que sus depósitos e inversiones no se vean perjudicados por malas prácticas implementando para ello normas de carácter administrativas y sancionadoras, que pueden tomar lugar a través de una pena privativa de libertad.

Con lo anterior, queremos destacar que las instituciones como los bancos financian una proporción significativa de los préstamos que conceden por medio de los depósitos del público, lo que puede considerarse como la principal explicación de la fragilidad del sector bancario y la justificación de su regulación. Así también, los bancos prestan servicios únicos (liquidez y medios de pago) al público en general. Sin embargo, el público no posee los medios necesarios para evaluar la seguridad y la solidez de las instituciones financieras.

Por otra parte, los bancos privados (los bancos comerciales) suministran un bien público (el acceso a un sistema de pago seguro y eficiente). Estas dos razones, la protección de los depositantes y la seguridad y la eficiencia del sistema de pago, han justificado tradicionalmente la intervención pública en las actividades bancarias^[307].

Si bien las entidades que operan con los fondos del público, son en su mayoría corporaciones privadas, no es menos cierto que las diversas operaciones que se efectúan a tener como clientes a los ciudadanos, el Estado tiene el deber de cautelar la intangibilidad de dichos fondos, procurando la sanción de una especial normatividad. Es decir, no rige de forma lata el principio de «libertad contractual», al subyacer un interés digno de tutela estatal.

A nuestro entender, desde un enfoque funcional, la intención de la norma penal es sancionar: “*las operaciones con exceso de riesgo en la utilización crediticia*” como consecuencia de una extralimitación de facultades de los administradores de éstos fondos, poniendo con ello

^[307] Azabache La Torre, Pedro. 2005. Aproximando la importancia del riesgo cambiario crediticio en sistemas bancarios parcialmente dolarizados. Documentos de trabajo. Ministerio de Economía y Finanzas. Lima., cit., p. 8.

en peligro el destino de activos económicos^[308], sancionando aquellas conductas que llevan insita un riesgo no permitido, es decir, la realización de ciertas operaciones bancarias que no están permitidas según la ley de la materia. Al respecto, la doctrina se ha pronunciado señalando que una “operación arriesgada” punible tiene lugar cuando, por la manera de ejecutarse: en contra de las reglas sobre una buena administración, se corre un peligro de pérdida máxima. De esta forma, sólo se clasificarían como operaciones arriesgadas aquéllas claramente punibles. En consecuencia únicamente se perseguiría al agente que invirtiese o gestionase el patrimonio de otro “jugándose”^[309]. Pero hasta llegar a ese extremo existe una zona de incertidumbre en donde el ilícito es posible y que es preciso controlar, siempre y cuando se cuente con los mecanismos suficientes para controlar dicho foco de riesgo.

En realidad son muy pocos los casos en que una operación económica de alto riesgo no encuentre un argumento que la justifique. En consecuencia, según la magnitud del riesgo se distingue entre “operaciones económicas de riesgo” y “operaciones económicas normales”. Ejemplo de estas malas prácticas son las instituciones bancarias en pirámide, como la instaurada en nuestro país en los años 80 del siglo pasado (CLAE). Esta institución recibía depósitos de dinero y al cabo de un mes devolvía el doble (una tasa de interés muy por encima de la otorgada en el mercado bancario), el problema que se generó es que creó tanta expectativa que muchos ciudadanos retiraron sus depósitos de otras entidades financieras para colocarlas en esta institución y que con el paso del tiempo esta estructura explotó al no poder responder a las obligaciones contraídas con los usuarios y ante la imposibilidad de garantizar la permanencia de los fondos, perjudicando con ello

[308] Vide, Eiranova Encinas, Emilio. 2004. La Responsabilidad penal por las operaciones económicas de alto riesgo. España: Dykinson, cit., p. 18.

[309] Eiranova Encinas, Emilio. 2004. La Responsabilidad penal por las operaciones económicas de alto riesgo. cit., p., 24.

tanto a los ahorristas e inversionistas como a la imagen de seguridad económica del Perú^[310].

c. La legalidad del sistema financiero

Esta referido a que la legislación en materia financiera, establece cuales son los requisitos y obligaciones legales que deben cumplir las instituciones del sistema con relación a la ejecución de transacciones de crédito, descuentos o financiamientos; quiere decir, que determinadas operaciones bancarias se encuentran condicionadas a ciertos presupuestos (encaje) así como el reconocimiento legal de dichas instituciones.

En tal sentido, el quebrantamiento de estas normas imperativas, que tienen como consecuencia inmediata, crear incertidumbre en el destino de los fondos e inversiones del público y además generar una situación de riesgo país negativa, ha sido legislada en nuestra regulación penal como merecedora de una consecuencia sancionadora, puesto que el sujeto activo desatiende la comunicación que la normas del sector financiero da a conocer a cada institución del sistema.

Esta regulación consiste en la elaboración de las normas que han de cumplir o por las que se han de regir las actividades desarrolladas por las entidades y los mercados de un sistema financiero, pudiéndose justificar por la complejidad del sistema financiero y por su importancia para la economía en general. De recibo, lo delicado de dichas actividades, determina que el Estado, a partir de sus entes reguladores, fiscalice de forma permanente la actuación de la Banca.

^[310] En la pirámide cada persona que invierte dinero debe traer a otras y así sucesivamente de manera que los que entran nuevos pagan la rentabilidad de los anteriores. Pero tal como lo explica la Comisión de valores de Estados Unidos, el sistema es insostenible: si se inicia una pirámide de seis participantes que tienen la misión de reclutar a otros seis y así sucesivamente, en el nivel 11 sería necesario haber reclutado a un número superior a la población de EE.UU. y en el nivel 13 la población necesaria sería superior a la del mundo entero. Es decir, una pirámide no tiene viabilidad matemática.

El orden legal se constituye en objeto de tutela del derecho, particularmente del derecho punitivo, dado el interés que representa para el Estado su conservación y correcto funcionamiento. Ciertamente, resulta de singular importancia para la administración que el sistema financiero establecido por la Constitución y la Ley se desenvuelvan en condiciones de normalidad, sin alteraciones, buscando asegurar la prestación de servicios de que de él dependen. Por ello, el legislador, en ejercicio de sus competencias constitucionales y como desarrollo de una política criminal moderna, ha elevado a la categoría de delitos una serie de conductas que considera lesivas al sistema bancario y financiero.

Complementando las diversas dimensiones de protección en los delitos financieros, podemos señalar que la supervisión o control del sistema consiste en la vigilancia del cumplimiento de las normas. Podemos justificar la actividad supervisora ejercida sobre las entidades de crediticias desde un punto de vista macroeconómico y desde un punto de vista microeconómico: a) Desde una perspectiva macroeconómica, al tener las entidades de crédito un papel preponderante como intermediarias en el sistema financiero, se hace necesario su control con el fin de alcanzar su estabilidad y para evitar situaciones con efectos perjudiciales en el sistema y, por ende, en la economía en general; y, b) Desde un punto de vista microeconómico se persigue fundamentalmente la protección del inversor o depositante, situado en una posición de desventaja frente a la entidad.

Sobre lo anotado, en la doctrina nacional, BRAMONT-ARIAS y GARCÍA CANTIZANO, se han pronunciado precisando que se ocasionan en estos casos un daño, no sólo económico, sino también moral, que será incluso más grave que aquél, ante la frecuente impunidad de tales hechos, donde tiene lugar una verdadera burla a la ley. Como contrapartida se produce un fácil enriquecimiento de las personas que realizan los hechos tipificados en la ley, lo cual va a desanimar al ciudadano correcto^[311].

^[311] Bramont-Arias Torres, Luís Alberto y García Cantizano, María del Carmen. 2000. Manual de Derecho Penal. Parte Especial, cit., p. 449.

Dicho en otros términos: la necesidad de tutela penal ha de verse desde un plano sistémico, en cuanto al correcto funcionamiento del orden financiero, como apéndice fundamental del Sistema Económico e, individual, en lo que refiere a la protección de los ahorristas e inversionistas, quienes depositan sus dineros, con la confianza de que no pierdan su poder adquisitivo así como el íntegro de su capital.

CONCENTRACION CREDITICIA

“El director, gerente, administrador, representante legal, miembro del consejo de administración, miembro de comité de crédito o funcionario de una institución bancaria, financiera u otra que opere con fondos del público que, directa o indirectamente, a sabiendas, apruebe créditos, descuentos u otros financiamientos por encima de los límites operativos establecidos en la ley de la materia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

En caso de que los créditos, descuentos u otros financiamientos a que se refiere el párrafo anterior sean otorgados a favor de directores o trabajadores de la institución, o de personas vinculadas a accionistas de la propia institución conforme a los criterios de vinculación normados por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, el autor será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si como consecuencia de la aprobación de las operaciones señaladas en los párrafos anteriores, la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos

de Pensiones resuelve la intervención o liquidación de la institución, el autor será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Los beneficiarios de las operaciones señaladas en el presente artículo, que hayan participado en el delito, serán reprimidos con la misma pena que corresponde al autor”.

1. TIPICIDAD OBJETIVA:

a. Sujeto activo

Según la descripción típica del artículo 244° del Código Penal, el sujeto activo del delito “concentración crediticia” debe guardar una calidad especial para ser considerado por la norma penal, el calificativo exigido es que tenga las funciones de director, gerente, administrador, representante legal, miembro del consejo de administración, miembro de comité de crédito o funcionario de una institución bancaria, financiera u otra que opere con fondos del público; de forma que hemos de catalogarlo como un delito «especial propio», se requiere por tanto, que el autor cuente con alguna de las condiciones que se detallan en el articulado, de manera que los particulares solo pueden ser penalizados a título de partícipes. No obstante, el último párrafo de la referida norma sustantiva precisa que son sancionables los beneficiarios de las operaciones crediticias, es decir, los clientes, cuyo comportamiento se ajusta a la de un «cómplice primario»; que según el artículo 25° del CP, recibe la misma pena que el autor. Empero, en un orden jurídico-penal donde imperan los principios de proporcionalidad y de culpabilidad, supone que el cómplice ha de recibir una pena mitigada en relación con el autor; en el presente caso, se acude a una mayor penalización, en base a un mayor ejercicio de los fines de prevención general negativa.

La norma penal involucra en un primer nivel a las personas que mantienen vínculos de administración o representación de las enti-

dades crediticias, quienes que por teoría empresarial tienen deberes de diligencia, lealtad e información frente a los usuarios y clientes del sistema, así como a la propia institución a la cual es parte. El fundamento de la penalización radica en la situación privilegiada del sujeto activo y su atentado contra el sistema financiero, lo cual amerita un tipo de sanción^[312]. En un segundo nivel, pero sin desmerecer una responsabilidad distinta o atenuada, se nombran a los favorecidos por la mala utilización del sistema crediticio, con lo cual la norma sanciona tanto a quien ejecuta los actos como al que se aprovecha del mismo, quienes forman parte del tinglado comercial, mejor dicho de la concertación criminal.

El mensaje normativo recalca directamente sobre la persona natural, por lo que no resulta necesario la aplicación de la fórmula del Actuar en lugar de otro, regulada en el artículo 27° del CP.

b. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo viene a ser la sociedad, que involucra a todos los interesados en las operaciones de crédito, incluyendo al Estado como organización política, debido a los serios inconvenientes que la mala praxis en este sector pudiese generar para el desarrollo del país; de modo que el primero adquiere dicha condición de forma mediata y, el segundo de los mencionados, de forma inmediata.

Así podemos afirmar que la falta de transparencia y la inseguridad jurídica del sistema crediticio, generan incertidumbre sobre el futuro de las inversiones, lo que contribuye a la reducción de la inversión y por ende de las posibilidades de desarrollo.

Desde un análisis financiero podemos precisar que cuanto más concentración crediticia existe hacia una determinada empresa (sea natural o jurídica), mayor es el riesgo que se esta asumiendo, por ello

^[312] Vide al respecto; Carrillo Flores, Fernando y Pinzón Sánchez, Jorge. 1985. Sector financiero y delincuencia económica., cit., p. 212.

la ley de la materia establece el porcentaje máximo del patrimonio de una institución financiera puede prestarse, con el fin de precautelar el funcionamiento del sistema financiero. Este riesgo, por lo tanto, da lugar a la pérdida crediticia que se traduce en dinero no reembolsado en plazos y condiciones pactadas por los prestatarios y, gastos incurridos por la entidad al intentar recuperarlo.

c. Modalidad típica

El tipo penal exige para estos casos que el sujeto activo *"apruebe créditos, descuentos u otros financiamientos por encima de los límites operativos establecidos en la ley de la materia"*.

Como sabemos, en el ámbito financiero se realizan diariamente millones de transacciones, de la más diversa índole, lo cual es el común denominador del sector, pero si embargo, para la legislación nacional, estas conductas adquieren la condición de ilícitas cuando se burla las limitaciones establecidas por ley (Ley General del Sistema Financiero), las cuales no están encaminadas a interferir en las relaciones económicas, sino que buscan prevenir fallas que el propio sistema podría generar.

El comportamiento típico importa una aptitud de menoscabo económico del patrimonio ajeno, es decir, de los fondos depositados por los clientes de la entidad bancaria. De allí que podamos afirmar que la relevancia de este delito se representa en la posibilidad de quebranto o perjuicio patrimonial, que pueda resultar de la realización de la conducta típica; por tales motivos, hemos de convenir que se trata de un delito de peligro, pues para dar por acreditada su consumación, no es necesario que se revele la producción de un resultado lesivo, en cuanto a una merma en la reserva patrimonial de la entidad financiera. Lo que es objeto de valoración por la norma penal, es el disvalor del comportamiento, en cuanto a la aprobación de créditos, descuentos u otros financiamientos por encima de los límites operativos establecidos en la ley de la materia; el acento recae sobre una conducta que genera un riesgo no permitido, de aptitud e idoneidad de lesión al bien jurídico tutelado.

El objeto del Estado al legislar penalmente, la «Concentración Crediticia» esta impulsada por la necesidad de controlar este riesgo crediticio y garantizar que los beneficiarios de créditos, descuentos u otra operación no se aprovechen de fondos ajenos y que puedan, en consonancia con lo que establece la ley, acceder a una transacción y cumplir con sus propias obligaciones de cara a futuro. En todo caso, que la entidad bancaria no termine desprovista de fondos suficientes para poder cumplir con sus obligaciones jurídico-bancarias.

En ese sentido, los administradores y representantes de las entidades financieras están en la obligación de realizar un riguroso análisis del riesgo asumido al momento de otorgar por ejemplo un crédito o descuento, puesto que tienen que tener en cuenta lo establecido por ley además de las exigencias de la normatividad interna de cada institución.

En el caso del Derecho penal, interesan las primeras, puesto que las demás establecen sus propios mecanismos de acción o dígase de regulación. Esto permite conocer qué tan alto puede ser su endeudamiento del solicitante dadas sus condiciones y las condiciones del mercado en el que está solicitando su crédito. También le muestran cuáles podrían ser los escenarios futuros, tanto los optimistas como los pesimistas, de poner en vitrina la verdadera situación financiera de la empresa bancaria, en aras de que los consumidores puedan optar por la elección más ventajosa a sus intereses.

2. FIGURA AGRAVADA

El artículo 244° del Código Penal, describe dos supuestos de hechos que son calificados con una penalidad mayor al tipo base; estos son los siguientes:

- a. **Cuando los créditos, descuentos u otros financiamientos son otorgados a favor de directores o trabajadores de la institución, o de personas vinculadas a accionistas de la propia institución conforme a los criterios de vinculación normados por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.**

En el supuesto descrito normativamente, existe un claro abuso de las relaciones existentes entre el beneficiario y la institución financiera, el aprovechamiento de su posición; también descansa en la mayor facilidad o desprotección del bien jurídico en el marco de estas relaciones. Se sanciona por lo tanto, el abuso de una posición en sentido estricto, la asunción de una posición de dominio, de quien debe cautelar que los créditos, descuentos u otras operaciones bancarias sean concedidas a las personas calificadas para ello. De forma, que cuando el financiamiento es otorgado a favor de directores o trabajadores de la institución, se configura una incompatibilidad de intereses, pues aquellos al laborar en el seno de la entidad bancaria, dejan de ser «sujetos de crédito», a fin de evitar cualquier tipo de favorecimiento ileal e imparcial, de un trato beneficioso, que precisamente la norma jurídico-penal castiga con mayor severidad. Inclusive, se extiende la calidad del beneficiario del crédito, a otras personas que sin estar directamente vinculados con la entidad bancaria, cuentan con ciertas relaciones que los une con los accionistas, según lo establecido en las normas reguladas por la SBS. Con ello, se pretende cerrar todo círculo, que permita tutelar eficazmente el bien jurídico protegido.

Los beneficiarios del crédito, descuento u otras operación bancaria, intervienen en la comisión del delito a título de «cómplices primarios», al contribuir de forma positiva e imprescindible, para que el autor pueda cometer el delito. Sin embargo, el legislador, por razones de política criminal, ha optado por normar taxativamente la intervención del partícipe, cuando resulta suficiente con remitirse a las disposiciones de la Parte General, con el objetivo de asegurar una identidad penológica con respecto al autor.

La perfección delictiva ha de tomar lugar del mismo modo que el comportamiento básico, pues la distinción ha de encontrarse únicamente en el destinatario del crédito, descuento u otra operación bancaria.

- b. Cuando como consecuencia de la aprobación de las operaciones señaladas en los párrafos anteriores, la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones resuelve la intervención o liquidación de la institución**

En este segundo supuesto, la maniobra delictiva puede generar la extinción de la entidad financiera con lo cual el perjuicio sería irrecuperable. Esta es la razón que justifica el mayor reproche penal frente a este supuesto. La justificación “oficial” de la regulación de la banca es la necesidad de proporcionar a los bancos de una “red de seguridad” para proteger a los depositantes del riesgo de quiebra de su banco; así como por las externalidades negativas que pueden tener las crisis sobre el resto de la economía; aparece en definitiva una mayor *situación de disvalor del injusto típico*, pues se toma dato una consecuencia lesiva producto de la realización de la conducta típica –que genera el riesgo no permitido-. Es decir, se agrega un plus de antijuridicidad material, que el legislador toma en consideración para agravar considerablemente la pena.

Las quiebras bancarias pueden ser muy costosas, especialmente para los que financian el banco en quiebra (como los depositantes, los accionistas y otros bancos) y, en menor medida, para los prestatarios que han establecido una estrecha relación con el banco en quiebra. Además, la quiebra (estado de insolvencia) de un banco puede impactar sobre la posición financiera de otros bancos y poner en peligro la solidez del sistema bancario.

Por otra parte, la quiebra de un banco puede dañar temporalmente el sistema de pagos, ya que podría reconsiderarse la finalidad de los pagos gestionados por el banco en quiebra antes de que cayera en dicha situación económica-comercial. Consecuentemente, las justificaciones “oficiales” de las reglamentaciones sobre la solvencia de los bancos (hechas por las propias autoridades encargadas de regularlos), a saber, la protección del público (esencialmente de los depositantes) y la seguridad del sistema de pagos, parece *prima facie* bastante razonables^[313].

[313] Azabache La Torre, Pedro. 2005. Aproximando la importancia del riesgo cambiario crediticio en sistemas bancarios parcialmente dolarizados., cit., p. 8.

Conforme a la regulación de esta hipótesis agravada, su consumación se alcanza cuando el agente realiza la operación crediticia por encima de los límites operativos fijados en la ley y, como consecuencia de dicha acción, se toma la decisión administrativa de intervenir o liquidar la institución. Antes de que acontezca la intervención, podríamos estar ante un delito tentado, cuando el órgano competente inicia una investigación, ante la presencia de irregularidades; por tales motivos, ha de convenirse que la intervención administrativa debe ser consecuencia directa de la conducta descrita por el agente, según lo previsto en el primer párrafo y, no por otras consecuencias y/o factores concomitantes que puedan surgir, de no ser así, estaríamos aplicando un nexo de causalidad, incompatible con las variables que operan en la moderna teoría de la «Imputación Objetiva».

3. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

Es un delito esencialmente doloso, así lo precisa la norma comentada cuando hace uso normativamente el término: “*a sabiendas*”, con lo cual se exige la plena conciencia y voluntad para la realización del comportamiento típico, en lo que respecta al dolo directo; elemento en definición que no excluye el dolo eventual, pues a nuestro entender dicha variante del dolo implica “*conocimiento del riesgo típico*”, lo cual está perfectamente contenido en la frase acogida por el precepto en cuestión.

El conocimiento del agente ha de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, así también en el caso de las agravantes; v.gr., si el agente no sabe que el destinatario del crédito es el director del banco, habrá actuado con error sobre dicha circunstancia, por lo que su conducta debe ser penalizada según el tipo base.

En el caso del supuesto agravado contenido en el tercer párrafo, la intervención de la SBS, o la liquidación de la empresa bancaria, no tiene nada que ver con el dolo del autor, al tratarse de un acontecimiento que se ubica en el *disvalor del resultado*.

OCULTAMIENTO, OMISIÓN O FALSEDAD DE INFORMACIÓN

“El que ejerce funciones de administración o representación de una institución bancaria, financiera u otra que opere con fondos del público, que con el propósito de ocultar situaciones de liquidez o insolvencia de la institución, omita o niegue proporcionar información o proporcione datos falsos a las autoridades de control y regulación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.”

1. MOTIVO DE INCRIMINACIÓN

En el sistema financiero uno de los aspectos más importantes de su estabilidad y desarrollo viene a ser la transparencia de la información y las actividades que las entidades del sector realizan, cuando ello no sucede se genera un clima de incertidumbre y desconfianza que repercute negativamente en la economía del país y en las posibilidades de su desarrollo. No olvidemos que estas entidades trabajan, operan con fondos públicos, con capitales que colocan los inversionistas, de forma que los clientes deben saber con exactitud la verdadera situación económica-financiera de estas instituciones para tomar la mejor decisión; por otra parte, las acciones de dichas corporaciones pueden ser

colocadas en bolsa de valores, cuya cotización dependerá en definitiva de los reportes de su situación contable-financiera.

Como sabemos, las entidades financieras asumen obligaciones ya sea con sus clientes, los acreedores, los proveedores de bienes y servicios, así como las instituciones comerciales y sociales que revistan algún interés con las actividades de la entidad del sector. Es por ello, la necesidad de informar o hacer público la situación real de las entidades del sector financiero a fin de que los sujetos interesados tengan conocimiento de los riesgos y posibilidades existentes en el sistema y asuman las medidas pertinentes que les permitan prever cualquier inconveniente a presentarse, si es que tienen la intención de realizar algún tipo de transacción.

Desde un enfoque de responsabilidad corporativa, se exige la descripción del conjunto de procesos de las actividades financieras conformada por la contabilidad financiera, la presentación de información financiera y la auditoría externa mediante los cuales las entidades cumplen con sus obligaciones legales de informar a las terceras partes acerca de su situación y desempeño financieros. La adhesión de este a altos estándares de contabilidad, presentación de información financiera y de auditoría, es esencial para el crecimiento económico de un país, en tanto ello:

- a) Mejora el clima de negocios, haciéndolo más propicio para la inversión nacional y extranjera;
- b) Posibilita que el acceso a la financiación sea más sencillo para las empresas locales, especialmente para las pequeñas y medianas;
- c) Favorece la integración de las empresas nacionales a la economía mundial mediante el alineamiento de sus normas y prácticas con aquellas de los principales socios de comercio e inversión del país;
- d) Reduce los riesgos de crisis en el sector financiero y reduce sus consecuencias; y

- e) Contribuye a salvaguardar los sistemas de fondos de pensiones, mejorando su capacidad de invertir en un espectro más amplio de empresas.

Frente a esta realidad, el legislador peruano ha visto como conveniente sancionar penalmente los comportamientos de ocultamiento, omisión o falsedad de la información sobre la situación de liquidez o insolvencia de las entidades financieras. La medida estatal esta encaminada a incorporar mecanismos legales que prohíban las prácticas perjudiciales en el sector.

Si queremos desentrañar el objeto de tutela penal, sería la «veracidad de la información económica-financiera de las entidades bancarias», que éstas hayan de reflejar la verdadera situación de dichos aspectos; pues la falsedad de su contenido puede repercutir negativamente en los intereses patrimoniales de los ahorristas, inversionistas y otros que tengan interés en colocar sus capitales en dichas instituciones. Mas con ello decimos muy poco, bajo el entendido que la información económica-financiera tiene también incidencia en un plano regulativo-estatal, pues precisamente dicha información determina ciertas consecuencias jurídica, cuando por ejemplo el banco se encuentra en un estado de insolvencia. Así lo dice el tipo penal, cuando señala que la información o los datos falsos deben ser proporcionados a las autoridades de control y regulación.

Debemos distinguir este injusto penal, con aquellos ilícitos que defraudan el erario público; con ello queremos decir, que cuando la información se refiera a los estados contables de la empresa y el organismo regulador sea la SUNAT, la tipificación ha de inclinarse por los llamados «delitos tributarios».

2. TIPICIDAD OBJETIVA:

a. Sujeto activo

De la descripción literal del tipo penal, se desprende que el sujeto activo del delito debe cumplir con una característica espe-

cial, en este caso de ser: *“El que ejerce funciones de administración o representación de una institución bancaria, financiera u otra que opere con fondos del público”*; constituyendo por tanto un delito «especial propio», basado en las tareas específicas que desarrolla el agente del delito.

Esta exigencia para adquirir la condición de autor –a efectos penales–, resulta plenamente justificable, puesto que en los representantes o administradores de las entidades financieras recae la responsabilidad de informar a las autoridades de control o regulación sobre la situación de la institución de la cual son parte y través del cual brindan un servicio al público. Ellos asumen un rol de garantía, con respecto a los órganos de control, que por asunción de dichas funciones, han de responder penalmente por las falsedades que puedan revelarse de la información proporcionada.

Dicha administración si bien debe entenderse desde un aspecto formal, no es menos cierto que las imperfecciones que pueda tener el título de representación, no es impedimento para la asunción de responsabilidad penal.

Todos aquellos que colaboren en la realización de esta modalidad del injusto; v.gr., el contador en la elaboración de la información, ha de ser calificada su intervención a título de partícipe.

Podría darse una co-autoría, en el caso de que la administración y/o representación recaiga sobre dos personas; donde la decisión es compartida por ambos agentes.

b. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo viene a ser la sociedad conformada por todos los interesados en las actividades de la entidad financiera; empero dicha cualidad ha de verse en el Estado, que a través de los diversos estamentos públicos, ejerce el control y supervisión de las entidades bancarias y financieras.

c. Modalidad típica

La modalidad típica consiste en: «ocultar las situaciones de liquidez o insolvencia de la institución así como omitir o negarse a proporcionar información o proporcionar datos falsos a las autoridades de control y regulación». Conocer sobre ello es muy importante, puesto que la liquidez representa la situación de los activos para ser convertidos en dinero efectivo de forma inmediata sin pérdida significativa de su valor. De tal manera que cuanto más fácil es convertir un activo en dinero más líquido se dice que es^[314].

En el caso de la solvencia, ésta se puede entender como la capacidad financiera y patrimonial de la entidad para cumplir oportunamente con sus compromisos; por lo tanto, la «insolvencia», aquel estado financiero-económico deficitario que impide a la empresa el cumplimiento de sus obligaciones. Como sabemos, las entidades financieras capitalizados tienen una mayor capacidad de hacer frente a las perturbaciones de balance, para garantizar el normal funcionamiento de los mismos y evitar la insolvencia.

Para las entidades financieras, la insolvencia viene a ser el resultado de los serios problemas de liquidez atribuidos, principalmente, a la concesión de créditos a empresas con problemas en su capacidad de pago y a las constantes prórrogas, renovaciones y refinanciamientos, en la que la entidad financiera no fue capaz de generar los fondos suficientes para hacer frente de manera oportuna a sus necesidades operativas y a sus obligaciones, derivándose con ello, en un problema de carácter estructural.

^[314] A título de ejemplo un activo muy líquido es un depósito en un banco que su titular en cualquier momento puede acudir a su entidad y retirar el mismo o incluso también puede hacerlo a través de un cajero automático. Por el contrario un bien o activo poco líquido puede ser un inmueble en el que desde que se decide venderlo o transformarlo en dinero hasta que efectivamente se obtiene el dinero por su venta puede haber transcurrido un tiempo prolongado.

En este contexto, NACIONES UNIDAS recomienda “que las situaciones de insolvencia deben abordarse y resolverse de forma ordenada, rápida y eficiente con miras a evitar una perturbación indebida de las actividades empresariales del deudor y para reducir al mínimo el costo del procedimiento. Con una administración oportuna y eficiente se contribuirá a la realización del objetivo de obtener el máximo valor de los bienes, mientras que la imparcialidad apoyará el cumplimiento del objetivo de otorgar un trato equitativo. Debe estudiarse todo el proceso detenidamente a fin de lograr la máxima eficiencia sin sacrificar la flexibilidad. Al mismo tiempo, habría que procurar liquidar las empresas inviables e ineficientes y salvar las empresas eficientes y potencialmente viables”.^[315] En tal sentido, la solución rápida y ordenada de las dificultades financieras de un deudor puede verse facilitada por un régimen de la insolvencia que prevea un fácil acceso al procedimiento de insolvencia aplicando criterios claros y objetivos, así como medios adecuados para identificar, reunir, conservar y recuperar bienes que deban utilizarse para el pago de las deudas y obligaciones del deudor; que facilite la participación del deudor y de sus acreedores con un mínimo de retraso y de gastos, que ofrezca una estructura apropiada para la supervisión y administración del procedimiento (incluidos los profesionales y las instituciones participantes); y que proporcione al final una resolución efectiva de las obligaciones y responsabilidades financieras del deudor.^[316]

Asimismo, contar con información veraz, real y oportuna, permite a las instituciones del sector celebrar operaciones financieras más sanas y adecuadas a sus necesidades, evitando conflictos y potenciales pérdidas económicas; facilitan las actividades de regulación, supervi-

^[315] Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 2006. Guía administrativa sobre régimen de insolvencia, cit. p. 16.

^[316] Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 2006, cit., p. 16.

sión y vigilancia; y para el mercado, la información está asociada a la competitividad, vigilancia y presión que pueden ejercer los diferentes participantes: accionistas, acreedores, depositantes, consumidores, etc. En tal sentido, en las operaciones financieras: *"tener información falsa o engañosa es peor que no tener información"*.

Ante esta realidad, cuando se produce ocultamiento, omisión o falsificación de información a las autoridades de control y/o regulación, la legislación penal peruana ha previsto sancionar a los responsables de estas decisiones con la finalidad de proteger el sistema financiero y lograr con ello una mayor eficiencia en sus actividades.

¿Por qué motivos puede resultar altamente dañino que las entidades financieras y/o bancarias oculten su real estado económico?, por la sencilla razón de que su estado aparente de solvencia, les permite seguir operando con los fondos del público. Si la SBS, toma información suficiente, de que cierta entidad bancaria está atravesando por una grave crisis de liquidez, su destino será la intervención así como su liquidez en el Sistema Bancario y Financiero. A su vez, los posibles clientes (ahorristas, inversionistas, etc.), pueden ver en riesgo la colocación de capitales en dichas instituciones; de forma que se pone en peligro la credibilidad misma del sistema, lo cual resulta perjudicial para el desarrollo económico de una Nación.

Conductas como las descritas en este articulado, suponen un alto grado de disvalor, que el legislador, como es de verse de la penalidad aplicable.

Se hace referencia a dos modalidades, primero de *«ocultar las situaciones de liquidez o insolvencia de la institución»*; mediando este supuesto del injusto, el agente presenta una información adulterada, falseando ciertos datos a efectos de esconder una situación de liquidez o insolvencia. Para ello, habrá de consignar información falsa en los documentos que proporciona los organismos reguladores competentes, idóneos para acreditar un estado de solvencia y liquidez de la entidad bancaria.

La segunda modalidad supone: «omitir o negarse a proporcionar información o proporcionar datos falsos a las autoridades de control y regulación». En esencia toma lugar una conducta negativa, de no proporcionar a la Administración, determinada información, que hace alusión a la situación económica-financiera de la empresa; es decir, el agente deliberadamente no entrega al organismo regulador, datos que son importantes para contrastar la buena marcha de la entidad.

En el caso de «negarse a proporcionar información», implica una conducta omisiva, pues el agente no hace lo que la administración le exige hacer. Dicha modalidad requiere previamente de un requerimiento formal por parte de la Administración, en el sentido de que le entregue cierta documentación; asimismo, que transcurrido un plazo perentorio, el requerido no cumpla con entregar la información. Si la información la entrega, pero incompleta, omitiendo ciertos datos, se dará la modalidad del injusto precitada.

3. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

Según se aprecia en la descripción típica del artículo en cuestión, al referirse “...con el propósito de ocultar situaciones de liquidez o insolvencia de la institución...”, se precisa que para el cumplimiento del tipo penal debe concurrir no solo el dolo (conciencia y voluntad de realización típica), sino también un elemento subjetivo del injusto de naturaleza trascendente, definido por el propósito ulterior que guía la conducta antijurídica del agente.

Si requiere necesariamente del elemento subjetivo del injusto, puesto que de no existir el “propósito de actuación”, simplemente estaremos ante una conducta sancionable administrativamente pero no en el ámbito penal.

Como sabemos, las entidades del sector financieros están obligadas a proporcionar a las autoridades de fiscalización y control la información que por ley le es exigida, entre ellas sus estados contables de liquidez y su situación legal en los casos de insolvencia. Cuando los

responsables o representantes de las organizaciones financieras conociendo esta obligación la incumplen, no informando o presentando información falsa, entonces son sujetos sancionables puesto que con pleno conocimiento actúan contrario a las normas imperativas, siempre que su objetivo sea aquel que se encuentra contenido en la redacción normativa del artículo 245° del CP.

4. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

El supuesto delictivo adquiere perfección delictiva, cuando el agente realiza la conducta delictiva prevista en la redacción normativa, es decir, cuando omite o niega proporcionar información o proporcione datos falsos a las autoridades de control y regulación; se trata por tanto de un delito de mera actividad.

Los actos anteriores a la consumación del tipo no pueden ser alcanzados con una pena, no son propiamente un delito de tentado, sino mas bien conductas únicamente pasibles de constituir una infracción de orden administrativo.

INSTITUCIONES FINANCIERAS ILEGALES

“El que, por cuenta propia o ajena, se dedica directa o indirectamente a la captación habitual de recursos del público, bajo la forma de depósito, mutuo o cualquier modalidad, sin contar con permiso de la autoridad competente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa.

Si para dichos fines el agente hace uso de los medios de comunicación social, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa.”

1. FUNDAMENTO DE LA INCRIMINACIÓN

Las instituciones financieras pueden ser definidas como aquellas autorizadas a operar al amparo de las leyes especiales que regulan estos negocios. Para ello, estas instituciones están en la obligación de cumplir con los mandatos legales de inscripción, solicitud de licencia, registro, entre otros. Estos requisitos operan como una salvaguarda para los clientes y la propia industria financiera.

La legislación aplicable exige niveles mínimos de capital y la obtención de una fianza para poder operar, entre otros requisitos. La experiencia en muchos de los casos de personas que operan sin licencia o sin estar debidamente autorizadas ha sido que los clientes que utilizan los servicios resultan perjudicados por actos abusivos o ilegales.

Una entidad que opera con fondos públicos no puede estar desprovista de control jurídico-estatal, todo lo contrario, lo delicado de su función requiere de una vigilia permanente por parte de las autoridades competentes. De modo, que su ingreso al Sistema Bancario y Financiero, debe suponer una rigurosa evaluación por parte de los órganos predisuestos, de que cuente con los estándares suficientes para poder garantizar la seguridad de los fondos que capte a través de sus potenciales clientes.

En nuestro país, a la Ley N° 26702 (Ley del sistema financiero y del sistema de seguros y orgánica de la Superintendencia de Banca y seguros) precisa en su artículo 11° que: *“Toda persona que opere bajo el marco de la presente ley requiere de autorización previa de la Superintendencia de acuerdo con las normas establecidas en la presente ley...”*^[317]. Agrega además, que aquélla que carezca de esta autorización, se encuentra prohibida de:

1. Dedicarse al giro propio de las empresas del sistema financiero, y en especial, a captar o recibir en forma habitual dinero de terceros, en depósito, mutuo o cualquier otra forma, y colocar

^[317] El artículo 12° de la Ley 26702, prescribe que: “las empresas deben constituirse bajo la forma de sociedad anónima, salvo aquéllas cuya naturaleza no lo permita. Para iniciar sus operaciones, sus organizadores deben recabar previamente de la Superintendencia, las autorizaciones de organización y funcionamiento, ciñéndose al procedimiento que dicte la misma con carácter general.

Tratándose de las empresas que soliciten su transformación, conversión, fusión o escisión, éstas deberán solicitar las autorizaciones de organización y de funcionamiento respecto del nuevo tipo de actividad”.

habitualmente tales recursos en forma de créditos, inversión o de habilitación de fondos, bajo cualquier modalidad contractual.

2. Dedicarse al giro propio de las empresas del sistema de seguros y, en especial, otorgar por cuenta propia coberturas de seguro así como intermediar en la contratación de seguros para empresas de seguros del país o del extranjero; y otras actividades complementarias a éstas.
3. Efectuar anuncios o publicaciones en los que se afirme o sugiera que practica operaciones y servicios que le están prohibidos conforme a los numerales anteriores.
4. Usar en su razón social, en formularios y en general en cualquier medio, términos que induzcan a pensar que su actividad comprende operaciones que sólo pueden realizarse con autorización de la Superintendencia y bajo su fiscalización, conforme a lo previsto en el artículo 87 de la Constitución Política.

Asimismo, el referido artículo señala que se presume que una persona natural o jurídica incurre en infracción cuando, no teniendo autorización de la Superintendencia, cuenta con un local en el que, de cualquier manera:

- a. Se invite al público a entregar dinero bajo cualquier título, o a conceder créditos o financiamientos dinerarios; o
- b. Se invite al público a contratar coberturas de seguros, directa o indirectamente, o se invite a las empresas de seguros del país o del exterior a aceptar su intermediación; y
- c. En general, se haga publicidad por cualquier medio con los indicados propósitos.

Las infracciones descritas en el artículo 11º, tiene como consecuencia, las sanciones tipificadas en el artículo 246º del Código Penal. Para ello, la Superintendencia está obligada a disponer la intervención de los locales en los que presuma la realización de las actividades ilícitas.

De recibo, esta figura delictiva importa en realidad una contravención administrativa, pues basta que se infrinja la Ley de la materia, para que el agente este incurso en este injusto típico, sin necesidad de que se produzca algún tipo de acontecimiento posterior, que de lugar a un suficiente disvalor. En el presente caso, estamos hablando de actividades que por su naturaleza deben ser supervisadas y controladas por el Estado, a fin de cautelar el legítimo interés de los ahorristas e inversionistas; cuya actuación al margen de la Ley puede provocar graves estragos en el sistema. De forma, que la norma jurídico-penal tiende a reforzar el mensaje normativo, en cuanto a la abstención de este tipo de conductas, mediando la amenaza penal (prevención general negativa); punto en cuestión que tal vez no resulte fundamento suficiente para legitimar la intervención del Derecho penal. No obstante, cabe advertir, que el análisis criminológico abona en la admisión de su intervención.

La punibilidad de esta modalidad conductiva se justificaría en cuanto, el funcionamiento ilegal de instituciones que realizan actividades financieras tiene por objetivo, evadir la fiscalización y regulación del Estado, los costos de licencia o registro y, los demás requisitos que las respectivas leyes le imponen a todo concesionario de licencias, en consonancia con la tutela de los intereses -antes anotados-.

En general, existe consenso en que para las entidades financieras es necesario contar con mecanismos de acceso más estrictos que en cualquier industria. Las facultades legales de la autoridad reflejan el balance que la sociedad desea alcanzar entre la necesidad de promover la competencia versus la protección de la estabilidad^[318].

^[318] Esta concepción es acorde con los principios básicos para una supervisión bancaria efectiva, propuestos por el Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria (1997). Los principios relacionados al tema son:

Principio 2. Las actividades permisibles a instituciones que reciben una licencia y son supervisadas como bancos deben estar claramente definidas, y el uso de la palabra "banco" en los nombres comerciales debe ser controlado en la medida de lo posible.

2. TIPICIDAD OBJETIVA:

a. Sujeto activo

Según la redacción normativa del artículo 246° del CP, autor puede ser cualquier persona, no requiere contar con determinada cualidad funcional; precisamente, al operar al margen de la ley, debe tratarse de un *extraneus*. Inclusive podrá serlo el Director de una entidad bancaria, que de forma clandestina y a título personal, se dedica a la captación habitual de recursos económicos del público.

Dice el tipo penal que puede ser autor, aquel que opera directamente con el ahorro de los particulares y aquel –que a nombre de otro–, realiza la misma actividad. En esta última hipótesis autores lo será tanto el autor inmediato, como el representado, cada uno será responsable por su propio injusto.

b. Sujeto pasivo

Es el Estado, que a través de los organismos estatales competentes, expiden las autorizaciones a dichas entidades para operar con fondos del público.

c. Modalidad típica

De lo descrito en la norma comentada, es importante precisar que la “*captación*” esta referida a captar o recolectar recursos de las personas quienes confían su capital a un tercero quien a la vez se

Principio 3. La autoridad que otorga las licencias debe tener el derecho de establecer una serie de criterios y de rechazar solicitudes de establecimientos que no cumplan con los estándares establecidos. El proceso de otorgamiento de licencias debe comprender, como mínimo, una evaluación de la estructura propietaria de la organización bancaria, de sus directores y gerentes principales, de su plan de operación y sus controles internos, y de la condición financiera proyectada, incluyendo la base de capital; cuando el propietario propuesto o matriz sea un banco extranjero, debe obtenerse la aprobación previa del supervisor matriz.

compromete - dependiendo del tipo de cuenta que tenga una persona (cuenta de ahorros, cuenta corriente, certificados de depósito a término fijo, etc.) - otorgar un determinado interés.

Situación diferente a lo que se conoce por "*colocación*" en la cual la entidad financiera toma el capital o los recursos que obtienen a través de la captación y, con éstos, otorgan créditos a las personas, empresas u organizaciones que los soliciten. En lo que corresponde al artículo 246° del Código Penal, centra su atención en los comportamientos de "*captación*" ilegal de recursos del público.

Asimismo, a diferencia de los tipos penales anteriores - que el sujeto activo tenía alguna característica especial, la conducta reprochable puede ser cometida por cualquier persona que omitiendo las exigencias legales de funcionamiento ejerce directa o indirectamente captaciones de recursos del público bajo la modalidad de depósito, mutuo o cualquier modalidad relacionada.

A diferencia de las entidades del sistema financiero formal, la actividad financiera informal no está sujeta al tipo de regulaciones que dispone la legislación sobre la materia por lo que el perfil operativo e institucional de estas actividades representan un gravísimo peligro para la estabilidad y desarrollo del sistema financiero. Así por ejemplo, sabemos que para las entidades financieras formales es una exigencia obligatoria que los recursos obtenidos del público a través de la captación no pueden ser utilizados en su totalidad para la colocación; parte de este dinero se destina a lo que se denomina encaje, mientras que lo que queda libre se utiliza para conceder préstamos. El encaje es un porcentaje del total de los depósitos que reciben las instituciones financieras, el cual se debe conservar permanentemente.

El encaje tiene como fin garantizar el retorno del dinero a los ahorradores o clientes del banco en caso de que ellos lo soliciten o de que se le presenten problemas de dinero a las instituciones financie-

ras^[319]. De esta forma, se disminuye el riesgo de la pérdida del dinero de los ahorristas.

En cambio cuando la actividad de captación se realiza al margen de las exigencias legales, es imposible garantizar el buen recaudo del capital depositado por el público razón por la cual el legislador peruano ha previsto como conveniente sancionar penalmente este tipo de actividades.

Asimismo, bajo la lógica que los "*medios de comunicación social*" son sistemas de transmisión de mensajes que se difunden a un gran número de receptores a través de diferentes técnicas y canales y que su importancia reside en que hace posible la transmisión o transporte de un producto comunicacional o mensaje^[320], nuestra legislación prevé como agravante que el ejercicio ilegal de captación de capitales sea merecedor una sanción mayor al incrementar el riesgo de que un mayor número de personas deposite su confianza en personas que sólo puede ofrecer incertidumbre en el destino de los fondos que obtiene a través de su ilegal práctica.

Segundo punto a saber, es que «la captación habitual de recursos del público, bajo la forma de depósito, mutuo o cualquier modalidad, se efectúa sin contar con permiso de la autoridad competente^[321]»; lo que quiere decir, es que el agente actúa al margen de la legalidad aplicable, constituyendo una especie de «banca informal y/o paralela», que para el legislador contiene suficiente disvalor para ser alcanzado con una pena. Si es que el agente interpuso su solicitud y, aún esta no

[319] En el Perú, la tasa de encaje esta regulada por el Banco Central de Reserva, y en los últimos años esta tasa ha estado entre el 20% a 25 % en moneda nacional y entre 40% y 45% en moneda extranjera.

[320] La comunicación puede definirse como un proceso mediante el cual un individuo (emisor) le transmite a otro (receptor) determinada información, a través de la palabra u otro medio (canal) con un propósito determinado.

[321] Superintendencia de Banca y Seguros.

es aprobada, no obstante ello capta recursos del público, estará incurso en la modalidad típica bajo examine.

La diferencia con el delito de Usura, es que en este delito se exige que los créditos sean otorgados con un interés superior al límite fijado por la Ley; por tales motivos, puede perfectamente configurarse un Concurso delictivo, pues el agente no solo opera al margen de la ley, sino que oferta también préstamos usurarios. En el caso del artículo 246° no se tutela estrictamente el patrimonio desde una perspectiva individual, sino un interés de orden general-estatal. Sin duda, toda actividad usurera viene revestida por una actuación ilegal.

Tercer punto a saber es lo concerniente a que la captación de recursos del público, debe tomar lugar de forma «habitual». En tal entendido, quedan fuera del ámbito de protección del tipo penal, aquellos comportamientos ocasionales, circunstanciales, que no se realizan de forma reiterativa en el tiempo; v.gr, aquel que en una oportunidad capta un capital privado. Lo que el legislador castiga con pena, es aquella actividad que de forma sistemática y permanente ocurre en un lapso de tiempo determinado; quien se dedica a la captación de fondos públicos. Esta definición del alcance normativo no puede ser confundida con el delito continuado ni con la aplicación de la circunstancia agravante de la Habitualidad; puesto que la comisión habitual de la conducta, es lo que determina la relevancia jurídico-penal de la conducta.

3. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

La perfección delictiva de esta figura se adquiere, cuando el agente capta de forma efectiva fondos del público; no basta pues que se presente en el mercado, ofertando ciertos intereses a los consumidores, sino que se requiere una captación real de capitales, que ingresen a las arcas del agente, bajo las modalidades contractuales que se hacen alusión en la descripción típica.

Los actos anteriores, referidos a la oferta de préstamos, mutuos y otros, no pueden ser penalizados, al no revelar una suficiente peligrosidad objetiva, para el bien jurídico tutelado.

4. TIPICIDAD SUBJETIVA

Si bien es cierto que el artículo comentado no precisa sobre la intencionalidad del agente al cometer el acto imputable, al describir el término "*habitual*" deja en claro que el comportamiento es eminentemente doloso puesto que el sujeto activo tiene como "*actividad común*" ejercer reiterativamente la captación de recursos del público al margen de las exigencias legales exigidas en nuestro país.

Supone conciencia y voluntad de realización típica; el agente debe saber que esta captando fondos del público sin estar autorizado para ello.

FINANCIAMIENTO POR MEDIO DE INFORMACIÓN FRAUDULENTE

“El usuario de una institución bancaria, financiera u otra que opera con fondos del público que, proporcionando información o documentación falsas o mediante engaños obtiene créditos directos o indirectos u otro tipo de financiación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa.

Si como consecuencia del crédito así obtenido, la Superintendencia de Banca y Seguros resuelve la intervención o liquidación de la institución financiera, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años y con trescientos sesenticinco a setecientos treinta días-multa.

Los accionistas, asociados, directores, gerentes y funcionarios de la institución que cooperen en la ejecución del delito, serán reprimidos con la misma pena señalada en el párrafo anterior y, además, con inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.”

1. FUNDAMENTOS DE LA IMPUTACIÓN PENAL

La esencia del negocio crediticio es desembolsar y recuperar adecuadamente las operaciones de crédito. Para lo primero, es necesario realizar una rigurosa evaluación crediticia, que determine bien la capacidad de pago del cliente (tema estrictamente técnico) y su solvencia moral (tema muchas veces subjetivo, aunque ahora hay mejores formas de medirla y en todo caso a medida que el analista va adquiriendo experiencia desarrolla más "su olfato" para detectar comportamientos típicos de un posible cliente moroso). Para lo segundo, recuperar bien, es necesario tener un sistema de cobranza adecuado^[322].

Lo dicho no obsta a señalar que cualquier tipo de negocio jurídico lleva insito un riesgo, propio del mundo de los negocios; empero, este riesgo en el ámbito del Sistema Bancario y Financiero pretende ser minimizado al máximo, para procurar el recupero del capital prestado así como el cobro de los intereses convenidos.

La alta tasa de morosidad bancaria es precisamente fiel reflejo de que las entidades financieras, no fueron lo suficientemente rigurosas en la concesión de los créditos a sus clientes, sea porque no evaluaron debidamente el record crediticio del solicitante o porque éste presento documentación falsificada, sin que fuera detectada en su oportunidad. Es esta forma de obtención crediticia la que es objeto de punición,

^[322] Los bancos crean mediante el crédito sus propios recursos liberando a las empresas y, en general a los agentes con necesidad de financiamiento de la obligación de formar un ahorro previo. En ese sentido deben disponer de dinero central y retirar un beneficio de la distribución de crédito. Estos dos elementos constituyen condiciones permisivas de la distribución de crédito bancario, el primero permite al banco satisfacer las necesidades de dinero central, surgidas del funcionamiento cotidiano de la empresa bancaria, es decir, retiros de los clientes, mantenimiento de reservas obligatorias y pagos a otros bancos; el segundo responde al objetivo esencial de la firma bancaria: la generación de un beneficio. Velázquez Vadillo, Fernando. 2006. Condiciones permisivas y factores limitativos de la oferta de crédito bancario. México: Red Análisis Económico, cit., p. 336

por revelar un disvalor suficiente en su materialidad típica. Se trata en realidad de una «Estafa Financiera», pues los medios que se vale el agente para la obtención del crédito, son precisamente el engaño, el ardid y el fraude; elementos que son también identificables en el artículo 196° del CP.

En la actualidad, las entidades del sistema cuentan con departamentos y gerencias, que se dedican en exclusividad a la evaluación de la cartera crediticia, a través del cruce de información así como la investigación de todos aquellos datos que resulten necesarios para verificar la veracidad de la documentación presentada por el solicitante.

Sobre el aspecto en discusión, podemos decir que existen factores razonables que limitan el crédito, en primer lugar se trata de la política monetaria, la cual actúa sobre la disponibilidad de moneda central de los bancos comerciales, generalmente en un sentido restrictivo a fin de procurar la estabilidad de precios. En segundo lugar, las consideraciones de riesgo implican que el banco restrinja el crédito otorgado a los clientes con reducidas posibilidades de reembolsar sus deudas^[323]. Para nuestro análisis, el aspecto que nos interesa es éste último, puesto que los alcances de la descripción típica del artículo 247° del CP involucran este tipo de situaciones.

En relación a lo anterior, es conocido es que los mercados de crédito se encuentran sujetos a problemas de asimetría de información puesto que quien solicita el crédito conoce mejor de su verdadera naturaleza y de sus verdaderas posibilidades de repagar el mismo con respecto a quien otorga el crédito. Estas asimetrías de información en cuanto a la naturaleza o riesgo del prestatario pueden categorizarse en problemas de “selección adversa” y de “riesgo moral”.^[324] Existe selección

^[323] Velázquez Vadillo, Fernando. 2006. Condiciones permisivas y factores limitativos de la oferta de crédito bancario, cit., p. 336.

^[324] Dapena, José Pablo y Dapenal, Juan Lucas. 2003. Sistema de información en PYMES y acceso al crédito en contextos de asimetría de información. Buenos Aires., cit, p. 1.

adversa cuando en una relación entre el prestamista y el prestatario, el primero desconoce las características del segundo; en cambio el daño moral aparece, cuando después del establecimiento de una relación contractual entre partes, un estado de la naturaleza es revelado únicamente a una de las partes. Generalmente, la parte informada es el agente que solicita el crédito y la no informada es la entidad financiera. Dado que este último no puede observar las acciones del agente, no le es posible formular previamente condiciones al respecto a la hora de formular el contrato ^[325].

Ante la situación descrita, las entidades de crédito se ven en la necesidad de evaluar detalladamente las características del solicitante del crédito, y este último a la vez, esta en la obligación de proporcionar la información necesaria y real que justifique su requerimiento, puesto que de lo contrario pone en riesgo la posibilidad de devolución del capital prestado originando, con ello inestabilidad para el sistema financiero. Por ello, en la medida en que se asegure una información amplia (en su calidad y cantidad) sobre el sujeto solicitante del crédito, la actividad financiera se traducirá en un sistema más eficiente y con proyecciones de fortalecimiento.

En general, un sistema de revelación de información permite a la entidad financiera disminuir riesgos en el otorgamiento del crédito. En la medida que el fraude involucre una pretensión calculada e intencional de engañar y desvirtuar la realidad, será imperativo determinar las acciones necesarias para evitarlas o sancionarlas.

Conociendo esta necesidad, el legislador peruano ha previsto como conveniente tipificar como delito aquellas conductas que intentan engañar al sistema crediticio a través de información fraudulenta que oculta la real capacidad del solicitante de un crédito frente a la

^[325] Destinobles, André Gerald. 2002. Los mercados de información asimétrica, tema tratado por el Premio Nobel de Economía 2001. En: Revista de la facultad de economía-BUAP. Año VII, Núm. 19. Puebla., cit., p. 174.

responsabilidad de pago que este significa, perjudicando con ello tanto a la entidad de préstamo y sus ahorristas como al sistema financiero en su conjunto.

En otras palabras dicho: *se trataría de la punición de todas aquellas conductas fraudulentas, que persiguen la obtención de un crédito, colocando en riesgo la buena marcha de las entidades bancarias, conforme los fines que se proponen en la Ley de la materia.*

2. TIPICIDAD OBJETIVA:

a. Sujeto activo

La realización típica del delito en cuestión puede ser cometida por cualquier persona, la descripción objetiva no exige una cualidad específica para ser autor a efectos penales; por lo que se trataría de un delito común, perpetrado por un *extraneus*, en contra de los intereses generales que este norma pretende tutelar.

Si el crédito es solicitado por dos personas, vía una sociedad conyugal u otro patrimonio indiviso, serán penalizados a título de co-autores, si es que el préstamo es asumido por la institución matrimonial.

Todos aquellos que cooperen, colaboren y contribuyan en la comisión del delito, sin tener el «dominio funcional del hecho», han de responder ante la Justicia como partícipes (Instigador o Cómplice). Cuando este partícipe tiene la calidad de accionista, asociados, director, gerente y funcionario de la institución, serán reprimidos con la misma pena que el autor. De igual forma, que en el tipo penal previsto en el artículo 244º, el legislador apela a un mayor ejercicio de prevención general negativa, asegurando que el partícipe sea reprimido con la misma pena que el autor, dejando de lado las reglas generales de Autoría y Participación.

Cuando el usuario es una persona jurídica, debemos aplicar la fórmula del «Actuar en lugar de otro», identificando para ello los gestores sociales de la empresa, quienes asumen los órganos de representación

de la sociedades, por ende, son aquellos quienes pueden ser pasibles de responsabilidad penal.

b. Sujeto pasivo

Será el Estado, que a partir de la SBS, regula la actuación y supervisión de las entidades bancarias y financieras.

c. Comportamiento básico

La calificación crediticia es una de las herramientas más importantes que utilizan los prestamistas para evaluar su solicitud de crédito. Las calificaciones se determinan exclusivamente por la información que aparece en su informe de crédito y que puede predecir su futuro desempeño crediticio. Se juega entonces, el futuro financiero de una persona, pues una pésima conducta de pago, lo convierte en un sujeto descalificado para el Sistema Bancario.

En este contexto, las entidades financieras como garantía para el otorgamiento del crédito verifican como mínimo la siguiente información:

- a) *Identidad.* La mayoría de los informes de crédito comienzan con los datos personales, tales como los nombres, apellidos, direcciones, empleos, estado civil, ingresos (tanto personales como familiares), entre otros. Asimismo, en el caso de las personas jurídicas se solicita la razón social, documentación sobre la inscripción o constitución así como la masa accionaria, actividad habitual, estado financiero, etc.
- b) *Documentos públicos.* La sección de documentos públicos refleja por ejemplo, si el solicitante del crédito tiene algún proceso judicial por deudas, en el caso de las garantías ofrecidas se verifica si éstas están gravadas o si el solicitante del crédito guarda derecho legítimo sobre la propiedad ofrecida. También se incluye información como quiebras, ejecuciones hipotecarias y otros.

- c) *Cuentas de crédito*. La mayor parte de los informes de crédito brinda información detallada sobre los antecedentes crediticios.

Para el otorgamiento del crédito, la entidad requerida, revisará y cotejará, que se cuente con la información mínima que disminuya los riesgos de imposibilidad de pago por parte del requirente. Sin embargo, pueden presentarse situaciones en donde el solicitante del crédito utilice información falsa con la finalidad de poder obtener un respaldo que le permita acceder a un crédito que en situaciones normales no sería calificable de aprobación. El problema radica en que este sujeto coloca en serio riesgo la recuperación de los fondos desprendidos de la entidad financiera. Situación que ha sido tipificada por la legislación penal nacional como una figura delictiva.

Al respecto, señala LAMAS PUCCIO, apunta que en el delito de financiamiento por medio de información fraudulenta el verbo rector es el engaño producido para la obtención de un fin determinado que de otra manera sería imposible obtener. La acción consiste en proporcionar información falsa, o llevar a cabo una serie de actividades engañosas para un objetivo específico³²⁶. Es decir, el agente se vale de las más diversas formas fraudulentas, con instrumentos que se corresponden con el «ardid, el fraude y el engaño», llevando aparejado una información que no condice con la verdad; de tal forma induce al gestor del crédito a tomar una decisión desacertada, que no la hubiese adoptado si es que hubiese conocido la verdad de la situación financiera del cliente.

Asimismo, es importante mencionar que este comportamiento concursa con otros delitos por atentar contra la “*fe pública*” (en los casos de falsificación de documentos); siempre que haya elaborado -total o parcialmente-, un documento público o privado, configurándose el

³²⁶ Lamas Puccio, Luís. 1996. Derecho penal económico. 2da. Edición. Lima., p., 265.

denominado «Concurso Medial de delitos», donde el delito-medio es la Falsedad Material y el delito-fin es la Información Falsa.

No puede hablarse de un concurso delictivo con el tipo penal de Estafa, por la sencilla razón de que ambas descripciones típicas se contraponen, al empelar los mismos medios comisivos, como señalamos en líneas precedentes; se produce en realidad un Conflicto aparente de normas penales, que en mérito a los principios de Especialidad o de Alternatividad, inclinan la balanza por la conducta típica contemplada en el artículo 247° del CP.

Otro aspecto relevante, es que la imputación penal recae con el sólo hecho de materializarse la obtención del crédito a través de información fraudulenta aún cuando no se haya causado un daño a los fondos de la entidad financiera, es decir su imposibilidad de devolución o pago; no se requiere la verificación de resultado lesivo alguno; v.gr., piénsese en el caso del cliente que presentó información falsa para la obtención de su crédito, el cual lo paga a plenitud. Se trata, por tanto, de un delito de mera actividad. Por ello, bajo la lógica del artículo 247° del CP es suficiente la puesta en peligro de estos activos y por ende de la estabilidad del sistema financiero para sancionar al sujeto activo bajo los estándares de pena descritas en la norma sustantiva.

3. COMPORTAMIENTO AGRAVADO

El artículo 247° del código penal ha descrito la siguiente agravante:

Cuando como consecuencia del crédito, la Superintendencia de Banca y Seguros resuelve la intervención o liquidación de la institución financiera

El artículo 104° de la Ley N° 26702 (Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia Banca y Seguros), describe que son causales de intervención de una empresa del sistema financiero o de seguros los siguientes: a) la sus-

pensión del pago de sus obligaciones; b) incumplir durante la vigencia del régimen de vigilancia con los compromisos asumidos en el plan de recuperación convenido o con lo dispuesto por la Superintendencia; c) en el caso de las empresas del sistema financiero, cuando las posiciones afectas a riesgo crediticio y de mercado representen 25 (veinticinco) veces o más, el patrimonio efectivo total; d) pérdida o reducción de más del 50% (cincuenta por ciento) del patrimonio efectivo; y, c) tratándose de empresas del sistema de seguros, la pérdida o reducción del patrimonio efectivo por debajo del 50% (cincuenta por ciento) del patrimonio de solvencia.

Como se aprecia, la agravación de la pena se justifica por la desestabilización de las actividades, servicios y obligaciones de las entidades financieras. Situación que pone en riesgo la subsistencia y confianza de la entidad y además genera un grave daño para la economía y confianza en la inversión en nuestro país.

En este caso sí podemos hablar de la necesidad que se produzca un resultado, un disvalor suficiente, que para el legislador revela una mayor alarma social, por ende, necesitado de una mayor pena. Pero, vayamos a ver, si que es factible determinar con rayana seguridad, de que la concesión de dicho crédito, fue el factor desencadenante de la intervención del organismo regulador o de la liquidación de la institución financiera; pueden aparecer otras circunstancias concomitantes que también hayan abonado en dicho resultado. Cuestión que pone en aprietos al juzgador, si es que pretendemos ajustar la responsabilidad penal a los criterios de la imputación objetiva: de que la intervención de la SBS o la liquidación de la institución financiera, sea consecuencia directa de la concesión del crédito (generación del riesgo no permitido).

Ahora bien, el artículo 114° de la Ley N° 26702, ha establecido que las empresas del sistema financiero o de seguros se disuelven, con resolución fundamentada de la Superintendencia, en los siguientes casos: a) cuando ha concluido el plazo de intervención y, b) por las

causales contempladas en los artículos pertinentes de la Ley General de Sociedades. En este segundo caso, los efectos del comportamiento delictivo generan que la institución financiera se constituya en un proceso de extinción, situación que motiva su desaparición en el mercado financiero, lo cual en términos macro y micro económicos representa un serio problema, cuyo impacto es de trascendencia nacional.

4. CUANDO LOS ACCIONISTAS, ASOCIADOS, DIRECTORES, GERENTES Y FUNCIONARIOS DE LA INSTITUCIÓN COOPEREN EN LA EJECUCIÓN DEL DELITO

En este supuesto, el legislador peruano ha previsto incrementar el nivel de reproche social al abuso del poder y responsabilidades otorgadas a los representantes y funcionarios de las instituciones financieras que aprovechando de su cargo y conocimientos técnicos cooperan en la ejecución del delito. Supone elevar la categoría de partícipe a la de autor del delito.

Según LAMAS PUCCIO, en relación a la cooperación que puedan brindar para la consumación del delito, los accionistas, directivos, asociados y funcionarios en general, sólo una vez producida la situación de intervención o liquidación producto del estado de falencia económica de la institución financiera, se podrá verificar en su doble enfoque, objetivo y subjetivo, el grado de complicidad de su conducta para poder discernir si les son o no atribuibles, en cuyo caso podrá haber la imputación de haber creado un riesgo para el normal desenvolvimiento de la institución financiera^[327].

No estamos plenamente de acuerdo con la opinión del citado penalista, al concebir que la intervención delictiva puede ser identificada desde el primer momento en que se facilita la perpetración del delito, en el supuesto de que una comisión evaluadora analiza la documentación apócrifa así como la colaboración prestada por el accionista,

^[327] Lamas Puccio, Luis. 1996. Derecho penal económico. cit., p., 267.

haciéndose valer de su influencia, para que la documentación no fuera debidamente cotejada y verificada por las instancias correspondientes. Máxime, si ésta previsión no constituye una «Circunstancia Agravante», sino la regulación expresa de una forma de participación en la descripción del tipo legal, pues no hace alusión a una posición funcional del autor o al disvalor del resultado; por tales motivos, ha de convenirse su consumación toma lugar según la redacción normativa del primer párrafo del artículo 247º del CP.

Es de verse entonces, que la participación de dichas personas puede ser identificada por cualquier medio o forma, no será necesario esperar la intervención o liquidación de la entidad financiera puesto que el comportamiento se adecuaría de forma inmediata a los preceptos descritos en el tipo penal. Lo que no obsta a que dicha circunstancia puede acontecer, cuando el director de la entidad financiera participa en la comisión del injusto penal.

5. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

La perfección delictiva del tipo base ha de tomar lugar, cuando el agente obtiene el crédito, es decir, la entidad bancaria le concede el crédito, mediando una información fraudulenta. No se requiere que el dinero haya ingresado a sus arcas, basta a nuestro entender con su aprobación por el funcionario bancario competente. Los actos anteriores, el ingreso de la información falsaria a su evaluación ha de ser reputado como un delito tentado. Empero, puede estar ya incurso en el delito de Falsedad Material en su fase consumativa.

En el caso de la forma agravada, ésta adquiere perfección delictiva, cuando se produce de forma efectiva la intervención del organismo regulador o cuando el ente administrativo declare su Liquidación.

6. TIPICIDAD SUBJETIVA

De acuerdo a la descripción de la norma sustantiva -materia de comentario-, debe verificarse que el agente realice el tipo penal con

conocimiento y conciencia de querer obtener un crédito pese a ser considerado por el sistema financiero como un sujeto "no confiable", lo que motiva la utilización de medios fraudulentos para sortear el obstáculo que presenta.

El aspecto cognitivo del dolo ha de cubrir únicamente, el hecho de ingresar documentos falsificados a fin de obtener el crédito, de modo que la intervención de la SBS así como la declaración de Liquidación de la institución financiera no tiene incidencia alguna en dicho elemento subjetivo del injusto.

De igual modo, la cooperación de los accionistas, directivos, asociados y funcionarios es a título de dolo, puesto que su nivel de conocimiento y experiencia les permite identificar la imposibilidad del acceso a un crédito por parte del solicitante, y pese a ello comulgan para hacer posible la transacción. Según el derecho positivo vigente, la participación sólo resulta punible a título de dolo.

CONDICIONAMIENTO DE CRÉDITOS

“Los directores, gerentes, administradores o funcionarios de las instituciones bancarias, financieras y demás que operan con fondos del público que condicionan, en forma directa o indirecta, el otorgamiento de créditos a la entrega por parte del usuario de contraprestaciones indebidas, serán reprimidos con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y con noventa a ciento ochenta días-multa”.

1. FUNDAMENTO DE LA INCRIMINACIÓN

El condicionamiento de créditos es un claro ejemplo de corrupción privada (Soborno), puesto que se violan los controles de gestión y auditoría interna de las instituciones financieras, y con ello, se reduce las garantías de mostrar un funcionamiento eficiente ante los organismos de auditoría externa^[328].

No sólo los funcionarios y/o servidores públicos condicionan su actuación funcional, a la obtención de una ventaja indebida («Soborno»), de una prebenda, dádiva, etc., también los funcionarios de la

^[328] El fenómeno de la corrupción no se circunscribe exclusivamente a la actividad pública. Muy por el contrario, también contamina las relaciones económicas privadas, los negocios y la actuación corporativa. Los modernos mecanismos financieros, el desarrollo de una economía globalizada requiere de reglas de juego claras que permitan a los agentes económicos desplegar su actividad también en un marco de transparencia.

actividad privada incurren en este tipo de comportamientos, precisamente en prevalimiento y/o abuso de una «posición de dominio». Comportamientos disvaliosos que también afectan intereses jurídicos –merecedores de tutela penal-.

Otro aspecto a tener en cuenta, es que condicionar el otorgamiento de créditos bajo el requerimiento de una contraprestación es una forma de discriminación al solicitante ya que se abusa de su necesidad o urgencia para obtener un beneficio personal y generar un costo de transacción adicional para el usuario o cliente del sistema financiero. Claro esta, que puede ser el mismo usuario quien ofrezca la contraprestación, porque sabe perfectamente que no cuenta con los requisitos necesarios, para que su crédito sea concedido; no obstante, esta conducta no ingresaría al ámbito de protección de la norma, pues como es de verse del articulado, la contraprestación debe emanar de un condicionamiento exigido por el funcionario bancario, de forma que éste debe ser quien solicite la ventaja patrimonial indebida. Doble tipificación que si se desprende de los tipos penales de Cohecho^[329].

La afectación al sistema financiero radica en que la mala praxis de los representantes o funcionarios de la entidad financiera puede conllevar a varias consecuencias, como por ejemplo: la desconfianza en la empresa financiera, la identificación de comportamientos no adecuados sancionables por la Superintendencia de Banca y Seguros, o el retiro de inversiones por parte de sus principales socios estratégicos. Estas situaciones supuestas pueden generar en el sistema económico luces de inestabilidad y corrupción que terminan por deslegitimar la confianza de las inversiones en nuestro país.

En puridad, al momento en que el gestor financiero, está realizando un acto «propio de sus funciones», no esta afectando en realidad el bien jurídico que se tutela en el Título X del CP; sino mas bien

^[329] Así, de forma taxativa luego de la dación de la Ley N° 28355 del 06 de octubre del 2004.

esta cometiendo un acto reprobado ética y socialmente, que vendría a lesionar el prestigio y el buen nombre de la entidad bancaria y/o financiera, lo cual no se ajusta al contenido material del bien jurídico protegido. Dicha situación ha de advertirse también en el denominado «Cohecho Impropio^[330]», previsto en el artículo 394° del CP.

De todas maneras, resulta importante precisar que si el fomento de la estabilidad económica consiste, en cierta medida, en evitar crisis económicas y financieras, puesto que aquello implica evitar oscilaciones pronunciadas en la actividad económica y una excesiva volatilidad en los tipos de cambio y los mercados financieros, actuar contrario a ello, es decir; mostrando inestabilidad y corrupción agudiza la incertidumbre, desalienta la inversión e impide el crecimiento económico.

En concordancia con lo expuesto, la magnitud del problema que puede generar el condicionamiento de créditos ha conllevado a que dentro de la política criminal del Estado peruano se criminalice esta conducta sancionándolas con penas que pueden llevar a los tres años de privación de libertad. Lo cual no obsta a dudar sobre la legitimidad de la intervención del Derecho penal en este tipo de conductas.

2. TIPICIDAD OBJETIVA:

a. Sujeto activo

Según la descripción típica, autor sólo puede ser aquel que ostenta el cargo de: «director, gerente, administrador o funcionario de las instituciones bancarias, financieras y demás que operan con fondos del público»; por lo que se trata de un delito «especial propio».

^[330] Vide, al respecto mi artículo: "Análisis dogmático y político criminal de los delitos de Cohecho". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 111, Gaceta Jurídica, diciembre del 2007, Lima, cit., ps. 189-200.

La pregunta sobre este aspecto, sería la siguiente: ¿Cómo quedaría la participación de los *extraneus*, de los particulares quienes aceptan el condicionamiento del funcionario bancario, para que se les conceda el crédito solicitado? Si bien son personas ajenas al Sistema Bancario, no es menos cierto, que su intervención también tiende a afectar el correcto funcionamiento de dichas entidades; si es que el condicionamiento ha tomado lugar mediando un acto de violencia, amenaza o coacción, aquellos han de responder penalmente a título de un «cómplice primario», pues actuaron con dolo, contribuyendo con una contribución imprescindible para la realización del tipo penal. Si no mediaron los medios descritos, el particular estará exento de responsabilidad criminal.

b. Sujeto pasivo

En definitiva el Estado, que se ve afectado por los malos manejos que acontecen en el seno de las entidades bancarias y financieras.

c. Modalidad típica

El comportamiento consiste en que «el director, gerente, administrador o funcionario de una institución del sistema financiero solicite en forma directa o indirecta, un beneficio indebido para sí, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, condicione el otorgamiento de una solicitud de crédito por parte de alguna persona interesada».

Las personas a las que se hace referencia en esta clase de delitos, la doctrina las denomina "*sujeto activo calificado*", delitos que sólo pueden ser cometidos por "directores, administradores, gerentes, accionistas o asociados" de la clase de instituciones. Es procurarse una utilidad personal, en cualquiera de los actos de administración personal que puedan posibilitar la concesión de un crédito. Sin embargo, este condicionamiento supeditado a la entrega de una contraprestación indebida, tiene una tipificación genérica y amplia, en razón que dentro de su accionar se presentan y engloban una serie de modalidades difíciles de

pormenorizar específicamente^[331]. En tal sentido, para que la conducta sea punible, necesariamente debe existir una relación normativa (de imputación objetiva) entre el empleo o las funciones y el constreñimiento o inducción hecha al particular para dar una contraprestación puesto que la falta de dicho vínculo no se enmarcaría dentro de los preceptos del artículo 248° del CP, pudiendo ser cobijado en el delito de Coacción^[332]; de forma que si la concesión del crédito fue producto de una calificación valedera por parte de la entidad bancaria y/o financiera u otro factor (recomendación de un Director), habría de negarse la imputación objetiva.

La conducta esta informada por el verbo rector: “*obtener un beneficio injustificado*”. Para que se presente la acción punible descrita es necesario el condicionamiento real y no presuntivo del sujeto activo, no sólo por la exigencia misma de la norma citada sino por el desarrollo de la presunción de inocencia elevada en la actual Constitución Política a rango de garantía constitucional.

Dicho lo anterior, se evidencia que la realización típica, para que se cumpla cabalidad requiere la presencia de dos actos distintos a saber: primero, la exigencia del agente bancario hacia el usuario de la entidad, el condicionamiento para gestionarle y concederle el crédito y, dos el otorgamiento efectivo del crédito. Basta que se apruebe la solicitud, no es exigible, que el dinero ingrese a las arcas del particular.

Si quien exige la ventaja (condicionamiento), para la concesión del crédito, es una persona ajena a las instituciones financieras, se tratará de una conducta que no ingresa al ámbito de protección de la norma, pues no cuenta con la condición que señala el tipo penal, a menos que sea un intermediario entre el funcionario bancario y el usuario, al haberse descrito que el condicionamiento puede hacerse de forma

^[331] Lamas Puccio, Luis. 1996. Derecho penal económico. cit., ps., 268-269.

^[332] Vide, al respecto, Peña Cabrera Freyre, A.R.; Derecho Penal. Parte Especial, T. I, cit., ps. 455-460.

«indirecta», por lo tanto sería punible su comportamiento a título de cómplice primario. En el caso del primer supuesto se diría que es un delito de Estafa, mas el usuario que acepta la exigencia del agente, sabe que esta participando en un negocio ilícito, por lo que no puede ser víctima de dicho injusto, a lo más sería un delito de Coacción.

La «contraprestación indebida», ha de referirse al otorgamiento de una ventaja patrimonial u de otra índole, v.gr., la obtención de un empleo para un familiar; si esta es de naturaleza sexual, se daría la figura delictiva contenida en el artículo 174º del CP. Si la contraprestación supone un acto nimio, de escasa envergadura, faltaría la tipicidad objetiva, por no haber sobrepasado la conducta el «riesgo jurídicamente desaprobado».

3. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

Como se ha sostenido, la perfección delictiva ha de tomar lugar cuando, se aprueba el crédito solicitado por el usuario, por quien tenía la capacidad de decidir el asunto, a partir de la exigencia de la entrega de una contraprestación indebida.

Si se ejecuta la exigencia patrimonial por parte del autor, pero no se concede el crédito, estaremos ante un delito tentado.

4. TIPICIDAD SUBJETIVA

Si tenemos en cuenta que el elemento constitutivo del delito, «condicionar el crédito» implica que necesariamente tiene que haber dolo (conciencia y voluntad); este tipo de delito esta constituido sobre la base del dolo, los hechos culposos no son castigados penalmente. El dolo es un elemento de naturaleza subjetiva esencial en este delito, por que sin él primaria el castigo en función al resultado (responsabilidad objetiva), sin importar si hubo voluntad y conocimiento de cometer el ilícito penal.

La conducta dolosa implica la intención de actuar, en este caso específico, la voluntad de «condicionar el crédito» al solicitante del mismo aún conociendo que esta realizando una conducta que contraviene la ley y las normas administrativas; es decir consciente de que su acción es sancionable.

PÁNICO FINANCIERO

“El que a sabiendas produce alarma en la población propalando noticias falsas atribuyendo a una empresa del sistema financiero, a una empresa del sistema de seguros, a una sociedad administradora de fondos mutuos de inversión en valores o de fondos de inversión, a una administradora privada de fondos de pensiones u otra que opere con fondos del público, cualidades o situaciones de riesgo que generen el peligro de retiros masivos de depósitos o el traslado o la redención de instrumentos financieros de ahorro o de inversión, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

La pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años y de trescientos sesenta a setecientos veinte días-multa si el agente es miembro del directorio, gerente o funcionario de una empresa del sistema financiero, de una empresa del sistema de seguros, de una sociedad administradora de fondos mutuos de inversión en valores o de fondos de inversión, de una administradora privada de fondos de pensiones u otra que opere con fondos del público, o si es miembro del directorio o gerente de una empresa auditora, de una clasificadora de riesgo u otra que preste

servicios a alguna de las empresas antes señaladas, o si es funcionario del Ministerio de Economía y Finanzas, el Banco Central de Reserva del Perú, la Superintendencia de Banca y Seguros o la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores.

La pena prevista en el párrafo anterior se aplica también a los ex funcionarios del Ministerio de Economía y Finanzas, el Banco Central de Reserva del Perú, la Superintendencia de Banca y Seguros o la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, siempre que hayan cometido delito dentro de los seis años posteriores a la fecha de su cese.”

1. FUNDAMENTOS DE LA IMPUTACIÓN JURÍDICO-PENAL

Los sistemas financieros, aún en los países más desarrollados, se basan en la credibilidad: ella es esencial para que puedan funcionar correctamente. Una mella en la credibilidad de un banco lleva automáticamente a una corrida (pánico a la pérdida de los ahorros) y rápidamente se esparce hacia todo el sistema. En efecto, el prestigio de la entidad bancaria o financiera, dependerá de la imagen que sobre ella haya construido el público consumidor, si aquélla devela un funcionamiento exitoso, en base a la optimización de los productos que oferta en el mercado, cada vez captará mayor número de clientes, creciendo en sus operaciones de forma progresiva. A la inversa, si la imagen que revela es negativa, en cuanto a una posible situación de insolvencia, de no poseer los fondos necesarios para poder asumir el pago de sus obligaciones frente a terceros, lo que provoca es una fuga de capitales. Situación que no sólo debe ser enfocada desde los efectos perjudiciales que se producen en el marco interno de dicha entidad bancaria, sino también desde un plano sistémico, pues la quiebra de una institución financiera genera una legítima desconfianza al sistema mismo, con ello a la buena marca de la economía nacional. Lo descrito provoca una alarma de alcances generales, propiciando un estado de desconfianza, pánicos, en colocarse en

riesgo los capitales allí invertidos; empero, dicha situación no puede ser propalada al público de forma ficticia, es decir, irreal, por personas inescrupulosas que pretenden obtener un provecho, al provocar una situación de «pánico financiero». Comportamiento, que por su eminente disvalor, es objeto de punición por parte del legislador en el artículo 249° del CP.

La seguridad del Sistema Bancario y Financiero, resulta indispensable, para la promoción de las inversiones, y el crecimiento de los capitales de los ahorristas, la cual puede verse perjudicada cuando se cometen los comportamientos típicos que se glosan en el presente articulado.

Según GUSTAVO FERRO, el desarrollo de los mercados de capitales estimula el crecimiento, su retracción impacta en el sector real de la economía. De allí que la salud de los sistemas financieros sean una prioridad para conservar en el tiempo la capacidad de crecimiento^[333].

Es conocido que en el ámbito de la economía puede generarse situaciones que llevan a una crisis financiera y ésta repercute sobre el sector real de la economía; así por ejemplo, podemos señalar que luego de un aumento de demanda de capital y por ende del aumento del crédito, puede crecer el endeudamiento de la economía, la especulación, las finanzas especulativas y el apalancamiento de los balances, inducidos por las expectativas asociadas al boom, y esta situación determinan que los activos no produzcan los flujos de caja esperados y sus precios caigan afectando a los deudores que ven una disminución del valor de sus garantías y un recorte de sus posibilidades de pago, incrementando el riesgo de morosidad o imposibilidad de responder a la obligación del crédito. Esta situación genera en

^[333] Ferro, Gustavo. 1994. Ajuste, reforma estructural y desarrollo de capitales, cit., p. 474.

los ahorristas e inversionistas incertidumbre sobre el destino y buen recaudo de sus fondos.

Frente a estas posibilidades de inestabilidad, la regulación busca enfatizar criterios de prudencia que tiene por finalidad evitar el desequilibrio del sistema financiero, esta es la razón por la cual en la actualidad se le exige a las entidades del sector financiero contar con un mínimo de reserva de capital que garanticen el crédito.

Hasta aquí, los riesgos de crisis económica lo hemos enunciado como acontecimientos propios de la actividad del mercado y las transacciones que a diario se realizan, y que de acuerdo a la planificación de los Estados pueden ser disminuidos y prevenidos garantizando con ello una economía sana o en su defecto implementando mecanismos que permitan afrontar las situaciones de crisis.

El problema radica cuando se crea situaciones de crisis por información falsa, puesto que ésta al ser de conocimiento público genera una situación de pánico que incrementa el riesgo de resquebrajar el equilibrio de una economía controlada o estable. Cuando esto ocurre, la gente retira sus fondos de inmediato. Estos retiros se nutren unos de otros y crean un efecto de bola de nieve que, a la postre, provoca un pánico financiero.

Debido a que los bancos están escasos de fondos para pagar a sus depositantes, empiezan a cobrar sus préstamos, y negocios que antes eran sanos se enfrentan a una tribulación financiera. Algunas empresas cierran y despiden a sus trabajadores. La recesión se profundiza y se convierte en depresión^[334].

La creación irresponsable de esta situación de crisis ha sido tipificada como delictiva en nuestro país y en algunos países de

^[334] Vide al respecto, Parkin, Michael. 2007. Macroeconomía. 7ma. Edición. México., cit., p., 446

la región como son Bolivia^[335], Brasil^[336] y Colombia^[337] que han incorporado un sistema de sanciones frente a estos comportamien-

^[335] La Ley de Bancos y Entidades Financieras de Bolivia establece en su Título Séptimo, Capítulo I, Actividad Financiera Ilegal, Artículo 91°.- "Las personas individuales o colectivas que por cualquier medio difundan información falsa acerca del sistema financiero que induzca o provoque retiro masivo de depósitos de una o varias entidades de intermediación financiera, induzcan a los clientes a no cumplir con los compromisos financieros adquiridos dañando y/o deteriorando la imagen y estabilidad de una entidad de intermediación financiera o del sistema financiero nacional, serán consideradas como autores del delito de daño calificado previsto y sancionado por los artículos 198°, 199°, 232° y 358° del Código Penal. Se excluyen del alcance del presente artículo, los estudios, análisis y opiniones de carácter científico que, con base a información auténtica y verificable, estén orientados a evaluar o calificar el sistema financiero o sus actores, buscando maximizar su eficiencia y desarrollo".

^[336] En Brasil la Ley 7.492 de 16 de junio de 1986, define los crímenes contra el Sistema Financiero Nacional y establece otras providencias. En el artículo 3°, "Crímenes contra el sistema financiero", establece las penalidades aplicadas sobre divulgar información falsa o perjudicialmente incompleta sobre instituciones financieras.

^[337] Dentro del ordenamiento penal colombiano, (Ley 599 de 2000) bajo el Título X Delitos Contra el Orden Económico y Social, se encuentra expresamente consagrado el tipo penal denominado "Pánico Económico", artículo 302° que prescribe literalmente lo siguiente:

"El que divulgue al público o reproduzca en un medio o en un sistema de comunicación pública información falsa o inexacta que pueda afectar la confianza de los clientes, usuarios, inversionistas o accionistas de una institución vigilada o controlada por la Superintendencia Bancaria o por la Superintendencia de Valores o en un fondo de valores, o cualquier otro esquema de inversión colectiva legalmente constituido incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En las mismas penas incurrirá el que utilice iguales medios con el fin de provocar o estimular el retiro del país de capitales nacionales o extranjeros o la desvinculación colectiva de personal que labore en empresa industrial, agropecuaria o de servicios.

La pena se aumentará hasta en la mitad, si como consecuencia de las conductas anteriores se produjere alguno de los resultados previstos".

tos antijurídicos. Esta regulación jurídico-penal se sustenta en las obligaciones constitucionales que tienen los Estados en proteger la formación del capital, el ahorro y la inversión, así como crear las condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales nacionales y extranjeros.

2. TIPICIDAD OBJETIVA:

a. Sujeto activo

En principio autor de esta figura puede ser cualquier persona, no se exige pues algún tipo de cualidad específica para ser considerado sujeto activo; sin embargo, si el agente es miembro del directorio, gerente o funcionario de una empresa del sistema financiero, de una empresa del sistema de seguros, de una sociedad administradora de fondos mutuos de inversión en valores o de fondos de inversión, de una administradora privada de fondos de pensiones u otra que opere con fondos del público, o si es miembro del directorio o gerente de una empresa auditora, de una clasificadora de riesgo u otra que preste servicios a alguna de las empresas antes señaladas, o si es funcionario del Ministerio de Economía y Finanzas, el Banco Central de Reserva del Perú, la Superintendencia de Banca y Seguros o la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, se configura la circunstancia agravante prevista en el segundo párrafo del articulado in examine. Penalidad mayor que se extiende también a todos los ex -funcionarios que se contienen en el último párrafo del tipo penal.

Si dos son las personas que generan el pánico financiero de forma conjunta, podrán ser considerados como co-autores.

b. Sujeto pasivo

Si bien podría decirse que de forma inmediata los agraviados son los ahorristas e inversionistas, siguiendo las pautas reseñadas acápite anteriores, ha de primar la idea del Estado como sujeto pasivo.

c. Modalidad típica

El comportamiento típico consiste en la «difusión de información falsa o inexacta sobre instituciones financieras», que puedan producir una probable afectación sobre el sistema financiero en términos de retiros masivos de depósitos o inversiones que las personas hayan sostenido y/o mantenido en las instituciones financieras contra las cuales se afecta su reputación. Como puede verse de la estructuración del injusto penal, no se trata de un delito de resultado, sino de peligro y, ello es legítimo, pues basta la divulgación de que una determinada entidad financiera está en situación de riesgo, para poner en franco peligro el bien jurídico tutelado. Ejemplo de ello es informar sobre la quiebra de un gran banco, lo cual de ser cierto, puede afectar al conjunto del sistema, al descalzar transacciones cubiertas, debilitar la confianza en derivados financieros y causar pérdidas a agentes puesto que la quiebra de un gran banco puede dejar sin cobertura a contrapartes que han adquirido derivados para cubrir posiciones de tasas de interés, divisas o precios de mercancías primarias^[338].

Ante la situación descrita, los depositarios del banco buscan salvar su capital a través del retiro de sus fondos, dejando a la entidad financiera en una situación de insolvencia. La expansión de rumores infundados respecto a la solidez y estabilidad de las entidades financieras provoca consecuencias negativas para dichas instituciones y para el ahorro nacional en general, toda vez que ante la incertidumbre creada por los comentarios negativos, los depositantes e inversionistas optan por retirar sus recursos.

En razón a ello, ACEVEDO BLANCO ha definido por pánico financiero al terror que en los gestores de negocios causan los rumores, las noticias exageradas y las operaciones sorpresivas (generalmente ficticias) pues las reacciones en cadena y en ocasiones desesperadas que tales

^[338] Vide al respecto, Ferro, Gustavo. 1994. Ajuste, reforma estructural y desarrollo de capitales. cit., p. 474.

actos suscitan, los cuales perturban profunda y fatalmente a veces el orden económico social¹³³⁹¹. A esta definición es necesario incorporar además de los gestores de negocios a los usuarios de las instituciones financieras (puesto que nuestra norma penal les otorga una situación de protección especial) y a todo inversionista en general. En tal sentido, la institución financiera al ser víctima de difamación, afecta su reputación ante el público, lo cual en consecuencia podría generar, daños de tipo patrimonial. Por ello, se entiende que se menoscaba la confianza de los clientes de una institución bancaria cuando, como consecuencia de divulgar información, se atente contra la reputación o prestigio financiero de ésta, y se ocasione con ello el retiro masivo de depósitos o inversiones.

Para la norma penal, el pánico financiero no es consecuencia de una determinada situación, (aunque ciertos desequilibrios económicos pueden fomentarlo) sino de acciones concretas (premeditadas o irreflexivas) que se convierten en el desencadenante de relaciones económicas conflictivas, relaciones que van a continuar aún luego de que el pánico desaparezca, y cuyos efectos pueden prolongarse a muy largo plazo en el tiempo; las cuales no deben darse por acreditadas para dar por configurada la acción típica. Si bien de la lectura de la legislación colombiana, se le considera como un delito de peligro, al señalarse textualmente: "*producir alarma*", también ha de decirse lo mismo del artículo 249° del CP peruano, en la medida, que la producción de la alarma lleva consigo la idoneidad y/o aptitud de la conducta prohibida para generar un riesgo no permitido, por lo que se trata de un delito de mera actividad. No confundamos la causación de efectos perjudiciales en las inversiones y capitales de la entidad bancaria, con la producción de un estado perceptivo y cognitivo ("alarma social") entre la población; sólo el primero implica un dato a saber en el marco de la antijuridicidad material. Simplemente, si la información que se propala

¹³³⁹¹ Acevedo Blanco, Ramón. 1983. Manual de derecho penal. Edit. Themis. Bogotá., cit., p., 412.

ante la colectividad, es en si vaga, imprecisa e inocua por sus efectos, estamos ante un comportamiento desprovisto de relevancia jurídico-penal; v.gr, un adolescente que divulga una información en un portal de Internet, mediando términos inexactos y sumamente inadecuados, no llegará a ingresar al ámbito de protección de la norma.

Punto a saber importante, es que la información que se divulgue ante el público, debe ser «falsa», carente de toda veracidad, por lo que la propalación de datos veraces, sobre la situación económica-financiera de una institución financiera será una conducta atípica.

Segundo punto a saber, es que la propalación de la información puede ser realizada por cualquier medio de comunicación social; v.gr., radio, televisión, periódicos, revistas, Internet; cuya única condición es que debe ser receptado por un número indeterminado de personas. Si la información se divulga ante una cantidad mínima de personas, cartas dirigidas estrictamente a sus destinatarios, no se dará la figura delictiva en cuestión, pues al ser recibida la información por pocos ciudadanos, no podrá hablarse de una «alarma generalizada».

3. COMPORTAMIENTOS AGRAVADOS

La norma penal sustantiva a calificado como agravante cuando el sujeto activo del delito es miembro del directorio, gerente o funcionario de una empresa del sistema financiero, de una empresa del sistema de seguros, de una sociedad administradora de fondos mutuos de inversión en valores o de fondos de inversión, de una administradora privada de fondos de pensiones u otra que opere con fondos del público, o si es miembro del directorio o gerente de una empresa auditora, de una clasificadora de riesgo u otra que preste servicios a alguna de las empresas antes señaladas, o si es funcionario del Ministerio de Economía y Finanzas, el Banco Central de Reserva del Perú, la Superintendencia de Banca y Seguros o la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (delito «especial impropio»). Se ha tomado en consideración la especial función desarrollada por el agente, que al colocarlo en una típica situación de dominio dentro de la entidad financiera, bancaria

u otra afín, genera una valoración cualificada del reproche de culpabilidad, que se sanciona con una pena más severa.

Cuando describe los términos "*directores o gerentes*", se hace referencia a aquellas personas que tienen capacidad de tomar decisiones en la entidad financiera. En el caso de "*los funcionarios*", debe interpretarse como aquellos que realizan funciones operativas en cada una de las actividades de la referida entidad. Estas personas por su calificación especial están orientadas a responder penalmente (además de las responsabilidades civiles, comerciales y administradores) por actos que perjudican a la empresa del sistema financiero, a sus accionistas e inversionistas, a los clientes o ahorristas y a la tranquilidad y equilibrio financiero del país. Esta es la razón principal que ha motivado a considerar como agravante estos casos y que se materializa con un incremento en la escala de sanciones. Del tenor del artículo comentado se puede señalar que la responsabilidad de los directores, gerentes o funcionarios es siempre personal y se analiza en función a las consecuencias de la decisión tomada.

En el caso de los "*auditores financieros*", éstos tienen la responsabilidad de suministrar información que ayude a los ahorristas, inversionistas, acreedores y otros a evaluar sobre la situación de la entidad financiera, información que resulta vital para la reputación y nivel de confianza de las empresas que ejercen funciones en el sector financiero^[340]. En lo que corresponde a las empresas "*calificadoras de riesgo*", éstas vienen a ser aquellas que tienen por actividad analizar la solvencia financiera de las entidades estudiadas y su trabajo se enfoca esencialmente a la calificación financiera. Si tenemos en cuenta la importancia de los informes emitidos por las entidades autoras y calificadoras de riesgo,

[340] Cuando el auditor considere necesario expresar salvedades a alguna de sus afirmaciones genéricas de su informe u opinión deberá hacerlo de manera clara e inequívoca, indicando a cuál de tales afirmaciones se refiere, los motivos y la importancia de la salvedad en relación con los estados financieros tomados en conjunto.

es justificable la agravación de la pena cuando a través de estas vías se genera alarma en la población por información falsa o inexacta que pueden ocasionar un gran perjuicio para la economía nacional.

Finalmente, el legislador ha previsto que los "*funcionarios públicos del sector economía y finanzas*" tienen una responsabilidad especial con la estabilidad y desarrollo económico del país. Situación que exige una conducta responsable al momento de dirigirse a la población y a los inversionistas; puesto que en caso contrario su opinión genera respuestas de alarma e incertidumbre, que a criterio de la regulación penal ha previsto como conducta agravante cuando se cumplen los preceptos del artículo 249° del CP.

Inclusive la penalidad agravada ha sido extendida a personas que han cesado en el cargo como ex -funcionarios del Ministerio de Economía y Finanzas, el Banco Central de Reserva del Perú, la Superintendencia de Banca y Seguros o la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, siempre que hayan cometido delito dentro de los seis años posteriores a la fecha de su cese. Si bien se puede decir que dichas personas ostentaban ciertas posiciones de dominio en el marco de los órganos de gestión en el seno de dichas entidades públicas, no es menos cierto que al desvincularse laboralmente de las instituciones mencionadas desaparece el fundamento del mayor disvalor del juicio de reproche culpable, de forma que su comportamiento debería ser penalizado según el marco punitivo previsto en el primer párrafo del articulado en cuestión.

4. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

Según lo anotado, se trata de una figura delictiva de mera actividad, mas debe generar un riesgo no permitido con aptitud de lesión al objeto de tutela penal; no se requiere acreditar la exteriorización de un menoscabo patrimonial o del retiro de los ahorros del público, pues al constituirse la confianza en el Sistema Bancario y/o Financiero el bien jurídico protegido, basta con que se genere una «alarma social generalizada».

Los actos anteriores a la consumación delictiva, por su propia naturaleza, carecen de peligrosidad objetiva, por lo que han de ser impunes.

5. TIPICIDAD SUBJETIVA

Las conductas incriminadas en este tipo penal sólo son atribuibles a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente debe saber que la divulgación de la información que propala ante un público indeterminado de personas, puede generar un «pánico financiero». Dirige pues su conducta a la generación del estado de percepción y cognición mencionado.

Al no estar expresamente tipificada la modalidad imprudente, ha de ser descartada su punición.

OMISIÓN DE LAS PROVISIONES ESPECÍFICAS

“Hayan omitido efectuar las provisiones específicas para créditos calificados como dudosos o pérdida u otros activos sujetos igualmente a provisión, inducen a la aprobación del órgano social pertinente, a repartir dividendos o distribuir utilidades bajo cualquier modalidad o capitalizar utilidades, serán reprimidos con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa.”

1. LAS PROVISIONES Y SU IMPORTANCIA EN LA GESTIÓN FINANCIERA

En la actualidad, resulta una exigencia que las instituciones financieras deban mantener permanentemente evaluada la totalidad de su cartera de colocaciones, a fin de constituir oportunamente las provisiones necesarias y suficientes para cubrir las pérdidas por la eventual irrecuperación de los créditos concedidos. Dentro de las estrategias de evaluación podemos mencionar:

- a) *Evaluación individual.* Como es natural, el análisis de los deudores se centra en su capacidad para cumplir con las obligaciones crediticias, mediante información suficiente y confiable, analizándose también sus créditos en lo que se refiere a garantías, plazos, tasas de interés, moneda, reajustabilidad, etc.

- b) *Factores de riesgo.* En relación con la capacidad de pago del deudor, se examinan las características de su endeudamiento global y se estima su capacidad económica, incorporando para el efecto distintos escenarios en función de las variables de riesgo claves del negocio o actividad. Asimismo, se considera en forma explícita los posibles efectos de los riesgos financieros a que está expuesto el deudor y que pueden repercutir en su capacidad de pago, tanto en lo que concierne a los descaldes en monedas, plazos y tasas de interés, como en lo que toca a operaciones con instrumentos derivados y compromisos por avales o cauciones otorgadas.
- c) *Comportamiento individual de pago:* Se refiere al análisis de la información acerca del deudor que permite conocer el grado de cumplimiento de sus obligaciones en general, esto es, tanto el comportamiento histórico de pagos en la institución como en el sistema financiero, como asimismo el cumplimiento de sus demás obligaciones, siendo antecedentes relevantes, por ejemplo, las infracciones laborales, previsionales o tributaria.
- d) *Evaluaciones grupales.* Resultan pertinentes para abordar un alto número de operaciones cuyos montos individuales son bajos, en que se pueden establecer características homogéneas para un grupo de deudores o de créditos.
- e) *Atributos de los deudores y sus créditos.* Según el método que se utilice, se apunta a una clasificación de deudores en categorías de riesgo o bien a la cuantificación directa de pérdidas por cada crédito o conjunto de créditos, basándose en los atributos del deudor y de los créditos.
- f) *Comportamiento de un grupo de créditos.* Al tratarse de créditos de carácter masivo que tienen características de riesgo comunes, la institución puede también basar su estimación de pérdidas en los porcentajes que se obtienen del comportamiento histórico de los deterioros, castigos y recuperaciones del grupo de créditos de que se trate.

En el marco de estas evaluaciones, las provisiones están destinadas a resguardar los riesgos de las carteras de préstamos e inversiones de las entidades financieras, ante perspectivas macroeconómicas o circunstancias adversas, a veces muy difícilmente previsibles, que pueden afectar a un sector, industria o grupos de deudores^[341]. Las provisiones pueden interpretarse como un cuasi-capital y por ello, podrían formar parte del patrimonio efectivo de las entidades financieras^[342].

En esencia, las provisiones son un instrumento esencial de la regulación prudencial, entendida como el conjunto de medidas que buscan la estabilidad del sistema financiero y la protección de los depositantes. Dicho instrumento consiste en un reconocimiento contable de que en el futuro se deteriorará la capacidad de pago de algunos deudores. Para efectos de prudencia bancaria y financiera, se supone entonces, que parte de lo que se prestó no se recuperará. Así, la constitución de provisiones está encaminada a reconocer la pérdida esperada en un portafolio de créditos. Para ello se usa información histórica sobre el comportamiento de pago de los clientes, tanto en época de auge como de desaceleración, y a partir de allí se calcula el valor esperado de la pérdida y se le asigna un precio vía tasa de interés. Medir el riesgo, cubrirlo mediante una provisión, y asignarle un precio a esa cobertura es esencial a la actividad de intermediación^[343].

^[341] Para efectos de la evaluación y constitución de provisiones, las instituciones financieras segmentan la cartera por tipos de deudores y de créditos hasta los niveles que estimen más apropiados o pertinentes para la aplicación de sus distintos modelos, en concordancia con sus fundamentos metodológicos. Por ejemplo, pueden considerar los créditos otorgados a bancos, a grandes, medianas, pequeñas y micro empresas, financiamientos especializados, créditos hipotecarios de vivienda y consumo.

^[342] Las provisiones, introduce el concepto de enfoque estandarizado del riesgo de crédito, que se caracteriza por aplicar ponderadores de riesgos preestablecidos a los activos de las entidades financieras, basados en calificaciones externas de parte de empresas clasificadoras acreditadas. Incluye principalmente préstamos o créditos, bonos y otros valores emitidos.

^[343] Vide al respecto, Mercedes Cuellar, María. 2008. Provisiones y política monetaria. Foro Semana Económica. N° 650, Abril 18. Asobanca.

2. TIPICIDAD OBJETIVA:

a. Sujeto activo

La descripción típica contenida en el artículo 250º, tiene como destinatarios de la norma a aquellos que se encuentran expresamente incluidos en su redacción: «directores, administradores, gerentes y funcionarios, accionistas o asociados de las instituciones bancarias, financieras y demás que operan con fondos del público supervisada por la Superintendencia de Banca y Seguros u otra entidad de regulación y control»; de modo que se trata de un delito especial propio, pues para ser autor a efectos penales se debe contar con las características funcionales previstas en el tipo penal.

Puede darse una co-autoría, cuando la obligación de constituir provisiones específicas, es una responsabilidad compartida de dos funcionarios y, ambos no realizan el mandato normativo así como la inducción al reparto de utilidades.

Todos aquellos que no revelan las características funcionales exigidas en el articulado, no obstante, prestan una contribución esencial y/o accesoria al autor, para efectos de realización típica, han de ser penalizados a título de partícipes, en resguardo del principio de «Unidad en el Título de la Imputación».

b. Sujeto pasivo

Serían en principio los ahorristas, inversionistas y clientes en general de las instituciones financieras, mas la titularidad ha de recaer siempre en el Estado.

c. Marco regulativo e imputación jurídico-penal

En el Perú, la Ley N° 26702 (Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia Banca y Seguros) en su artículo 132º prescribe a la letra lo siguiente: *“en aplicación del artículo 87º de la Constitución Política, son formas mediante*

las cuales se procura, adicionalmente la atenuación de los riesgos para el ahorrista: ... 4. La constitución de provisiones genéricas y específicas de cartera, individuales o preventivas globales por grupos o categorías de crédito, para la eventualidad de créditos impagos, y la constitución de las otras provisiones y cargos a resultados, tratándose de las posiciones afectas a los diversos riesgos de mercado...". La referida norma, agrega además en su artículo 138º que: "las empresas que realizan operaciones sujetas a riesgo crediticio, efectuarán con cargo a resultados, las provisiones genéricas o específicas necesarias, según la calificación del crédito, conforme a las regulaciones de aplicación general que dicte la Superintendencia...". Bajo estas premisas y según los mandatos constitucionales, es obligación del Estado generar los mecanismos necesarios que permita garantizar la seguridad del capital utilizado por las entidades financieras al momento de realizar sus operaciones^[344].

¿Cuáles son estas «provisiones»? a.-Provisiones por depreciación de valores negociables a corto plazo de empresas del grupo^[345]; b.-Provisiones por depreciación de valores negociables a corto plazo de empresas asociadas^[346]; c.-Provisión para insolvencias de créditos a corto plazo a empresas del grupo^[347]; d.-Provisión para insolvencias de créditos a corto plazo a empresas asociadas^[348]; e.-Provisión por

^[344] Desde un punto de vista conceptual, es importante tener en cuenta que el riesgo de crédito aparece al principio de la operación, cuando el prestatario recibe el dinero. La morosidad es una realización ex post del riesgo de crédito.

^[345] Importe de las correcciones valorativas por pérdidas reversibles en la cartera de valores a corto plazo emitidas por empresa del grupo.

^[346] Importe de las correcciones valorativas por pérdidas reversibles en la cartera de valores a corto plazo emitidas por empresas multigrupo o asociadas.

^[347] Importe de las correcciones valorativas por pérdidas reversibles en créditos a corto plazo, concedidos a empresas del grupo. La estimación de tales pérdidas deberá realizarse de forma sistemática en el tiempo y, en todo caso, al cierre del ejercicio.

^[348] Importe de las correcciones valorativas por las pérdidas reversibles estimadas en crédito a corto plazo concedidas a empresas multigrupo y asociadas.

depreciación de valores negociables a corto plazo^[349] y; f.-Provisión para insolvencias de créditos a corto plazo^[350].

Si hemos aseverado al inicio de esta capitulación, que una de las razones esenciales para que el Derecho penal intervenga en el Sistema Bancario y Financiero, reside en la necesidad de proteger el ahorro de los clientes, los capitales de los inversionistas así como el correcto funcionamiento de las instituciones financieras, es lógico que se tipifique de manera concreta: la «infracción de deberes de salvaguarda de los fondos públicos», es decir, la penalización de aquellas conductas que colocan en un estado de riesgo dichos intereses, al no haber efectuado las provisiones específicas para créditos calificados como dudosos o pérdida u otros activos sujetos igualmente a provisión. En efecto, el manejo de los fondos públicos, requiere de una actuación bancaria y financiera prudente y responsable, para ello, deben sujetar su actuación a las normas que al respecto regula la SBS, precisamente para evitar posibles situaciones de riesgo financiero, que puedan colocar en peligro el buen funcionamiento de dichas instituciones.

Los créditos «dudosos o pérdida» constituyen todos aquellos préstamos que se otorgan a ciertos clientes, sin contar con un respaldo económico suficiente, que garantice su recupero. De recibo, la cartera de este tipo de créditos debe ser mínima, en el marco de una institución, cuya principal arma de confianza ante el público, es su solvencia y buen manejo de las finanzas; por tales motivos, la administración de dicha cartera, necesita que se tomen las provisiones elementales para impedir situaciones dificultosas de cara a futuro.

De forma que el legislador ha previsto como político-criminalmente oportuno, sancionar las conductas que omitiendo realizar las provi-

[349] Importe de las correcciones valorativas por pérdidas reversibles en la cartera de valores a corto plazo emitidos por sociedades que no tienen la consideración de empresas del grupo, multigrupo o asociadas.

[350] Importe de las correcciones valorativas por las pérdidas reversibles en créditos del subgrupo.

siones necesarias ante la posibilidad de un crédito impago, inducen a la aprobación del órgano social pertinente, a repartir dividendos o distribuir utilidades bajo cualquier modalidad o capitalizar utilidades, generando de este modo incertidumbre respecto a las consecuencias de los créditos otorgados ante la imposibilidad de sus pagos por parte de los deudores.

En el presente caso se trata de un delito mutilado en dos actos: en un primer momento se encontraría en el marco de una conducta "omisiva" donde se le atribuye responsabilidad al sujeto activo, que no cumplió con el deber de asignar las provisiones mínimas que garanticen el crédito; y en una segunda fase, es una "acción directa", en la medida que se induce al órgano social a la repartición de utilidades o dividendos aún conociendo que la falta de un respaldo frente a los créditos emitidos.

La repartición de utilidades o dividendos, únicamente puede proceder, cuando al final de un determinado ejercicio económico, se tiene como resultado que los activos (capital) son mayores a los pasivos. Empero, para ello se tiene que presentar los libros contables y financieros que acreditan tal situación, a todos los interesados, para su respectiva aprobación, con arreglo a las disposiciones legales sobre la materia. Por consiguiente, no se puede proceder a dicho reparto, cuando existe un estado de incertidumbre, en cuanto al recupero de los créditos dudosos, cuando los órganos competentes no realizaron las provisiones que las puedan garantizar, al advertirse un evidente riesgo de que se recuperación no puede efectivizarse, con ello una pérdida de capital significativo.

Para efectos de la realización típica de la norma penal, es necesario el cumplimiento de ambas fases, caso contrario, el comportamiento no podría adecuarse al tipo penal.

Asimismo, si tenemos en cuenta que el nuevo marco de capital asigna gran responsabilidad a los directores y la administración de los bancos en la implantación de procesos internos de evaluación de sus

dotaciones y metas de capital, en línea con los perfiles de riesgo de sus negocios y con sus sistemas internos de gestión y control^[351].

Entonces, es justificable que la norma penal haya previsto que para la materialización de la conducta típica es necesario que el sujeto activo cumpla con las características de ser “*director, administrador, gerente, funcionario, accionista o asociado de la institución bancaria o financiera*”, es decir, que para los efectos de la norma es imprescindible que el sujeto imputable cumpla con las condiciones específicas del tipo penal (adecuación) para que su conducta sea sancionable bajo los preceptos que rezan en el artículo in comento, conforme lo antes anotado.

3. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

La perfección delictiva del presente injusto penal, ha de ser constatada cuando el agente (obligado por Ley), no efectuó las provisiones correspondientes, induciendo a la aprobación del órgano social pertinente, a repartir dividendos o distribuir utilidades bajo cualquier modalidad o capitalizar utilidades; por tales motivos, se requiere una decisión exteriorizada por parte del órgano social competente (Directorio, Gerente General, etc.), que determine la distribución de utilidades o dividendos así como la capitalización de utilidades. No es necesario verificar que dichos dividendos hayan sido efectivamente distribuidos, basta con la decisión de repartirlos.

¿Cómo podemos distinguir este delito con la infracción administrativa? En que la última ha de verse configurada cuando el agente no procura las provisiones necesarias para el recupero del crédito dudoso; por lo que la inducción al reparto de utilidades por parte del órgano

^[351] Estos factores son los siguientes: provisiones por riesgo de crédito; estructura y asignación de capital; pruebas de tensión, suficiencia y mantenimiento de capital; organización, gestión y control interno, incluyendo riesgos importantes no considerados en la suficiencia de capital; gobierno corporativo y dirección; transparencia financiera y disciplina de mercado.

social pertinente, ha de ser el dato de disvalor, que hace de la conducta omisiva un hecho punible, concordante con la Ley N° 26702.

Si la inducción a los órganos representantes de la estructura social, no resulta positiva, pues aquellos se niegan a la admisión de la distribución de dividendos, estaremos ante un delito tentado.

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

La incriminación de la conducta esta condicionada al dolo del agente, conciencia y voluntad de realización típica; el autor induce a quienes ejercen el dominio social de la empresa bancaria y/o financiera, al reparto de utilidades o dividendos, sabiendo que no ha garantizado debidamente los créditos dudosos, mediando la procura de las provisiones necesarias. Se incluye la posibilidad de incriminación bajo título de dolo eventual: «conciencia del riesgo típico».

El tipo penal no exige la presencia de un elemento subjetivo del injusto de naturaleza trascendente, suficiente con el dolo del agente.

DESVÍO FRAUDULENTO DE CRÉDITO PROMOCIONAL

“El que aplica o desvía fraudulentamente un crédito promocional hacia una finalidad distinta a la que motivó su otorgamiento, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.”

I. FUNDAMENTOS DE LA INCRIMINACIÓN

Las entidades bancarias y/o financieras cuentan con una variedad de productos, cuyo ingreso al mercado consumidor se orienta a la captación de un número significativo de clientes, como palanque indispensable para la obtención de utilidades o dividendos. Los créditos por lo general viene gravados por ciertas tasas de interés, las cuales se verán incrementados cuando la tasa de morosidad es en realidad alta. Así, también entre los créditos que se ofertan al público, existen una serie de tipologías, “préstamos personales”, “créditos hipotecarios”, “arrendamiento financiero”; cada uno de ellos cuenta con sus propias particularidades. Lo que pretendemos destacar, es que su ingreso al mercado se efectúa mediando tasas de interés bajas, premios u todo tipo de incentivo que permite atraer una masa significativa de clientes.

Así también, el Estado participa en la concesión de «créditos promocionales», en el marco de la política social, con el objetivo de afrontar

determinadas situaciones de emergencia, ante una población afectada por un evento natural o humano.

Dicho lo anterior, ha de entenderse que dichos préstamos están dirigidos a un determinado sector de clientes, es decir, sólo han de tener como destinatarios ciertas personas naturales, quienes están obligados a emplearlos a un fin determinado. Cuando se desvía la aplicación de estos créditos, se propicia una seria perturbación de los instrumentos financieros que cuenta el Estado para promover una serie de actividades económicas; por tales motivos, el legislador hace uso del Derecho penal, como instrumento de contención y prevención de estas conductas disvaliosas. De forma específica con la tipificación del artículo 251° del CP.

Los créditos promocionales, son políticas de Estado determinadas por alguna circunstancia especial a través del cual se otorga un beneficio a un determinado grupo de personas con finalidades establecidas, como por ejemplo; incentivar las inversiones privadas o facilitar el acceso a créditos educativos, de investigación o especialización profesional. Como se puede percibir, estos créditos cuentan con un beneficio especial bajo la condición de que su utilización se escape al cumplimiento de los objetivos establecidos al momento de otorgar el desembolso.

Por lo general, estos créditos promocionales representan una herramienta implementada por el Estado para potenciar o desarrollar un determinado sector o población, asumiendo de ese modo su rol de intervención frente a las necesidades de financiamiento de estas personas y ante la posibilidad de crecimiento y mejor situación de vida; tal como se produjo luego del terremoto que remeció varias ciudades del Perú, para lo cual se concedió créditos para que los pobladores puedan reconstruir sus viviendas. En todo caso, constituye condición previa para la concesión de estos créditos que el financiamiento resulte ser digno de apoyo de acuerdo a criterios de la política de desarrollo. Ello se determina en base a los principios sectoriales de la política de desarrollo que el Estado prevé como conveniente.

En estos casos, el beneficiario del crédito está obligado a utilizar el capital recibido en calidad de préstamo en las actividades para las que fue otorgado, así por ejemplo, no podría utilizar un crédito educativo en actividades lucrativas o no podría invertir en comercializar autos, cuando el beneficio fue otorgado para el desarrollo agrícola. Un comportamiento contrario, genera un aprovechamiento ilegal por parte del sujeto activo y un fraude a la política implementada por el Estado, puesto que no se garantiza el destino de los fondos y además se priva a un determinado sector o población de tener la oportunidad de un beneficio en pro de su desarrollo.

En el ámbito del comercio, el aprovechamiento ilegal del crédito genera una alteración económica, puesto que los competidores se ven disminuidos frente a la menor responsabilidad de pago por parte del beneficiario del crédito, lo que conlleva a que éste último tenga mayores posibilidades de brindar un producto o servicio a un menor costo, o también aprovecharse de un mayor margen de ganancia lo que fortalece su posición en el mercado, desplazando a sus competidores. En el caso de los préstamos educativos, su mala utilización conlleva no sólo a la incertidumbre del destino del crédito, sino que además, se priva a quien realmente lo necesita de la posibilidad de poder tener un mejor futuro y de brindar al país un mejor servicio a través de calidad y especialización académica.

En resumidas cuentas, la intervención del derecho punitivo, no sólo ha de incidir en aquellos comportamientos que se cometen en el desarrollo de una actividad bancaria o financiera, teniendo como protagonistas a sus funcionarios, sino también a los particulares, quienes deben presentar información verás para la obtención de un crédito y, a su vez, de cumplir con los fines destinados a un «préstamo promocional»; lo que es objeto de castigo en todo caso es el aprovechamiento ilegal del crédito por parte del agente.

2. TIPICIDAD OBJETIVA:

a. Sujeto activo

Como se desprende de la redacción normativa, autor de este delito puede ser cualquier persona, a condición de que haya recibido un crédito promocional. El hecho de que el agente sea funcionario de una entidad bancaria, no provoca una circunstancia agravada.

b. Sujeto pasivo

Agraviado de este injusto penal, será el Estado, que se verá afectado en la correcta utilización de los créditos promocionales por parte de los particulares.

c. Modalidad típica

Es de verse que el artículo 251º del CP sanciona hasta con dos años de pena privativa de la libertad, cuando se utiliza un crédito promocional hacia actividades distintas a las que motivó el crédito; vendría a constituirse en una Malversación de créditos cometidos por particulares.

Del contenido de la referida norma se aprecia que el sujeto activo puede ser cualquier persona (siempre y cuando se encuentren dentro de las características exigidas como requisitos para el crédito promocional), situación diferente a los tipos penales anteriormente comentados donde el sujeto activo debía contar con una condición especial (director, gerente, administrador, funcionario, etc.). Por consiguiente, se trata de un «delito común».

Primer punto a saber es que el crédito debe ser «promocional», es decir, aquel que cuenta con ciertas particularidades, dirigido a un sector de la población afectada con un determinado evento; cuya tasa de interés es por lo tanto bajísima, a veces acompañada por un bono conteniendo una suma específica de dinero. Si el préstamo no cuenta con dicha condición, el comportamiento queda fuera del ámbito de protección de la norma, por ende, «atípico».

Segundo punto a saber, es que el crédito tiene que contar con una finalidad pre-determinada, en el sentido, de haberse establecido de antemano los objetivos que debe cubrir el préstamo: v.gr., construcción de viviendas, pagos escolares, de salud, etc.; pues si los cometidos son fijados a posteriori, no estaremos ante una conducta dolosa de relevancia jurídico-penal.

Tercer punto a saber, es que el agente debe desviar u aplicar de forma efectiva, el capital dinerario que recibe por concepto del préstamo promocional; habiéndolo receptado hace un uso ilegítimo. En vez de comprar los materiales de construcción para su vivienda, adquiere un vehículo del año.

Realizando un análisis del injusto penal, podrían presentarse ciertas circunstancias excepcionales, que hagan de la conducta típica un comportamiento justificado por el ordenamiento jurídico («precepto permisivo»). Pueden acontecer un «estado de necesidad justificante», en el cual no quede otra opción que dar un empleo distinto del capital recibido; por ejemplo, si un miembro de la familia debe ser operado de urgencia, a fin de salvaguardar su vida o su salud. En efecto, los bienes jurídicos vitales del ser humano, constituyen intereses predominantes ante el Orden Bancario y Financiero; de modo, que la utilidad que se le da al dinero recibido como crédito promocional, deja de lado el disvalor de su desvío por parte del autor.

3. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

El delito in examine adquiere perfección delictiva, cuando el autor logra desviar u aplicar de forma efectiva el préstamo promocional recibido, a fin ajeno al determinado en su concesión. Todos los actos anteriores a la aplicación del dinero, si es que revelan ya una suficiente peligrosidad objetiva, han de ser reputados como delito tentado.

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

Cuando el sujeto activo conoce plenamente la imposibilidad (ilegalidad) de desviar el crédito promocional, entonces su comporta-

miento es imputable a título doloso, puesto que aún conociendo que su conducta es fraudulenta, busca obtener un provecho del mismo. Basta con la conciencia del riesgo típico, por lo que resulta admisible la punición a título de dolo eventual. Cualquier ignorancia que haya de develarse sobre los elementos constitutivos del tipo penal, han de ser resuelto por la fórmula normativa del Error de Tipo.

Vayamos a ver, que determinadas personas, en mérito a ciertos factores, al estar desvinculados con el derecho positivo vigente, desconozcan que la conducta se encuentra prohibida, es decir, desconocimiento de la antijuridicidad, que podrá repercutir en un Error de Prohibición (vencible o invencible). Dicho elemento de atenuación y exoneración de responsabilidad penal puede entrecruzarse de plano con el Error de Comprensión Culturalmente Condicionado.

USO INDEBIDO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA-FORMAS AGRAVADAS

“El que obtiene un beneficio o se evita un perjuicio de carácter económico en forma directa o a través de terceros, mediante el uso de información privilegiada, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno (1) ni mayor de cinco (5) años.

Si el delito a que se refiere el párrafo anterior es cometido por un director, funcionario o empleado de una Bolsa de Valores, de un agente de intermediación, de las entidades supervisoras de los emisores, de las clasificadoras de riesgo, de las administradoras de fondos mutuos de inversión en valores, de las administradoras de fondos de inversión, de las administradoras de fondos de pensiones, así como de las empresas bancarias, financieras o de seguros, la pena no será menor de cinco (5) ni mayor de siete (7) años.”

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

El CP –al tiempo de su promulgación-, supuso un ideario punitivo novedoso, en medida que habría de incluir nuevos bienes jurídicos –objeto de protección-, distintos a la tradicional concepción individualista, producto de la nueva estructura de la sociedad y de los sistemas que la dinamizan; de modo, que se incluyeron comportamientos

típicos susceptibles de lesionar y/o poner en peligro intereses jurídicos meta-individuales, dígase colectivos, teniendo como plataforma los fundamentos que se desprenden de un Estado Social y Democrático de Derecho. En tal mérito, tuvieron acogida aquellos injustos que atentan contra el Orden Económico y, en encuadrados en un sub-sistema el Orden Financiero y Monetario.

Como hemos tenido oportunidad de analizar a lo largo de estas titulaciones, se penalizan en el glosario normativo, aquellas conductas que atentan contra los principios básicos y esenciales de una Economía Social de Mercado así como aquellas que perturban y afectan el correcto funcionamiento del Orden Bancario y Financiero, desde un baremo de subsidiariedad y de *ultima ratio* del Derecho Penal.

En el marco de las continuas reformas político criminales, el legislador es proclive a la formulación de nuevos tipos penales, que muy raramente, se ajustan al orden sistemático que debe regir en cualquier cuerpo legal. Con ello, pretendemos destacar que la incorporación del artículo 251º-A al CP vía el Decreto Legislativo N° 861^[352] del 22 de octubre de 1996 («Abuso de Información Privilegiada»), hace alusión a una esfera de actuación muy particular y específica, que no se condice con el resto de figuras delictivas contenidas en el Título X del CP, al referirse al «Mercado Bursátil», concretamente la Bolsa de Valores, aquel lugar donde concurren los agentes de intermediación, a efectos de concretar una serie de transacciones bursátiles, mediando la cotización de acciones, título nominales, etc.

^[352] Sobre su incorporación vía Decreto Legislativo, Bramont-Arias Torres, sostiene que ello demuestra poca seriedad y rigurosidad jurídica en el ámbito del derecho penal, por ello es imperativo que las modificaciones de la norma penal se realicen en dispositivos legales independientes y no en aquellos "referidos a otros ámbitos del ordenamiento jurídico"; Delito de Información Privilegiada. En: Temas de Derecho. Facultad de Derecho de la UPSMP, N° 04, 1997, cit., p. 21.

Con propiedad podemos decir, que el tipo penal del Abuso de Información Privilegiada, tiene que ver con una específica actuación de agentes que realizan funciones complejas, dada la naturaleza de las actividades económicas que rigen su funcionamiento; por lo que hubiese sido mejor, su ubicación en un apartado especial, conjuntamente con los artículos 213°-A^[353] y 243°-B^[354]; en el sentido, de dichos injustos toman lugar en un marco específico el: "Mercado Bursátil".

Lo que debemos reconocer, es que la sanción de este delito se corresponde a las necesidades político criminales, en cuanto a la identificación de un bien jurídico necesitado de tutela penal. El Mercado Bursátil constituye un ámbito económico, donde confluyen ingentes capitales de dinero, producto de su versatilidad y la forma de cómo se transfieren los valores bursátiles. Por consiguiente, la debida interpretación del artículo 251°-A, requiere necesariamente del manejo de ciertos conceptos privativos del Derecho bursátil, que se contienen en el Decreto Legislativo N° 861 - Ley del Mercado de Valores («Ley Penal en Blanco»).

Dicho lo anterior, constituye tarea de la hermenéutica jurídico-penal, definir el bien jurídico protegido por la figura delictiva in examine.

2. BIEN JURÍDICO

De plano hemos de negar que el bien jurídico se corresponda con el concepto del Orden Financiero, por los argumentos antes esbozados, de manera que hemos de identificar el ámbito de protección del artículo 251°-A, seguido por criterios de delimitación con la infracción administrativa que se desprende del Decreto Legislativo N° 861.

^[353] Vide, al respecto, Peña Cabrera Freyre, A.R.; Derecho Penal. Parte Especial, T. II, cit., ps. 564-569

^[354] Al respecto, ver el análisis delineado en el delito de Ejercicio no Autorizado de Agentes de Intermediación.

En efecto, con la sanción del presente delito, podemos decir, que el Mercado de Valores es doblemente tutelado por el Derecho Público sancionador; tanto por el Derecho Administrativo sancionador como por el Derecho penal. Empero, la intervención del derecho punitivo, debe obedecer a fundamentos precisos de orden material, amén de cautelar el principio de *ultima ratio*.

En el presente hipótesis, estamos ante una manifestación de los delitos «Socio-económicos», cuya materialidad detenta un doble plano a saber: primero, un marco supra-individual y, segundo, intereses individuales de orden patrimonial. Aspecto en cuestión que incide en la naturaleza jurídica de esta figura delictiva, en el sentido de si es un delito de resultado o de peligro concreto, asunto en discusión que será dilucidado más adelante.

El artículo 16°-A de la LMV, incorporado por la Ley N° 27649 del 23 de enero del 2002, dispone que: *“las personas inscritas en el Registro que actúan en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes de inversión como asesorando o administrando inversiones en valores por cuenta de terceros o patrimonios autónomos, deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado. Asimismo, deberán organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos. Estas personas deben gestionar su actividad de manera ordenada y prudente, cuidando los intereses de los clientes como si fueran propios, asegurándose de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados”*.

Del precepto legal invocado se colige, que el correcto funcionamiento del mercado bursátil, depende en gran medida, que los agentes de bolsa sujeten su actuación a los principios de rectitud, integridad, en especial, en tutela de los intereses patrimoniales («comitentes»), que tienen el deber de representar con lealtad, prudencia y responsabilidad.

De modo tal, que les resulta prohibido anteponer sus propios intereses a los intereses que han de cautelar de forma permanente.

Lo descrito se desprende de una normativa estrictamente administrativa, por tales motivos, resulta indispensable agregar ciertos elementos, que nos permita sustentar la legitimidad de la intervención del Derecho penal así como su diferencia con el injusto administrativo. Como pone de relieve Ruiz Rodríguez, la lealtad ha de servirnos exclusivamente como criterio aglutinador de tipos delictivos en los que la violación de los deberes que le son específicos se convierte en el instrumento de comisión de los delitos, pudiendo descubrirse en cada tipo de infidelidad un bien jurídico como fundamento material distinto^[355]. En efecto, la infracción al «deber de lealtad», no constituye, a nuestro entender, suficiente baremo para convalidar la reacción punitiva estatal, por estar desprovisto de una materialidad suficiente de disvalor.

Ahora bien, que duda cabe que la persona que actúa en el marco del mercado bursátil, es una persona (*insider trading*) que posee de conocimientos especiales sobre la materia, es decir, no cualquier profano esta en condiciones de negociar valores bursátiles, de forma que el manejo de cierta información de relevancia, puede generar dividendos importantes a los titulares del patrimonio fideicometido o, a la inversa, propiciar daños materiales (patrimoniales) cuantiosos, cuando dicha información es empleada en franca lesión a los intereses que el gestor esta en la obligación de tutelar, al interponer sus intereses estrictamente «personales». Por ello, debe entenderse, que estos delitos sólo pueden ser cometidos por personas que interactúan en el mercado de valores, como agentes de intermediación (de bolsa), en tal mérito, consideramos jurídicamente inadecuado, que el legislador haya formulado un tipo penal «mixto», pues puede ser cometido tanto por un particular como por un sujeto funcionalmente cualificado.

^[355] Ruiz Rodríguez, L.R.; El Abuso de Información Privilegiada en Derecho Español. En: La Regulación Penal del Mercado de Valores. Editorial Librería Portocarrero, junio del 2001, cit., p. 94.

Por otro lado, debe reconocerse que si bien el objeto de disvalor, viene definido por la tutela de intereses patrimoniales individuales, no es menos cierto que la represión penal encierra un interés meta-individual; no sólo se pretende cautelar la correcta actuación de los agentes de bolsa sino también el correcto desarrollo del mercado bursátil.

En la doctrina especializada definen al bien jurídico, como un objeto jurídico supraindividual difuso que consiste en un correcto funcionamiento del mercado de valores, caracterizado en concreto por el respeto al principio de igualdad de oportunidades de los inversores^{[356][357]}.

Cuando un sujeto interviniente en el mercado de valores, lo hace merced a la disposición de informaciones desconocidas para el público, actúa en condiciones de desigualdad, de abuso, frente a quien realiza la misma operación sin esos datos, y como consecuencia el mercado de valores sufre una reducción de su credibilidad, ya que el inversor desconfía de que futuras operaciones sean representativas de la situación real de las cotizaciones y del mercado, apunta Ruiz Rodríguez. Pero, donde realmente se incide es sobre la actividad bursátil del inversor, que es la que realmente se dirige a satisfacer necesidades concretas, y la que ve mermada por la desconfianza de los inversores en el mercado»^[358].

^[356] Martínez-Buján Pérez, C.; Comentarios al Código Penal. Vol. III, cit., p. 1382.

^[357] El mismo autor, escribe que el bien jurídico de la necesaria transparencia del mercado de valores se configuraría como una mera abstracción conceptual, que englobaría una colectividad difusa integrada por el conjunto de libertades de disposición y de patrimonios de los sujetos individuales participantes en el mercado de valores; Derecho Penal. Parte Especial, cit., p. 583.

^[358] Ruiz Rodríguez, L.R.; El Abuso de Información Privilegiada..., cit., ps. 101-102.

El bien jurídico protegido, a decir de González Rus, es el correcto funcionamiento del mercado de valores, en el que la formación de los precios debe ser consecuencia de la normal evolución de las contrataciones. Ello constituye la garantía básica de los derechos de los inversores, que deben concurrir al mismo en condición de igualdad de riesgo, y cuya confianza en la transparencia del mercado es indispensable para su mantenimiento y para el propio sistema económico y financiero^[359].

Como se ha sostenido los agentes de intermediación en Bolsa, han de sujetar su desempeño con lealtad, con el compromiso de velar por el patrimonio encargado por los comitentes, en el sentido de invertir en los mejores términos bursátiles; por tales motivos, el agente de bolsa adquiere la calidad de «Garante», del patrimonio fideicometido que debe proteger. En tal virtud, cuando el agente abusa de la Información que maneja en razón de la función que realiza, provoca una defraudación de las legítimas expectativas de los titulares de los patrimonios, con ello se produce una grave distorsión del correcto funcionamiento del Mercado Bursátil.

A nuestro entender, no es propiamente el principio de «igualdad» el objeto de tutela por parte del artículo 251º-A del CP, pues dicho criterio no asume en propiedad suficiente disvalor para sustentar el merecimiento y necesidad de pena; mas bien, los potenciales peligros que acarrea para los inversionistas que información de naturaleza «privilegiada», esto es, de relevancia para la suscripción de transacciones bursátiles, haya de ser empleada con propósitos ajenos a los que debe guiar la actuación de los agentes de intermediación, en el sentido de atentar contra los patrimonios de los comitentes, de posibles adquisiciones a contraer o de evitarse perjuicios económicos, cuando las acciones en bolsa han de ser vendidas ante una baja evidente de su

^[359] González Rus, J.J.; Delitos Socioeconómicos (VIII), cit., p. 817.

cotización. Punto en cuestión de importancia, para delimitar el injusto penal del injusto administrativo.

Se dice, entonces, que el Derecho penal debe ser notablemente más selectivo, identificando entre todos los deberes de actuar y omitir impuestos a los «iniciados» aquellos cuya vulneración resulta intolerable para el correcto funcionamiento del sistema del mercado mobiliario. A tal finalidad responde la necesidad de limitar el círculo de sujetos activos del delito, marcar los contornos precisos de las informaciones no utilizables en Bolsa y, probablemente también, introducir un límite cuantitativo a la intervención penal de forma que se desechen comportamientos con un insuficiente grado de ofensividad^{[360][361]}.

Si bien la función especial que se le encomienda al agente de intermediación (*insider*), identifica un plus de disvalor, en cuanto al prevalimiento de dicha actuación, al margen de la tipificación de la *lege lata*, no es menos cierto, que los intereses bursátiles defraudados, en cuanto a la magnitud del ataque antijurídico, ha de ser tomado en cuenta para la determinación de la relevancia «jurídico-penal» de la conducta.

^[360] Valle Muñiz, J.M./ Morales Prats, F.; Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. T. II, cit., p. 865.

^[361] En contra Ruiz Rodríguez, al sostener que resulta coherente entender que la intervención del Derecho penal en esta materia esté en función no de la gravedad cuantitativa del ataque, sino de las características de las funciones ejercidas por los sujetos activos del delito, ya que de esta forma la actividad inversora bursátil resulta más perjudicada por la deslealtad de quien abusa de la información frente a su comitente, que espera que su actividad bursátil sea gestionada con limpieza y ponderando sus intereses sobre los del tenedor de la información no pública; *El Abuso de Información Privilegiada...*, cit., p. 102.

3. TIPICIDAD OBJETIVA:

a. Sujeto activo

La determinación del círculo de autores –a efectos penales–, resulta un aspecto de análisis importante en este apartado de la codificación punitiva. Si hemos sostenido que uno de los fundamentos material de la penalización de la conducta del «Abuso de Información Privilegiada», constituye el aprovechamiento que perpetra el *insider trading*, al hacer uso ilegal de la denominada «Información Confidencial», la responsabilidad penal habría de recaer únicamente sobre aquellas personas que interactúan como agentes intermediarios en el Mercado Bursátil. Sin embargo, la *lex lata*, nos da una perspectiva distinta, pues es de verse, que según la redacción normativa del primer párrafo del artículo 251º-A del CP, autor puede ser «cualquier persona», constituyendo circunstancia agravante cuando el agente reúne algunas de las condiciones que se detallan en la descripción normativa del segundo párrafo. De tal forma, que se trataría de un «delito especial impropio», contrario a las descripciones típicas del derecho comparado, v.gr., el artículo 285º del CP español.

A nuestro entender, el legislador se equivocó tremendamente, no sólo por razones legitimadoras del Derecho penal, sino también por consideraciones de orden práctico, en la medida que personas ajenas (*extraneus*) al Mercado Bursátil no están en condición precisamente de manejar dicha información. Si bien dicha opción no es desdeñable a rajatabla, no es menos cierto que si el particular acceder a dicha información, será por obra de un comportamiento típicamente atribuible al *insider trading* y, si esto es así, no existiría problema alguno para penalizar dicho comportamiento a título de «partícipe», al igual de cómo acontece en los delitos que atacan la Administración Pública.

De distinto parecer es Reyna Alfaro, al señalar que si bien la idea de que se reduzca el tipo penal a criterios restrictivos, tiene el acierto de propugnar el respeto de los principios de intervención mínima y fragmentariedad, en cuya virtud el Derecho penal aparece como *ultima*

ratio, en la medida que reprime sólo los comportamientos cometidos por los *insiders*, que suponen en relación con los comportamientos ejecutados por los *extraneus*, un mayor grado de injusto, es también evidente que dejan en gran medida desprotegido el bien jurídico penal en resguardo y ofrecen una puerta abierta a la impunidad^[362].

La esfera de organización específica en la cual se desenvuelve el agente de intermediación del Mercado Bursátil, constituye la plataforma funcional por la cual se construye la figura delictiva in examine y sobre aquella nunca podrá estar situado el *extraneu*; por tales motivos, el injusto penal en análisis debe ser perfilado normativamente como un «delito especial propio».

Sobre la operatividad de la separación efectuada por el legislador peruano, Ruiz Rodríguez, escribe que ésta debe ser cuestionada por las mismas razones que fue criticada la opción del proyecto español. La normativa administrativa peruana ésta diseñada para incluir entre sus prohibiciones a los operadores del mercado, y no para incluir a cualquier sujeto que ocasionalmente pueda acceder a la información, lo que se deduce de los presunciones de acceso de los artículos 41 y 42 de la LMV de 1996, así como del contenido de las prohibiciones del artículo 43 que están dirigidas a personas que sean profesionales de la actividad^[363]. La restricción del círculo de sujetos activos a los iniciados primarios parece correcta. Con ello, tan sólo se castiga penalmente la infracción de unos especiales e intensos deberes de confidencialidad y sigilo que, lógicamente, deben soportar los que por su actividad, función o cargo detentan una situación de privilegio en el acceso de la información reservada^[364].

[362] Reyna Alfaro, L.M.; El Abuso de Información Privilegiada en el Derecho Penal Peruano. En: La Regulación Penal del Mercado de Valores, cit., p. 46.

[363] Ruiz Rodríguez, L.R.; El Abuso de Información Privilegiada..., cit., p. 109.

[364] Valle Muñoz, J. y otro; Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. T. II, cit., p. 867; Así, Martínez-Buján Pérez, C.; Comentarios al Código Penal, Vol. III, cit., p. 1385.

Lo que aquí se trata de evitar es que los operadores habituales de este tipo de mercados (*insider*), o que quienes realicen una operación en los mismos hagan uso abusivo o desleal de informaciones reservadas y relevantes capaces de alterar la transparencia del mercado y la igualdad de los inversores^[365].

Según el tipo penal peruano, pueden estar incurso en la modalidad agravada quienes ejercen la función de «director, funcionario o empleado de una Bolsa de Valores, de un agente de intermediación, de las entidades supervisoras de los emisores, de las clasificadoras de riesgo, de las administradoras de fondos mutuos de inversión en valores, de las administradoras de fondos de inversión, de las administradoras de fondos de pensiones, así como de las empresas bancarias, financieras o de seguros».

Cuando la información es llevada de forma compartida, por dos *insiders*, puede darse un caso de co-autoría, si es que se revela el «co-dominio funcional del hecho».

Conforme a la descripción típica en cuestión, quien se hace del beneficio o se evita de un perjuicio de carácter económico «en forma directa o a través de terceros», es decir, puede realizar de forma personal el uso indebido de la información privilegiada o a través de un tercero intermediario, que sería el agente de intermediación. Si se emplea a quien ostenta la función especial y, claro está, este obra con dolo, en el caso de ser un delito especial, no se puede hablar de un caso de Autoría Mediata, pues el hombre de atrás nunca podrá ser autor al carecer de los elementos que fundamentan la autoría; de manera que se daría una Instigación. Mientras, que la regulación propuesta por el derecho positivo, daría la siguiente resolución: el *extraneus* sería penalizado según el tipo base y, el *insider trading* según la penalidad propuesta en la modalidad agravada, siempre que éste último haya actuado con dolo; es decir, cada uno responde por su propio injusto.

[365] González Rus, J.J.; Delitos Socioeconómicos (VIII), cit., p. 819.

La posibilidad de que éste último actúe con «ceguera sobre los hechos» - Error de Tipo, es en realidad difícil de admitir, pues quien maneja toda la información es él precisamente y, sabe perfectamente que debe actuar según los parámetros de sigilo y salvaguarda, como se desprende de la LMV.

b. Sujeto pasivo

Común denominar en esta clase de delitos, es que el Estado asuma la titularidad de todos aquellos sub-sistemas que se integran el Sistema Económico; lo que no obsta a reconocer que intereses en esencia individuales (comitentes, inversores, etc.), puedan verse lesionados.

c. Elementos de valoración típica

Primer punto saber, es con respecto a la definición de la «Información Privilegiada», para ello resulta un imperativo remitirnos a la normatividad administrativa sobre la materia.

El Capítulo III - Sub-Capítulo I (De la Información Privilegiada) de la LMV, dispone en el artículo 40º, que para los efectos de esta ley, se entiende por información privilegiada cualquier información proveniente de un emisor referida a éste, a sus negocios o a uno o varios valores por ellos emitidos o garantizados, no divulgada al mercado y cuyo conocimiento público, por su naturaleza, sea capaz de influir en la liquidez, el precio o la cotización de los valores emitidos. Comprende, asimismo, la información reservada a que se refiere el artículo 34º de esta ley y aquella que se tiene de las operaciones de adquisición o enajenación a realizar por un inversionista institucional en el mercado de valores, así como aquella referida a las ofertas públicas de adquisición. El artículo 34º (*in fine*), establece que puede asignarse a un hecho o negociación en curso el carácter de reservado, cuando su divulgación prematura pueda acarrear perjuicio al emisor.

El artículo 43º de la LMV, tipifica como «Prohibiciones», disponiendo que las personas que posean información privilegiada, están prohibidas de:

— USO INDEBIDO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA - FORMAS AGRAVADAS —

- a) Revelar o confiar la información a otras personas hasta que ésta se divulgue al mercado;
- b) Recomendar la realización de las operaciones con valores respecto de los cuales se tiene información privilegiada; y,
- c) Hacer uso indebido y valerse, directa o indirectamente, en beneficio propio o de terceros, de la información privilegiada.

Estas personas están obligadas a velar porque sus subordinados acaten las prohibiciones establecidas en este artículo.

Las personas que incumplan las prohibiciones establecidas en el presente artículo deben hacer entrega al emisor o fondo, cuando se trate de información relativa a las operaciones de los fondos mutuos, fondos de inversión y de pensiones, de los beneficios que hayan obtenido.

Según el contenido de los preceptos legales invocados, la Información Privilegiada en definitiva no es cualesquiera, primero debe emanar de un emisor, en cuanto a todas los valores bursátiles, cuya propia naturaleza puede repercutir en el marco propio de las transacciones bursátiles, incidiendo en los términos de la negociación en Bolsa.

Lógicamente la «relevancia» de la información debe estar presente al momento de la comisión del hecho punible.

En el caso de la «Información Reservada», en la definición que se contrae del artículo 34° de la LMV, no se ha hecho alusión a que la información pueda influir en la liquidez, el precio o la cotización de los valores emitidos; por tales motivos, ha de seguirse un criterio de interpretación sistemática, a fin de resguardar el fundamento material del injusto. Así, Ruiz Rodríguez, al sostener que si una información es reservada pero carece de la capacidad para influir en la “liquidez, el precio o la cotización de los valores emitidos”, no deberá completar el sentido de la prohibición penal, y ello aunque pueda acarrear un perjuicio al emisor, porque eso da sentido a la finalidad del artículo

34, pero no a la del artículo 40 en relación con el artículo 251-A del Código penal peruano^[366].

¿Cuál sería, por tanto, la distinción entre la infracción administrativa y el injusto típico, contemplado en el artículo 251°-A? Como es de verse del derecho positivo vigente, el legislador no ha empleado un término cuantificador, como sí se revela en el caso del artículo 285° del CP español donde el límite es un beneficio económico superior a 75 millones de pesetas o cuando un perjuicio de idéntica identidad. De modo, que la divergencia debe ser identificada en otros elementos a saber. Conforme se describe en el artículo 40° de la LMV, para que se constate la infracción administrativa, basta que la denominada «Información Privilegiada» sea divulgada a terceros, siempre que la misma sea susceptible de influir en la liquidez, el precio o la cotización de los valores emitidos; de manera que no se exige la presencia de un resultado «material», en el sentido, de la «obtención de un beneficio o de evitarse un perjuicio de contenido económico», como se desprende del tipo penal in comento^[367]. Elemento que incide también en la naturaleza jurídica de este delito, que a nuestro entender es de resultado.

Por otro lado, el artículo 41° de LMV, configura la denominada «Presunción de Acceso», disponiendo que salvo prueba en contrario, para efectos de la presente ley, se presume que poseen información privilegiada:

- a) Los directores y gerentes del emisor y de los inversionistas institucionales, así como los miembros del Comité de Inversiones de estos últimos, en su caso;

^[366] Ruiz Rodríguez, L.R.; El Abuso de Información Privilegiada..., cit., p. 112.

^[367] A decir, de Reyna Alfaro, es un error del legislador peruano pues establecer una cuantía permite distinguir claramente entre el ilícito administrativo y el delito, con lo cual se mantiene indemne el principio del "non bis in idem"; no obstante, es indispensable que el límite (quantum) se a fijado teniendo como dato primordial la "alteración apreciable de la cotización"; El Abuso de Información Privilegiada..., cit., p. 49.

— USO INDEBIDO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA - FORMAS AGRAVADAS —

- b) Los directores y gerentes de las sociedades vinculadas al emisor y a los inversionistas institucionales;
- c) Los accionistas que individualmente o conjuntamente con sus cónyuges y parientes hasta el primer grado de consanguinidad, posean el diez por ciento (10%) o más del capital del emisor o de los inversionistas institucionales; y,
- d) El cónyuge y los parientes hasta el primer grado de consanguinidad de las personas mencionadas en los incisos precedentes.

Así también se encuentra regulado una extensión de presunciones en el artículo 42º, habiéndose establecido que salvo prueba en contrario, para efectos de la presente ley, se presume que tienen información privilegiada, en la medida que puedan tener acceso al hecho objeto de la información, las siguientes personas:

- a) Los socios y administradores de las sociedades auditoras contratadas por el emisor;
- b) Los accionistas, socios, directores, administradores y miembros de los Comités de Clasificación de las clasificadoras, así como los integrantes de la Comisión Clasificadora de Inversiones a que se refiere el Decreto Ley N° 25897;
- c) Los administradores, asesores, operadores y demás representantes de los agentes de intermediación;
- d) Los miembros del consejo directivo, gerentes y demás funcionarios de las bolsas y entidades responsables de la conducción de mecanismos centralizados;
- e) Los directores y funcionarios de las instituciones encargadas del control o supervisión de emisores de valores de oferta pública o inversionistas institucionales, incluyendo CONASEV, la Superintendencia y la Superintendencia de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones;
- f) Los directores, gerentes y demás funcionarios de las instituciones de compensación y liquidación de valores;

- g) Los dependientes que trabajen bajo la dirección o supervisión directa de los directores, gerentes, administradores o liquidadores del emisor e inversionistas institucionales;
- h) Las personas que presten servicios de asesoría temporal o permanente al emisor vinculadas a la toma de decisiones de gestión;
- i) Los funcionarios de las instituciones financieras que estén a cargo de los créditos a favor del emisor;
- j) Los funcionarios del emisor y de los inversionistas institucionales, así como de sus sociedades vinculadas; y,
- k) Los parientes de las personas señaladas en los incisos a), b) y c) del artículo anterior y de las mencionadas en los incisos precedentes.

Como es de verse de la legislación extra-penal, son muchas las personas que podrían acceder a la denominada «Información Privilegiada»; mas con respecto a la categoría de autor a efectos penales, sólo pueden ser incriminados aquellos que están detallados en el artículo 251°-A. Cualquier extensión por obra de una interpretación por analogía, se encuentra proscrita, en mérito al principio de legalidad; sin defecto de ser pasibles de responsabilidad administrativa.

Luego, cabe agregar que sobre el «Deber de Reserva», existen ciertas excepciones, conforme se estipula en el artículo 47° de la LMV modificado por el artículo 9° de la Ley N° 27649 del 23 de enero del 2002, que establece que el deber de reserva no opera en los siguientes casos:

- a) Cuando medien pedidos formulados por los jueces, tribunales y fiscales en el ejercicio regular de sus funciones y con específica referencia a un proceso o investigación determinados, en el que sea parte la persona a la que se contrae la solicitud; de conformidad con la Quinta Disposición Final de la Ley N° 27785, publicada el 23 de julio del 2002, se incluye dentro de los alcances del presente literal, los pedidos formulados por la

Contraloría General en el ejercicio regular de sus funciones y con específica referencia a un proceso de control determinado.

- b) Cuando la información concierna a transacciones ejecutadas por personas implicadas en el tráfico ilícito de drogas o que se hallen bajo sospecha de efectuarlo, favorecerlo u ocultarlo y sea requerida directamente a CONASEV o, por conducto de ella, a las bolsas, demás entidades responsables de la conducción de mecanismos centralizados, a las instituciones de compensación y liquidación de valores, así como a los agentes de intermediación, por un gobierno extranjero con el que el país tenga suscrito un convenio para combatir y sancionar esa actividad delictiva; y,
- c) Cuando la información sea solicitada por organismos de control de países con los cuales CONASEV tenga suscritos convenios de cooperación o memoranda de entendimiento, siempre que la petición sea por conducto de CONASEV y que las leyes de dichos países contemplen iguales prerrogativas para las solicitudes de información que les curse CONASEV.

Dicho lo anterior, cuando se divulgue información contenida en las transacciones bursátiles, por parte del *insider trading*, en mérito a una solicitud formulada por los organismos descritos en el articulado precitado, dicha actuación serán “penalmente atípica”. Al respecto cabría la siguiente interrogante: ¿Qué sucedería si por ejemplo los órganos de control filtran la información recibida, a fin de que ciertas personas se vean beneficiados en el Mercado Bursátil? Si hemos de convenir, que la configuración típica está condicionada a que el agente haga un uso indebido de Información Privilegiada, que tiene conocimiento en virtud de su función, no podría ser penalizable, al ser una persona distinta, no obstante, se lee del tipo penal, que puede ser cualquiera quien da un empleo ilegal a la Información Privilegiada. En definitiva, los funcionarios del Sistema de Control no están autorizados para develar la información que manejan en una investigación y, si así lo hacen estarán incurso en la figura delictiva in examine.

d. Modalidad del injusto

En el ámbito de los delitos financieros, el concepto de información privilegiada nace como consecuencia de la necesidad de mantener los principios que ordenan el buen funcionamiento, integridad y equilibrio del sistema, como son la transparencia, igualdad y confidencialidad encaminadas a tutelar eficientemente la salud de la economía. En general, se puede definir *“como aquella información que presentando caracteres de relevancia o concreción, no ha sido aún divulgadas, cuyo contenido tiene especial relevancia en orden al valor de las transacciones bursátiles en la Bolsa”*.

De acuerdo al tenor del artículo 251°-A del Código Penal, el uso indebido de información privilegiada constituye un delito contra el sistema financiero y además se caracteriza por su afectación difusa, por ende, constituiría un delito de peligro, puesto que la difusión de la información puede generar un serio riesgo para el funcionamiento y normal desarrollo del sistema financiera. Sin embargo, según se puede ver de la descripción típica, parece que el legislador otorgó una mayor preponderancia a los intereses patrimoniales de los comitentes, al condicionar la punición de la conducta a la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio económico. Con ello, se aparta de la estructura natural de aquellos injustos que atacan bienes jurídicos supra-individuales, cuya tipificación toma lugar a partir de la imagen de los tipos de peligro.

Es importante precisar que en este ámbito de la criminalidad, se advierte básicamente dos criterios de imputación: Por una parte encontramos la tesis imperante en el sistema norteamericano, inspirado en un sistema subjetivista, que sanciona a quien infringe la prohibición cuando el sujeto activo del delito se haya vinculado con un deber de fidelidad o lealtad con la entidad financiera, bursátil o del mercado de valores (En la legislación colombiana se ha tenido en cuenta esta posición). No obstante, este criterio esencialmente restrictivo se ha ampliado posteriormente, a través de la adopción de la *misappropriation theory*, llegando a considerar dentro de los alcances de la responsabi-

lidad a personas que, aún careciendo de una relación de confianza, se han apropiado indebidamente de la correspondiente información (esta es la posición adoptada por la legislación peruana)^[368].

En el otro extremo, nos hallamos ante un criterio objetivista, dominante en legislaciones europeas, el cual prescinde de la naturaleza o carácter de la relación existente entre quien se sirve de la información y la entidad a que ella se refiere, poniendo el énfasis en las características que posee la información misma cuyo aprovechamiento o divulgación constituye el objeto de prohibición^[369].

En el modelo punitivo, la característica especial es que el uso indebido de información privilegiada ha sido adecuado a los tipos penales ubicados en el ámbito de los delitos financieros, situación distinta a otros países como en Chile donde el comportamiento ha sido penalizado cuando se afecta específicamente el mercado de valores, dejándose de lado las actividades de las entidades financieras, de banca y seguros.

La información que se usa, debe ser aquella conocida en el marco de un término de reserva, en cuanto a la función que desempeña el *insider trading* en los negocios y transacciones bursátiles^[370]; sin embargo, al haber el legislador tipificado un tipo penal mixto, la información puede ser obtenida por otros canales.

^[368] Vide, al respecto Alcalde Rodríguez, E.; 2000. Uso de información privilegiada: Algunas consideraciones sobre el sentido y alcance de la prohibición en relación con su sujeto, objeto y sanción. En: Revista chilena de derecho. Vol. 27 N° 1., cit. p., 13.

^[369] Vide, al respecto Alcalde Rodríguez, E.; 2000. Uso de información privilegiada: Algunas consideraciones sobre el sentido y alcance de la prohibición en relación con su sujeto, objeto y sanción. cit., p., 13.

^[370] Así, González Rus, J.J.; Delitos Socioeconómicos (VIII), cit., p. 818; Valle Muñiz, M. y otro; Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, T. II, cit., p. 868.

El verbo rector en este tipo penal es el *utilizar*, es decir, aprovecharse de algo, en el caso concreto es la información. En el ámbito del mercado de valores esta dado por una información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociado en algún mercado organizado, oficial o reconocido, información que por supuesto tiene el carácter de reserva¹³⁷¹.

Como se ha puesto de relieve el uso indebido puede desdoblarse en dos resultados materiales: primero, en la obtención de un beneficio económico y, segundo, en la evitación de un perjuicio económico. Beneficio y/o perjuicio que puede ser a favor de un tercero; lo cual es lógico pues el *insider* por lo general tratará de negociar la información privilegiada con personas que manejan negocios en bolsa.

Ahora bien, la pregunta sería ¿Si puede admitirse la posibilidad de cometerse el delito por «omisión»? desde una consideración puramente gramatical, habría que negar dicha posibilidad, en la medida que la configuración típica requiere necesariamente de un hacer por parte del sujeto activo. Resulta impensable la obtención de un beneficio económico, sin usar la información; se requiere de una actuación por parte del agente que haya de repercutir en los valores que se negocian en el mercado bursátil. Lo que aquí vienen castigarse, escribe González Rus, son conductas de interferencia en el mercado de valores como consecuencia de la información conocida, lo que no concurre en quien se abstiene de intervenir¹³⁷². Ante todo, hay que tener en cuenta que el sujeto iniciado tiene un deber de sigilo pero no un «deber de negociar», con lo que el limitarse a no intervenir no puede estimarse estructuralmente equivalente. Por lo demás, entiendo, dice

¹³⁷¹ Vide al respecto, Rodríguez, Rincón y Calderón. 2006. Temas de derecho financiero contemporáneo. Universidad de Rosario., cit., p. 468.

¹³⁷² González Rus, J.J.; Delitos Socioeconómicos (VIII), cit., p. 820; Así, Martínez-Buján Pérez, C.; Derecho Penal. Parte Especial, cit., p. 585.

Martínez-Buján Pérez, que desde la perspectiva valorativa tampoco puede equipararse aquí la omisión a la acción^[373].

En todo caso, el legislador debió haber ampliado el concepto de Información Privilegiada, en cuanto a toda aquella que importe un deber de actuar en ciertos negocios bursátiles por parte del *insider*; su no punición, por ende, tiene que ver también por razones de estricta legalidad.

Como en la mayoría de los delitos de carácter económico, el uso indebido de información privilegiada requiere la presencia de un elemento subjetivo del tipo, que está dado por la intención de obtener un provecho, y éste se presenta tanto cuando se logra una ganancia como cuando se evita una pérdida^[374]. Intención que coincide con el contenido del dolo, no debe confundirse con la presencia de un elemento subjetivo de naturaleza trascendente, pues esta finalidad ulterior no se encuentra presente en el artículo 251º-A. Dicho elemento subjetivo del injusto ha de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, incluido el propósito de obtener un benéfico o el de evitar un perjuicio económico para sí o un tercero.

3. AGRAVANTE

Dentro de los alcances del artículo 251º-A del CP, se ha incorporado como un agravante, cuando el sujeto activo del delito de uso de información privilegiado tiene la condición de: *«director, funcionario o empleado de una Bolsa de Valores, de un agente de intermediación, de las entidades supervisoras de los emisores, de las clasificadoras de riesgo, de las administradoras de fondos mutuos de inversión en valores,*

^[373] Martínez-Buján Pérez, C.; Comentarios al Código Penal, Vol. III, cit., ps. 1387-1388.

^[374] Vide al respecto, Rodríguez, Rincón y Calderón. 2006. Temas de derecho financiero contemporáneo. cit., p. 469.

de las administradoras de fondos de inversión, de las administradoras de fondos de pensiones, así como de las empresas bancarias, financieras o de seguros».

Según los presupuestos descritos en el segundo párrafo del tipo penal, los directores, funcionarios o empleados de las referidas entidades tienen el deber de guardar estricta reserva con relación a la información de carácter reservado que éstos poseen. Es ahí nuestro cuestionamiento propuesto en las líneas preliminares, de que el círculo de autores debió restringirse a todos aquellos que operan dentro del mercado bursátil, los agentes de intermediación y todos aquellos que negocian valores bursátiles, pues precisamente dicha actuación funcional les permite acceder a la llamada «Información Privilegiada». Ellos se constituyen en «Garantes» de los intereses patrimoniales que representan en la Bolsa de Valores, de actuar con lealtad y la debida providencia, de cautelar los legítimos intereses de los comitentes, conforme se desprende de la LMV.

La pena agravada adquiere razón de ser, cuando se vulnera el deber fidelidad para con la entidad a la que represente o forma parte, y ésta opera cuando la manutención de la pertinente reserva pueda perjudicar los intereses de propia institución a la que pertenece. No sólo importa la infracción de los deberes de lealtad, sino también, un típico caso de «prevalimiento funcional», que revela el plus de disvalor del comportamiento prohibido.

4. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

Con arreglo a los criterios generales que rigen el marco de los delitos socio-económicos, el delito contenido en el artículo 251-A habría de ser catalogado como un delito de peligro, en mérito a la naturaleza supraindividual del bien jurídico -objeto de tutela-; sin embargo, el legislador no optó por dicha técnica legislativa, al haber supeditado la perfección delictiva a un resultado de materialidad: de «obtener un beneficio o de evitarse un perjuicio económico para si

o para un tercero»^[375]. De modo, que si dicho resultado material no esta presente en el caso concreto, habrá que negar la consumación del delito y, de ser el caso, dar por concurrido un delito tentado, siempre y cuando la acción incurrida por el agente, sea idónea y apta para la concreción de dicha exterioridad lesiva.

Si el agente es descubierto mientras realiza la conducta ilícita estaremos ante un caso de tentativa inacabada, si por el contrario el individuo a ejecutado todos los actos precisos para la consecución del beneficio económico y este no se ha obtenido estaremos ante un supuesto de tentativa acabada^[376].

Se advierten una conducta mutilada en dos actos: primero la utilización de la Información Privilegiada y, luego la obtención del resultado material; aspecto este último, que deberá ser acreditado en el Proceso penal. Serán las pericias financieras, bursátiles, etc., que acreditarán si es que efectivamente el autor obtuvo un beneficio patrimonial o se evito un perjuicio económico.

^[375] En la doctrina española, acontece toda una discusión dogmática sobre esta temática, en cuanto a la obtención del beneficio y la causación del perjuicio en 75 millones de pesetas, si es que se trata de una condición objetiva de punibilidad o de resultado material; Vide al respecto, Ruiz Rodríguez, L.R.; *El Abuso de Información Privilegiada...*, ps. 115-119; En opinión de Martínez-Buján Pérez, se trata de un delito de resultado material, que deberá ser abarcado por el dolo del autor, que deberá proyectarse sobre el límite cuantitativo; *Comentarios al Código Penal*, Vol. III, cit., p. 1390; González Rus, J.J., *Delitos Socioeconómicos (VIII)*, cit., p. 820; Valle Muñiz, J.M. y otro; *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, T. II, cit., p. 869; Mestre Delgado, E.; *Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico*, cit., p. 357.

^[376] Reyna Alfaro, F.; *El Abuso de Información Privilegiada...*, cit., ps. 48-49.

5. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

La incriminación del delito contemplado en el artículo 251-A, se encuentra supeditado al dolo del autor, por lo que se rechaza la posibilidad de su punición a título de imprudencia. Conciencia y voluntad de realización típica.

El dolo debe de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, no sólo de usar indebidamente una Información de naturaleza reservada, sino también de perseguir la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio económico. No se trata, por tanto, de un elemento subjetivo de naturaleza trascendente (“ánimo de lucro”¹³⁷⁷), no importa un propósito ulterior, sino que la finalidad esta ya inserta en el dolo.

Se admite la penalización del comportamiento prohibido a título de «dolo eventual», como conciencia del riesgo típico; quien usa una Información Privilegiada en el mercado bursátil, sabe perfectamente que ello le reportara una ventaja económica indebida.

¹³⁷⁷ De esta posición Reyna Alfaro, M.; El Abuso de Información Privilegiada... cit., p. 48.

CAPITULO II

LOS DELITOS MONETARIOS

I. CONSIDERACIONES GENERALES

En este acápite de la criminalidad, subrayamos que el Sistema Económico cuenta con una serie de Sub-Sistemas, entre éstos, no sólo el Orden Financiero ocupa un lugar de relevancia, pues aparece también el «Orden Monetario», como bien jurídico –merecedor de tutela penal-.

Una innovación en el CP de 1991, tal como se declara en la Exposición de Motivos, cuando se declara lo siguiente: *“(...) Se trasladada a este Título las figuras ubicadas en el Código de 1924 bajo el de Falsificación de Moneda e introduce algunos tipos legales relacionados con situaciones que atentan contra el orden monetario establecido por la propia Constitución Política. Nuestra norma fundamental establece que la Ley determina el sistema monetario de la República y que el Banco Central de Reserva cumple por delegación del Estado las tareas de emitir billetes y acuñar monedas, además de regular la moneda, defender la estabilidad monetaria y administrar las reservas internacionales”*.

Al denominarse en el CP de 1924 como «Falsificaciones de Moneda», importa la nueva rotulación penal una valoración jurídico-penal distinta, a partir de un doble baremo a saber: primero, que las falsificaciones de este medio de pago (monedas y billetes), recae sobre un objeto específico, ajeno al objeto material que se desprende de aquellos

injustos que atacan la Fe Pública, mereciendo una tipificación penal autónoma e independiente y; segundo, de que las agresiones antijurídicas que toman lugar en el tráfico documental, se basan esencialmente en un plano "falsificador", y no en otros tipos de terrenos del injusto típico, tal como se contiene de las diversas figuras delictivas glosadas en el Capítulo II del Título X de la codificación punitiva.

En definitiva, la correcta funcionalidad del Orden Económico, tomar lugar con el intercambio -permanente e incesante- de las monedas y los billetes, que acontece entre los diversos agentes económicos. El comercio, la industria, la exportación y la importación de bienes y servicios, importa el flujo continuo de entrega y recepción de monedas y billetes; ello, no obstante la introducción en el mercado de nuevos instrumentos de pago.

La integridad, credibilidad y confianza del Sistema Económico, tiene que ver también con el factor fiduciario, de que las monedas que circulen en todo el territorio nacional correspondan al numerario que se indique en su soporte material y, lo más importante, que aquellos sean fidedignos, es decir, la represión penal se dirige fundamentalmente con aquellas conductas que suponen la «falsificación de monedas y billetes». Comportamientos disvaliosos que se cometen de forma habitual en el Perú, generando un clima de desconfianza en el mercado cambiario, con los consiguientes perjuicios que ello reporta para los agraviados directos.

En palabras de Fontán Balestra, las razones que sirvieron en la antigüedad y las que sirven hoy para atribuir gravedad a ese delito, son bien distintas, pero ambas decisivas, apreciadas con el criterio de sus respectivas épocas. Lo que antes fue delito de lesa majestad es hoy el medio de asegurar la actividad transaccional y de intercambio, de la cual la moneda es el elemento esencial^[378].

^[378] Fontán Balestra, C.; Derecho Penal. Parte Especial, cit., p. 947.

2. ANTECEDENTES E IMPORTANCIA DE LA MONEDA COMO MEDIO DE PAGO

La aparición del dinero constituye uno de los grandes avances de la civilización humana en toda su historia^[379]. El dinero constituye un medio de cambio generalmente aceptado para el pago de bienes y servicios y la amortización de deudas. El dinero también sirve como medida del valor para tasar el precio económico relativo de los distintos bienes y servicios. El número de unidades monetarias requeridas para comprar un bien se denomina precio del bien. Sin embargo, la unidad monetaria utilizada como medida del valor no tiene por qué ser utilizada como medio de cambio. Durante el periodo en que América del Norte era una colonia, por ejemplo, la moneda española era un importante medio de cambio mientras que la libra esterlina británica era el patrón de medida del valor.

En el mundo moderno, la moneda es el eslabón que une las distintas actividades económicas de una persona; también es el eslabón que conecta las actividades económicas de cada persona con las de otra con las que esta en contacto, no importa lo alejada que se encuentren. La moneda, es el lenguaje de la comunicación económica; supone la forma más usual y corriente del negocio entre las personas; cuya viabilidad como tal, la advertimos en todos los países del orbe, la diferencia estriba en el nombre de la moneda y de su capacidad adquisitiva. Este lenguaje será más eficiente en la medida que todos puedan entenderlo y que no cambie. En efecto, si cada país tiene su

^[379] En la antigüedad, las transacciones económicas no se saldaban con dinero. Cuando alguien quería adquirir cierta cantidad de un bien tenía que pagarlo en especie con otro bien. Estas transacciones económicas se efectuaban en forma de trueque o intercambio de un bien por otro, siendo una forma de intercambio efectivo ya que se intercambiaban pocos productos. Todos los miembros de la sociedad eran prácticamente autosuficientes, de manera que raras veces necesitaban productos que no producían ellos mismos. Cuando la sociedad se transformó y sus miembros fueron cada vez más interdependientes, el número de bienes y servicios aumentó y el sistema de trueque comenzó a fallar.

propio sistema monetario, la facilidad de la comunicación económica entre ellos, depende de la facilidad de conversión de las monedas entre si. Punto en cuestión, que ha tomado un viraje integrador en los últimos años, producto de los Tratados Comerciales entre los países de una determinada región. Un ejemplo paradigmático hemos de verlo en el caso de la Unión Europea, cuya fusión comercial entre los países europeos ha permitido la unificación monetaria a partir del denominado «Euro»; lo que se pretende en todo caso, es la consolidación de una determinada moneda con respecto a sus pares, cuestión fundamental en un mundo caracterizado por las negociaciones comerciales entre las Naciones. Ya no sólo el dólar americano se erige como una moneda fuerte en los mercados Latinoamericanos, pues el Euro, ha alcanzado una importancia notable, lo cual podemos advertir con el tipo de cambio que rige hoy en día en nuestro país^[380].

Por otra parte, si cambia el lenguaje económico al que nos referimos, debido a una devaluación frente a otras monedas o un rápido aumento de precios, es decir, si el valor del dinero en términos de otra moneda o en términos de bienes y servicios cambia repentinamente, surgirán problemas similares a aquellos que se producirían si se modificaran el significado de las palabras. De hecho que la devaluación monetaria se manifiesta claramente en un encarecimiento de la moneda extranjera, y, si algunos precios se fijaban en dólares americanos –por ejemplo-, la inflación era una consecuencia inevitable.

^[380] Al respecto, Castellares Aguilar, anota que medidas como la obligatoria expresión en moneda nacional de los precios fijados en moneda extranjera dispuesta por la Ley N° 28300 del 23 de julio de 2004 (aun cuando se limita a las relaciones con los consumidores finales), sumado al incremento de ingresos de la moneda extranjera más utilizada en el Perú como es el dólar americano que viene devaluándose frente al Nuevo Sol desde los primeros meses del año 2004, y las mayores tasas de interés pasivo que se reconocen en instrumentos financieros expresados en moneda nacional frente a tasas más bajas de los instrumentos en moneda extranjera, están revertiendo esta tendencia a la “dolarización” en el Perú; El Banco Central de Reserva del Perú, cit., p. 1061.

Cualquiera que sea la forma en que adopte, la moneda siempre puede definirse funcionalmente en términos de su propiedad esencial: ser generalmente aceptado como pago de bienes y servicios, impuestos y deudas. Debido a esta cualidad, la moneda sirve como medio de cambio, unidad de cuenta, depósito de valor y patrón de pagos diferidos, cuyos alcances son los siguientes^[381]:

- a) *Función de medio de cambio.*- La moneda constituye un medio de cambio por que es el medio para intercambiar bienes y servicios en la sociedad. Esta función facilita la especialización de los individuos y las Naciones. Los beneficios que se derivan del uso de un medio de cambio se pueden valorar mejor examinando el fenómeno de trueque.
- b) *Función de unidad de cuenta.*- El dinero sirve como unidad de cuenta cuando actúa como la unidad en cuyos términos se mide y se expresa el valor de todos los bienes y servicios. Tan pronto como una sociedad desarrolla una unidad monetaria tal como un sol, un dólar, un euro, un yen o una libra esterlina, el valor de cada bien o servicio puede expresarse como un precio, que significa el número de unidades monetarias por el que se intercambiará.
- c) *Función de depósito de valor.*- La moneda opera como depósito de valor cuando funciona como medio de cambio a través del tiempo, así como lo hace en el presente. Esto es, que la moneda pueda servir no sólo como medio de cambio en el presente, sino también para efectuar pagos de cara a futuro. Otra forma de ver esta función es que las personas tienen la alternativa de que en lugar de gastar sus ingresos en el presente, los ahorren en forma de moneda para gastos futuros. Para CASTILLO DÁVILA, el tenedor de la moneda, posee lo que se califica como un poder de compra generalizado, pudiendo

[381] Vide al respecto, Ramírez Solano, E. 2007. Moneda, Banca y Estados Financieros. Instituciones e instrumentos en países en desarrollo, cit., ps. 21-22

gastarlo a través del tiempo y como lo estime conveniente. Y estos hechos de compra los realiza por que tiene la seguridad que la moneda será aceptada en todo momento y al instante. Además, con el dinero en efectivo, disponible, se pueden hacer frente a todas las emergencias o imprevistos que pudieran presentarse^[382].

- d) *Funciones dinámicas y estáticas de la moneda.*- Se ha considerado a la moneda en lo que podríamos llamar sus funciones de carácter estático, es decir, como un intermediario que asegura el buen funcionamiento del ordenamiento económico, sin influir mayormente sobre sus tendencias. En este sentido, la moneda cumple funciones como medio de cambio, patrón de valor, patrón de pagos diferidos y como depósito de valor. En otras palabras, como forma de pago, medidas de los valores (precios), determinación de las obligaciones futuras y para poder acumular la riqueza^[383]. Con las funciones dinámicas de la moneda, surgen consecuencias relacionadas con el nivel de precios, alzas o bajas, la expansión o contracción de la actividad comercial. Todo esto reclama de lo que se conoce como una política monetaria apropiada, ya que existe, además, una poderosa influencia de la moneda sobre la economía nacional en razón de los efectos de su depreciación o encarecimiento, de un mayor o menor nivel de precios^[384].
- e) *Función de patrón de pagos diferidos.*- El significado de esta función es que las deudas se expresan en términos monetarios. Los sistemas económicos modernos requieren la existencia de un gran volumen de contratos que implican precios diferidos o futuros. La mayoría de estos contratos donde el pago de principal e interés sobre deudas se establece en unidades monetarias.

[382] Castillo Dávila, M.; 1985. Derecho monetario y bancario. Pág. 41-42.

[383] Castillo Dávila, M.; 1985. Op.cit., p., 42.

[384] Castillo Dávila, M.; 1985. Op.cit., p., 42.

f) *Función de bienestar social.*-La moneda como elemento que facilita el intercambio, que concede el medio para lograr lo que puede satisfacer las necesidades humanas; permite un grado de bienestar que en la medida que es más extenso, nos faculta alcanzar, dentro de la sociedad, lo que podemos llamar el bienestar individual deviene en bienestar social. Para ello, se requiere de la adopción de apropiadas medidas gubernativas, de una política económica conveniente, de conseguir los medios para que la PEA (población económicamente activa), tenga el trabajo adecuado para el logro de la renta necesaria, moneda que no sólo va a facilitar la convivencia individual sino asimismo el bienestar para todos los miembros de la colectividad. Por eso, podemos decir, que dinero y política monetaria son las dos fuerzas poderosas en la economía de mercado para el logro del nivel apropiado de bienestar. Pero esta moneda debe circular en una cantidad pertinente, ya que su exceso o falta en lo referente a su cuantía, origina problemas y situaciones que afectan al común de lo que deviene, como es natural el descontento total.

El sistema monetario viene a constituirse en una estructura legalmente establecida con respecto a la moneda que comprende principalmente: a) la unidad monetaria: el patrón de precios; b) los medios legales de circulación y los medios de pago (dinero metálico, papel moneda, moneda fiduciaria: billetes de banco); c) el sistema de acuñación de las monedas; y d) el tipo de emisión de los billetes de banco y de los valores del Estado (dinero papel).

Por tal razón, un sistema monetario es un mecanismo por medio del cual se expresan valores económicos y se realizan transacciones. Aquel tiene que estar bien desarrollado para que la economía funcione con fluidez, así como la liquidez misma de los agentes, la captación de dinero da oportunidad a su tenedor de efectuar una serie de transacciones comerciales, como palanque del Orden Económico.

La historia ha demostrado que el insuficiente desarrollo de los sistemas monetarios ha sido responsable de las graves recesiones e inflaciones. Pero incluso la vida económica normal y diaria es extraordinariamente más fácil cuando éstos son eficientes.

Debido a que la moneda puede afectar muchas variables económicas que son importantes para el bienestar de la economía; los políticos y funcionarios gubernamentales se preocupan por la conducta de la política monetaria que consiste en el manejo de dinero y las tasas de interés. En el Perú, el organismo responsable de la conducta de la política Monetaria es el Banco Central de Reserva, el cual por orden constitucional tiene por finalidad preservar la estabilidad monetaria y sus funciones son: regular la moneda y el crédito del sistema financiero, administrar las reservas internacionales a su cargo, y las demás funciones que dispone su ley orgánica (artículo 84°). Asimismo, según las propias reglas constitucionales, *“la emisión de billetes y monedas es facultad exclusiva del Estado y la ejerce por intermedio del Banco Central de Reserva del Perú”* (Artículo 83°). Dicha facultad constitucional es una muestra del poder del Estado moderno de establecer su moneda y regular sus distintas denominaciones, como una manifestación típica de la soberanía estatal de las Naciones.

El reconocimiento expreso de tal prerrogativa a nivel constitucional se encuentra en la primera Constitución Política de los Estados Unidos de América en el año de 1787. En su artículo I, Sección 8, ordinal 5 se facultó al Congreso para *“acuñar moneda, regular su valor y el de la moneda extranjera”*. La incorporación de concepto de soberanía en el campo monetario se limitó a la moneda metálica, como se observa en la norma citada, en razón que los billetes no eran monedas sino títulos representativos de la misma. Este principio sería adoptado por las demás constituciones políticas que siguieron a la americana y que comenzaron a ser aprobadas en el siglo XIX.

Dentro de la legislación comparada y los regímenes monetarios del mundo, la finalidad esencial de un Banco Central es cuidar o

mantener la estabilidad de la moneda, lo que se logra a través de la aplicación de diversas medidas de políticas monetaria, como son el encaje marginal o adicional, el *open market* u operaciones de mercado abierto, las tasas de interés, la política de redescuento, compraventa de moneda extranjera, entre otras medidas que persiguen la masa monetaria o circulante o disposición monetaria corresponda y guarde relación con la producción nacional, con la oferta y la demanda de bienes y servicios dentro de la economía, de modo que la moneda no se envilezca como consecuencia de la llamada emisión inorgánica, que no es sino la excesiva masa monetaria puesta en circulación que genera la elevación de los precios o llamada inflación, debiendo, por lo contrario, proveerse al mercado solo de las cantidad adecuada de moneda y medios de pago o de cambio suficientes que no afecten los precios, logrando que la capacidad de adquisición de la moneda sea estable en el tiempo, persiguiendo la confianza de la población en su moneda doméstica^[385].

En un principio la moneda valía conforme su valor metálico (oro o plata), para a posteriori pasar a un «patrón fiduciario», es decir, un Estado no puede acuñar monedas y emitir billetes de forma libérrima, pues se requiere un respaldo monetario, según la normatividad de la materia.

Fue precisamente en ejercicio de la soberanía estatal recién adquirida, que las Repúblicas latinoamericanas al lograr su independencia del Imperio Español, en su gran mayoría, a comienzos del siglo XIX, que comenzaron a legislar sobre la moneda como atributo de su autodeterminación. Dentro de las primeras decisiones de la organización de los nuevos Estados se tuvo en cuenta lo atinente a la moneda nacional.

En otro ámbito geográfico, a fines del siglo XIX se comprobó la necesidad de unificar el sistema monetario en los nuevos Estados

^[385] Castellares Aguilar, R.; El Banco Central de Reserva del Perú. En: La Constitución Comentada, cit., p. 1061.

que se fueron formando como consecuencia de la unión de distintas entidades independientes o semidependientes en Europa. Este fue el caso de la Constitución del Imperio Alemán fruto de la primacía que fue reconocida al rey de Prusia luego de la victoria que reportó sobre el Segundo Imperio Francés, a cuya cabeza se encontraba Napoleón III, en la guerra franco-prusiana de 1870. Alrededor del Prusia se unieron los demás reyes alemanes, príncipes germanos, ciudades libres, obispos con poderes territoriales, cuando la gran mayoría de entre ellos acuñaba su propia moneda y existían bancos privados que emitían sus billetes. Al respecto, se recuerda los comentarios de Ludwing Bamberger, quien impulsó la unión monetaria en el nuevo Imperio Alemán y quien se refería a la multiplicidad de monedas y los problemas que ello conllevaba, trayendo a colación la adquisición de boletos de tren en las estaciones de ferrocarriles alemanes, y que rememoraba en estos términos^[386]:

“El vendedor, que se encontraba al otro lado de la taquilla, prefería hablar de Taler y de Groschen; pero cada uno de los siete compatriotas que me procedían en la fila se referían a diferentes monedas. Uno, contaba con Gulden y Kreuzer, otro, en Mark y Schilling, un tercero en Goldtaller y Groten. Adelante, en la fila, una señora, cuya billetera estaba llena de billetes bávaros con los que había podido adquirir 50 viajes, comenzaba a discutir debido que el cajero no le vendía un tiquete a cambio de sus tesoros. Todo era súplicas, quejas, reproches, contar, calcular y explicar, sin fin”. (Benedikt Khoehler, Ludwing Bamberger. Revolutionar und bankier).

Cuando en las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial los imperios europeos conocieron independencia política a sus antiguas colonias en Asia, África, América y Oceanía, o como se observa

^[386] Vide al respecto, Chacón, N.R.; 2005. Derecho monetario, cit., p., 53.

recientemente con los países que se desmembraron de la antigua Unión Soviética, o que escindieron como en Yugoslavia, u otras antiguas entidades estatales, caso de Checoslovaquia, una de las primeras decisiones que son adoptadas por los nuevos países independientes consiste en asignarse a su propia moneda, como ejercicio pleno de su soberanía.

A comienzos del siglo XX se proclamó la *Teoría Estatista del Dinero* que consiste, esencialmente, es estimar que "sólo son dinero los bienes a los que la ley haya atribuido tal carácter, es decir, por la autoridad del Estado". A tales bienes y cosas, el desarrollo económico de los Estados, y sus diversas situaciones de afugias presupuestales o de bonanzas monetarias, dieron lugar a las figuras monetarias del curso legal y del curso forzoso^[387].

A fines del siglo XX e inicios del XXI se observan dos fenómenos monetarios adversos al nacionalismo monetario. En la primera situación, se trata de Estados que han transferido su soberanía en el ámbito monetario a una autoridad supranacional, la que en adelante ejercerá las competencias inherentes en lugar de los órganos nacionales que la ejercían. Son las Uniones monetarias. Ejemplo de ello son los 15 Estados miembros de la Zona del Franco CFA (Franc CFA -Communauté Financière Africaine) en África Occidental, antiguas colonias francesas; los 7 miembros del Área Monetaria del Caribe Oriental conformada por islas del Caribe, antiguas colonias británicas,

^[387] El curso legal se entiende como la relación jurídica que se deriva de la moneda de un país como medio de pago o instrumento de extinción de obligaciones. Es por lo tanto, el dinero en sus dos modalidades frente a la relación económica existente entre un acreedor y un deudor. El curso legal de una moneda implica que el acreedor está obligado, por disposición legal a recibirla de parte del deudor cuando la entrega como pago. Sólo con ella se extinguen válidamente las obligaciones, es medio perfecto de pago.

Por *curso forzoso* se entiende la relación existente entre el emisor del billete y su tenedor. Es aplicable sólo a los billetes y no a las monedas metálicas, por cuanto es una reminiscencia de la historia del billete y que se explica como sucedáneo de la moneda metálica.

y las Zonas Occidental y de Gaza que usan la moneda israelí en el territorio Palestino^[388].

El caso más importante es, por supuesto, el de los 11 países que tienen el EURO como moneda. Los países de la Unión Europea y Monetaria acordaron por medio del Tratado de Maastricht suscrito en 1992, por medio del cual crearon la Moneda Única Europea, posteriormente llamada EURO, dispusieron conjuntamente la creación del Banco Central Europeo para que ejerza las atribuciones de autoridad monetaria y crediticia en el seno de la Unión. De los 16 países integrantes del mencionado sistema de integración, en ese año, 11 países han pasado a la integración monetaria, y decidieron eliminar su respectiva moneda nacional a partir del mes de julio del 2002, y reconocer al EURO como la única moneda en el ámbito geográfico conformada por el territorio de los 11^[389].

En el segundo evento, de forma unilateral, un Estado decide vincular su moneda a una moneda extranjera, o va más allá y dispone que la moneda de otro país tenga curso legal en su territorio. Es la llamada dolarización, por tratarse fundamentalmente del dólar ameri-

^[388] Vide al respecto, Barro, R.J.; 2000. The dollar club: Why countries are so keen to join. *Business Week*. Diciembre 11, cit., p., 12.

^[389] La creación de una moneda única no es un proyecto nuevo, sino que a lo largo de la historia contemporánea, diversos países han realizado intentos que han prosperado, entre otros, son casos asociados a la unificación política de naciones disgregadas, como p.ej., Italia y Alemania (ésta inició primero una unificación económica -aduanas y moneda-). El mismo billete de dólar fue introducido durante la Guerra de Secesión, es decir, 70 años después de la formación de los EEUU como nación independiente, con anterioridad se utilizaban papeles emitidos por instituciones económicas (bancarias), llegando a existir en el mercado más de 7000 tipos diferentes de papeles. Las necesidades de la guerra, y más concretamente su financiación, impuso la creación de una moneda única y propia de la Nación; se arbitró una competencia federal para emitirla, estudiar y reprimir las posibles falsificaciones, creándose una agencia federal especial denominada Secret Service para luchar contra el delito de la falsificación.

cano como moneda escogida, o puede tratarse de otra moneda de las consideradas como monedas fuertes. En países de América Latina, así en otros países de similar desarrollo económico, se ha venido dando la llamada *dolarización*. Ejemplo de ello, son Panamá, quien suscribió un acuerdo con los Estados Unidos de América en 1904, para utilizar el dólar americano como moneda de curso legal, coexistiendo de ese modo el Balboa como moneda nacional pero sólo es acuñada en moneda metálica para el uso de transacciones de poco valor.

Sin embargo, un paso intermedio hacia la dolarización se inició mucho más recientemente, cuando Argentina adoptó una Caja de Conversión en 1991 como consecuencia de su decisión de atar la emisión de la moneda, peso argentino, al dólar americano que tiene curso legal en el país. La emisión local depende, entonces, del ingreso de la moneda americana; por cada dólar se emite un peso. No ha dispuesto la eliminación de la unidad monetaria nacional, pero en la medida que esta atada a la moneda americana y que las dos circulan y tienen poder liberatorio, la estabilidad de la moneda y las políticas de cambio no dependen, en este esquema, de la autoridad nacional, sino de la política monetaria que fija los Estados Unidos y la caja de cambio es inmodificable una vez establecida.

Un paso más adelante, es la decisión del país vecino del Ecuador, por medio de la cual eliminó su moneda nacional, el Sucre, e implantó, como única moneda, el dólar americano en el año 2000. El objeto de esta medida, consistió en que la situación económica del país requería estabilidad monetaria como medida previa y necesaria para lograr el desarrollo económico. Por el mismo camino siguió El Salvador, a finales del año 2000, que tomó la decisión de dejar la moneda Colón, por el dólar americano.

En otras regiones la moneda escogida fue el Marco alemán, hoy sustituido por el EURO, dada la influencia de la Unión Europea y el interés de acceder a ella, algún día, por parte de los países que tomaron la decisión de sustituir su moneda nacional. Estonia, Bulgaria y

Lituania son países que han vinculado su moneda al EURO. En el año 2004, Estonia y Lituania ingresaron a la Unión Europea.

En el caso peruano, la moneda oficial es el Nuevo Sol, que circula tanto en moneda metálica como en billete, sin embargo también subsisten otras monedas como el dólar americano y el EURO, tanto en el mercado formal como paralelo. En este contexto, el legislador peruano ha considerado que cuando ciertas conductas quebrantan el imperativo constitucional de emitir y controlar la moneda, estas deben ser sancionadas, debido a que estas pueden generar desequilibrios macroeconómicos, reflejados éstos, en una disminución de la calidad de vida de la población, produciendo un efecto devastador en las variables claves de la economía, tales como la disminución de la credibilidad y estabilidad financiera del país, cuyos efectos negativos son tanto de orden nacional como internacional.

En países como Venezuela o España, los delitos financieros han sido tipificados en normas especiales que regulan el tráfico internacional de moneda, y en el caso de la fabricación, falsificación o alteración interna de moneda, por lo general ha sido regulado como un delito que afecta a la fe pública.

En el Perú, como ya ha sido mencionado con anterioridad, la facultad de emitir monedas y billetes, es exclusiva del Estado a través del Banco Central de Reserva y como tal tiene la responsabilidad de velar por la confiabilidad de los billetes y monedas, de modo que la falsificación es para este organismo un asunto de gran interés por lo que busca combatirla. Es en dicho contexto que los tipos penales previstos en el Capítulo II, del Título X, del Libro II del Código Penal y que incorporan la tipificación delictiva contenida en la Convención sobre la Represión de Falsificación de Moneda celebrada en Ginebra el 20 de abril de 1929 y ratificada por el Perú mediante Decreto Ley N° 18189, buscan tutelar la exclusividad de dicha función Estatal y sancionar las conductas que afectan o ponen en peligro dicho bien jurídico objeto de tutela jurídico-penal.

Al asumir el Estado, el monopolio de la acuñación de las monedas y la emisión de los billetes, los particulares están en consecuencia prohibidos a realizar dichas funciones, pues de esta forma se evita la producción de ciertas distorsiones en el Sistema Monetario, que puedan repercutir negativamente en la fiabilidad de la moneda como medio de pago. Por tales motivos, el legislador considero políticamente necesario, incluir un apartado específico en el CP, dedicado exclusivamente a los «delitos monetarios». Consideraciones de naturaleza criminológica abonaron en la legitimidad del Derecho penal, de intervenir ante estas conductas disvaliosas, que día a día cubren muchos de los titulares de los periódicos de nuestro país.

La razón de punibilidad de dichas conductas es que su permisión traería profundas alteraciones en el orden jurídico del país, pues sin la confianza en la autenticidad y valor de la moneda sería imposible el tráfico mercantil y por consiguiente la vida social.

Como se verá líneas más adelante, la intervención punitiva ha sido perfilada con determinado énfasis, en cuanto a un adelantamiento significativo de las barreras de contención penal, en lo que respecta a la punición de meros «actos preparatorios».

3. BIEN JURÍDICO TUTELADO

En la actualidad nadie puede dudar que los medios de cambio y el dinero, como elementos básicos del sistema monetario, evidencien su importancia en el marco de las relaciones de mercado. En tal sentido, los comportamientos calificados como delictivos en el capítulo de delitos monetarios, están encaminados a proteger principalmente, la estabilidad económica, monetaria, de mercado y fiscal, en tal sentido, los bienes jurídicos protegidos en los delitos monetarios, que por lo general son afectados, dependiendo de su naturaleza nacional o internacional, se pueden esquematizar de la siguiente forma^[390]:

^[390] Ante la pretensión de proteger un bien jurídico a través del Derecho penal se plantea la pregunta de cómo ha de asumirse dicha función tutelar. No

- a) *La estabilidad económica:* Fomentar la estabilidad económica consiste, en cierta medida, en evitar crisis económicas y financieras, su permanencia en el mercado permite enfrentar situaciones de alto riesgo. Las crisis pueden eliminar puestos de trabajo, reducir drásticamente los ingresos y causar a los pueblos grandes penurias, ya sea dentro del país o más allá de sus fronteras, si es que la crisis económica se extiende. La estabilidad económica también implica evitar oscilaciones pronunciadas en la actividad económica, una inflación elevada y una excesiva volatilidad en los tipos de cambio y los mercados financieros. Cualquiera de estas formas de inestabilidad puede agudizar la incertidumbre, desalentar la inversión, impedir el crecimiento económico y deteriorar el nivel de vida^[391]. La historia ha demostrado que la estabilidad monetaria es un factor importante que determina la estabilidad económica, a su vez la apertura de una Nación a la inversión privada y extranjera. Un país que presenta visos de inestabilidad mone-

podemos decir rayanamente que aquél que no respete los bienes jurídicos debe ser castigado, como una respuesta reactiva ante una determinada conducta. Debemos antes aclarar cuál es la conducta peligrosa que el sujeto debe realizar frente al bien jurídico protegido para que aquél sea sancionado penalmente, es decir, merecedor y necesitado de pena. Este camino nos lleva a encontramos directamente con cuestiones referidas a la estructura del delito, consideraciones de orden político criminal que han de ser concatenadas con aspectos en puridad dogmáticos.

[391] Toda economía de mercado, en si dinámica, muestra necesariamente cierto grado de inestabilidad y de cambios estructurales paulatinos. El desafío que se plantea a los responsables de la formulación de políticas es reducir esa inestabilidad al mínimo sin reducir la capacidad del sistema económico de elevar los niveles de vida mediante una mayor productividad y eficiencia y la consiguiente generación de fuentes de trabajo. La experiencia ha demostrado que los países que tienen las tasas más altas de crecimiento, el mayor nivel de empleo y la menor inestabilidad económica aplican políticas macroeconómicas (fiscal, monetaria y cambiaria) adecuadas. Todo ello supone políticas monetarias ha ser formuladas a corto y mediano plazo, de modo que los virajes en la política gubernativa no afecten las metas planteadas.

taria, aparejado con índices inflacionarios, no es un terreno atractivo para la inyección de capital. Por tales motivos, el Estado debe promover y defender la estabilidad económica, evitar la vulnerabilidad de la economía y velar por la estabilidad monetaria, para asegurar el bienestar social, es una única forma de asegurar el progreso socio-económico de un país. La seguridad de la estabilidad de la moneda implica a su vez la seguridad de los inversores en el tráfico comercial.

- b) *La seguridad del tráfico monetario*: La seguridad del tráfico monetario es un aspecto importante de la estabilidad monetaria, por tal razón, ante la aparición de grandes falsificaciones de moneda que alteran las situaciones económicas de un país, se ha llevado a la implementación de sistemas de seguridad para hacer a los billetes y monedas a prueba de falsificaciones, tipificando en la actualidad dicha conducta disvaliosa como un atentado contra la sociedad (un hecho de relevancia «jurídico-penal»). La seguridad del tráfico monetario como bien jurídico, es posiblemente la versión más moderna, enraizada en la doctrina alemana y amparada por el Código Penal germano de 1975. Sitúa el objeto de protección de las falsedades en la seguridad del tráfico jurídico. Para autores como Muñoz Conde, esta objetividad deriva de la amplitud aludida de los medios probatorios que genera la seguridad citada en el tráfico jurídico fiduciario. El tráfico jurídico ha sido entendido como el conjunto de condiciones que facilitan la comunicación entre los individuos y sus relaciones de derecho^[392].
- c) *La capacidad de medio de cambio*: La moneda es un bien intermediario cuyo valor es reconocido por todos y puede ser

^[392] Morillas Cuevas, L.; 2005. Falsedades I. Falsificación de monedas y efectos timbrados. En: Derecho penal Español: Parte especial. Coord. Cobo del Rosal, M., cit., p. 210.

utilizado por cualquier persona para los efectos del intercambio de bienes y servicios; constituye el medio generalizador de las actividades cotidianas que toman lugar en el circuito económico, es decir, aceptado por todos. Sin embargo, cualquier dinero puede tener valor si y sólo si la gente confía en él. Por tanto, hay estabilidad monetaria cuando el dinero conserva su valor a lo largo del tiempo^[393]. Para Carrillo Flórez y Pinzón Sánchez, con las relaciones de intercambio dentro del desarrollo de la economía mercantil, un grupo social se especializa como instrumento o vehículo de las transacciones y una mercancía se especializa en la función de medio de cambio y depósito de valor, dándose así las condiciones para que la producción adquiriera un carácter mercantil y para que se genere la circulación monetaria^[394]. El dinero expresa la intensificación y regulación del tráfico entre mercancías. Donde se elabora una economía monetaria, se empieza a estar sujeto a unas leyes determinadas y a un proceso de perfeccionamiento y simplificación de los medios de pago, haciéndolos más estables y racionales, de modo que ante la aparición de monedas con leyes, peso y poder liberatorio inferiores frente a otras, opera la Ley de Gresham, expresada en la máxima según la cual *“En todos los países en que dos monedas legales están en circulación, la moneda mala le quita siempre puesto a la buena, y esta última desaparece”*. De una economía monetaria no solo emana el uso del dinero para la compra y venta de mercancías, sino la posibilidades de negociación con el propio dinero que introducen la economía del crédito como un natural desdoblamiento de la circulación monetaria^[395].

[393] Castillo Dávila, M.; 1985. Op.cit., p., 39.

[394] Carrillo Flórez, F; y Pinzón Sánchez, J; 1985. Sector financiero y delincuencia económica. Bogotá, cit., p., 4.

[395] Carrillo Flórez, F; y Pinzón Sánchez, J; 1985, cit., p., 4.

- d) *Fe pública.*- La fe pública, es la confianza o creencia que cualquier miembro del grupo social tiene en lo que se entrega o muestra, por la certeza que de ello da el Estado; en otras palabras dicho: importa la confianza del colectiva hacia el tráfico de todos aquellos instrumentos que son reputados como medios de pago, de que su contenido y materialidad se ajustan a términos concretos de veracidad. Se considera innegable la necesidad de tutelar la confianza colectiva en determinados actos, documentos, signos o símbolos indispensables para el normal desenvolvimiento de la vida civil, societaria y comercial; precisamente cuando se manifiestan hechos socialmente desvalorados, como la alteración o falsificación de una moneda o de un documento, tiene como principal consecuencia la defraudación de las legítimas expectativas de la sociedad, tal como se desprende de aquellos injustos típicos compaginados en el Título XIX del CP. La fe pública como bien jurídico protegido plasma un criterio subjetivo, donde lo primordial es la correspondencia del documento con la realidad, sea por estar garantizado por el Estado o el consenso común. Es así, que genera una confianza de los ciudadanos en los documentos que facilita las relaciones de convivencia. En esta cita puede válidamente entenderse la moneda como documento cuyo valor esta garantizado por el Estado.
- e) *El interés de la administración pública en el control de los medio de pagos internacionales (delitos monetarios de carácter internacional).*-Frente a estos casos, existe un interés de control de los medios de cambio con el exterior. Para Bajo Fernández y Suárez González^[396], nadie pone en duda que los fines político criminales en los delitos monetarios van más allá de la simple tutela del monopolio de los cambios exteriores

[396] Bajo Fernández y Suárez González. 1993. Manual de derecho penal. Parte especial., cit., p., 651.

y persiguen salvaguardar la economía nacional, manteniendo estable la balanza de pagos, protegiendo la posición de la moneda en el mercado internacional o las posibilidades del país para hacer frente a las posibilidades crediticias con el exterior. En tal sentido, cuando el comportamiento de fabricación, falsificación o alteración de monedas este dirigida hacia el tráfico internacional, el bien jurídico protegido en los delitos monetarios viene a ser el tráfico monetario internacional, que depende del valor de la moneda como medio de pago, en las transmisiones de bienes y servicios. La razón de esta protección se fundamenta en la premisa de que cuando en la sociedad hay una sólida creencia en que la moneda será aceptada como medio liberatorio de pago, el intercambio de bienes y servicios puede funcionar sin mayores complicaciones. Otro aspecto a tener en cuenta es que ante la internacionalización de las economías y su interconexión, tal tráfico ya no es simplemente nacional, sino internacional, por tal razón, la proliferación de otros instrumentos en este tráfico obliga a extender la protección a los mismos, como hace la ley.

Para MORILLAS CUEVAS, estamos ante la presencia de delitos pluriofensivos, puesto que se integran diversos bienes jurídicos, aunque es cierto que en todos ellos además se produce un atentado al tráfico jurídico³⁹⁷¹. Ello, se justifica en que los delitos monetarios, no son más que delitos complejos desde el punto de vista de la lesividad.

A nuestro entender la penalización de estos comportamientos típicos se justifica, en cuanto a la relevancia funcional del Orden Monetario en el Sistema Económico; de modo, que su tipificación en una capitulación autónoma, aparte de los delitos que atentan contra el Fe Pública, resulta necesario a fin de distinguirlos conceptualmente así como en la técnica legislativa de su construcción dogmática (normativa).

³⁹⁷¹ Morillas Cuevas, L.; 2005. Op.cit., p, 210.

Hoy en día es indiscutible que la viabilidad y desarrollo del Sistema Económico depende de la estabilidad monetaria así como de la credibilidad, confianza e integridad de las monedas y los billetes como medios de pago. Instrumento cuya valía no sólo tiene que ver con un aspecto de soberanía estatal, sino también en el marco de las relaciones internacionales de índole comercial, que el Perú mantiene con diversos países del orbe; así es de verse del contenido del artículo 257° del CP (“extensión del objeto material del delito”). De manera que la punición de estos comportamientos obedece a la necesidad estatal, de garantizar el correcto funcionamiento del Orden Monetario, en cuanto a la veracidad de sus instrumentos y su empleo como medio de pago, cuya sanción penal no está supeditada a la causación de un resultado lesivo, pues son en su mayoría delitos de peligro.

Para Creus, lo que se protege es la moneda como instrumento de cambio, es decir, como elemento facilitador de las transacciones, no por el valor de sus componentes materiales, por lo cual dicha protección se extiende a instrumentos o títulos que también facilitan el intercambio, ya representando la moneda (billetes de banco), ya otorgándole modalidades especiales a su circulación (títulos al portador, documentos de crédito)^[398].

A decir de Peña Cabrera, la ley no se circunscribe al efectivo daño patrimonial que puedan padecer determinadas personas; como delito de peligro se menoscaba el crédito, la seriedad del signo monetario y a la alarma consiguiente por las diversas modalidades; se pretende modificar intrínseca y extrínsecamente la moneda^[399].

[398] Creus, C.; Derecho Penal. Parte Especial, T. II, cit., p. 375.

[399] Peña Cabrera, R.; Nuevo Código Penal Comentado. 2da. Edición. Editorial San Marcos, Lima, cit., p. 277.



FABRICACIÓN Y FALSIFICACIÓN DE MONEDA DE CURSO LEGAL

“El que falsifica billetes o monedas será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de doce años y con ciento veinte a trescientos días-multa.

El que falsifica billetes o monedas separando el anverso y el reverso de los auténticos, superponiendo sus fragmentos, recurriendo al empleo de disolventes químicos, usando los fabricados por otros países, recurriendo a aleaciones distintas o valiéndose de cualquier otro medio que no fuere de producción masiva, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años y con ciento veinte a trescientos días-multa.”

1. ANTECEDENTES DE LA FALSIFICACIÓN MONETARIA

Creada la moneda, se puede afirmar que también surgió la falsificación de la misma; la criminalidad avanza al mismo ritmo que las invenciones humanas. Ni bien aparece en escena un instrumento de valor pecuniario, surgen a su vez las modalidades fraudulentas. En efecto, el primer gran problema que surgió con la moneda metálica consistía en certificar la cantidad de metal fino con la cual se elaboraba, y por ende su peso. Para solucionar esta incertidumbre que afectaba la circulación de las piezas metálicas, se ideó la identi-

ficación del emisor mediante un signo que lo representara y sirviera como garantía de la finura del metal utilizado y la cantidad del mismo. De esta forma, las primeras monedas tenían impresa alguna figura alegórica del comerciante, la ciudad o el soberano que tenía la potestad de batir moneda. Los comerciantes se identificaban mediante unas líneas labradas bajo la forma de un cuadrado, dos líneas entrecruzadas en forma de letra equis; las ciudades con la figura representativa de la misma, como la tortuga marina para la ciudad insular de Egina, la lechuza de Atenas; los soberanos empleaban las figuras de la mitología de las cuales venían ellos y su dinastía, y con el tiempo fueron sustituidos los dioses o diosas, por la representación física del gobernante, a través de su retrato o una figura humana con los implementos propios y exclusivos de la realeza como el cetro y la corona^[400].

Sin embargo, como la mayor parte de las acuñaciones eran irregulares en su forma, se facilitaba el recorte o la limadura de su borde, además, del desgaste natural de su uso durante varios años. Así mismo, los soberanos que en no pocas ocasiones dispusieron de manera secreta que la fabricación de sus monedas se hiciera con un menor tamaño o con menor peso de metal noble, pero mantenían su valor original intrínseco. Fueron verdaderas falsificaciones oficiales, y algunos soberanos pasaron a la historia con el remoquete de falsificadores^[401].

Para el caso de los billetes, también se presentó esta situación, y se aprecia en los primeros billetes chinos cuyas leyendas sobre el valor monetario estaban impresas con tinta negra, contenían leyendas en tintas de color rojo en las que se advertía que la falsificación de los mismos produciría la pena de muerte de sus autores, y se informaba al

^[400] Vide al respecto, Chacón, N.R.; 2005. Derecho monetario, cit., ps., 48-49.

^[401] Vide, Chacón, NR.; 2005. Derecho monetario, Op.cit., p., 49.

público que la persona que denunciara a cualquier falsario recibiría una recompensa de un collar de 1.000 sapeques, moneda metálica^[402].

En Europa durante los años 1910-20 se produjeron grandes escándalos sobre falsificación de moneda, en concreto sobre francos franceses, realizados en Hungría cuando esta Nación formaba parte del Imperio austro-húngaro y, que tuvo graves implicaciones no sólo económicas y fiscales sino políticas y diplomáticas (enfrentamiento entre Francia y el Imperio). A raíz de ello se planteó la necesidad de crear un Tribunal Penal Internacional para luchar contra la falsificación, que no obtuvo apoyo, pero sí se alcanzó a firmar un convenio internacional, conocido como el Convenio de Ginebra, y que pese a su antigua data (años 20), se haya todavía en vigor. Se trata más de un Derecho penal sustancial, es decir, definitorio de los tipos, comportamientos, que un derecho penal procesal, de procesamiento y sanción. El Derecho Penal Internacional, obliga a la extradición si se produce un delito financiero con implicaciones tributarias; de hecho que los efectos antijurídicos pueden tomar lugar en un país ajeno a la del curso legal. Cada país debe tener una unidad central específica cuya naturaleza jurídica cambia según los países (administrativo, judicial, banco central...), y que debe analizar y comunicar información técnica sobre la falsificación (materiales, métodos...) e información operacional (autores, lugares...).

Aún, hoy en día, a pesar de los adelantos tecnológicos, los países se ven constreñidos a tomar medidas para evitar que los mismos avances técnicos sean utilizados para reproducir su moneda. Es el caso de los Estados Unidos de América que comenzaron a cambiar el diseño de sus billetes, primero, mediante la ampliación de los retratos de los personajes que son representados en sus billetes, como ya se cumplió con el billete de 100 dólares y, luego, en el año 2003, bajo el empleo de tintas de varios colores en el billete de 20 dólares. Esta última medida

^[402] Vide, Chacón, N.R.; 2005. Derecho monetario, Op.cit., p., 49.

conlleva el abandono de una práctica centenaria al incorporar colores distintos al verde que desde el siglo XIX, cuando se estimó que era más seguro para evitar los fraudes, y posteriormente a comienzos del siglo XX, con la creación de los billetes de la reserva federal, siempre habían sido impresos los billetes con tinta verde ^[403].

Pese a los denodados esfuerzos, el dinero sigue siendo objeto de falsificación, así por ejemplo, el EURO es considerado una moneda muy difícil de falsificar; ejemplo claro es la abultada cifra de la criminalidad monetaria en nuestro país. Sujetos inescrupulosos que no dudan en fabricar, tanto moneda nacional como moneda extranjera.

Sin embargo, las estadísticas publicadas por el Banco Central Europeo muestran que en el 1er. semestre de 2008, se detectaron 312.000 billetes falsificados de EURO, con un incremento del 18 % en comparación del año anterior, estableciendo el record desde 2003^[404]. Otro país, con altos índices de falsificación es la India. Las autoridades de información y el banco central del país han declarado que los billetes falsificados en circulación en el país están valorados por los US\$ 51.000 millones, en comparación con los auténticos por valor de US\$ 140.000 millones, o sea, los falsificados representan cerca del 25% de todo el papel moneda en circulación.

^[403] El sistema mas utilizado, para falsificar los dólares es el offset es decir la impresión litográfica o completamente plana, partiendo de un billete autentico, del que se extraen los negativos para posteriormente quemar las planchas e imprimir la cantidad de dinero que se quiera, utilizando para ello papel comercial con alto porcentaje en algodón o papel moneda lavado como por ejemplo con bolívares o sucres, los cuales son sometidos a un proceso químico que permite que el papel quede completamente blanco y posteriormente imprimen el billete de dólar. El 98 % de la falsificación es impreso mediante este sistema, sin embargo se ha detectado que en algunas oportunidades utilizan planchas en hueco grabado que les permite obtener simultáneamente el alto relieve y el sistema computarizado.

^[404] Según los expertos, la falsificación del EURO se debe a la revaloración de la moneda respecto al dólar. Para los estafadores, la falsificación del euro es más rentable que la del dólar, ya la moneda europea está ganando terreno en el mercado monetario mundial

En el Perú, también se ha realizado diversos esfuerzos por perfeccionar las monedas metálicas y los billetes con la finalidad de evitar su falsificación, sin embargo, pese a ello, los agentes delictivos siempre han ingeniado la forma de falsificar estos medios de cambio, situación que ha conllevado a que nuestro legislador califique estos comportamientos como delictivos, mediando una sanción punitiva de meridiania intensidad. Según las cifras estadísticas acompañadas por el Banco Central de Reserva del Perú que cuantifican la percepción social del incremento de circulación de moneda falsificada en nuestro medio, es posible establecer con exactitud, que desde el año 1994 al 2001, se ha producido una constante de incremento de circulación de moneda falsificada o adulterada. Es así que en el año 1994 se incautaron 7,636 billetes falsos. Para el año 1995, dicha cifra se duplicó a casi 13,806 billetes retenidos. En el año 1996, la cifra de billetes falsificados retenidos casi se triplicó alcanzando un total de 35,577 billetes falsificados retenidos. Dicha constante no ha disminuido, ya que en el año 2000, se retuvieron 74,143 billetes falsificados y en lo que va del presente año, las cifras ya han alcanzado 60,131 billetes retenidos. En el año 2001, se detectaron más de 100,000 falsificaciones de billetes, y en la actualidad pese a los esfuerzos, las organizaciones delincuenciales siguen operando^[405].

En resumidas cuentas, el crecimiento notable de la Criminalidad Monetaria hace pensar que los efectos preventivo-generales de la pena (amenaza penal), son casi nulos; en tal medida, la verdadera contención de dicha delincuencia requiere de mecanismos más eficaces y eficientes, en cuanto a su persecución e investigación, mediando divisiones especiales del cuerpo policial. Máxime, al tratarse de verdaderas mafias, que en algunos casos tienen alcance internacional.

[405] Vide, al respecto; Proyecto de Ley N° 451/2001-CR, presentado por el Banco Central de Reserva del Perú.

3. TIPICIDAD OBJETIVA:

a. Sujeto activo

Según es de verse de la redacción normativa del artículo 251º, sujeto activo (autor), puede ser cualquier persona, no se requiere la presencia de un elemento específico de naturaleza funcional.

En delincuencias como la descrita, el injusto ha de ser atribuido a bandas y/o organizaciones criminales, que se dedican a perpetrar este tipo de delitos; reconocimiento que resulta importante, amén de identificar a los autores y a los partícipes.

Podrá haber co-autoría, cuando se revele un co-dominio funcional del hecho, el aporte de una contribución indispensable para la realización típica y que ésta se plasme en el marco de la etapa ejecutiva del delito.

No se descarta que el fabricante de monedas o billetes sea a su vez, quien pone en circulación las monedas falsificadas en el territorio nacional, por lo que se daría un Concurso Real de delitos con el tipo penal previsto en el artículo 254º del CP; sin embargo, el legislador ha condicionado la unción de la Circulación de Moneda Falsificada, a que el autor sea una persona ajena a quien la fabrica o altera^[406].

b. Sujeto pasivo

Hemos convenido que es el Estado quien ejerce en forma de monopolio la emisión de billetes así como la acuñación de monedas (BCR); de manera, que es él mismo que se constituye en sujeto agraviado.

c. Modalidad típica

Primer punto a saber, es lo referido al objeto material del delito, que en la presente hipótesis delictiva recae sobre «billetes y monedas».

[406] Así, Creus, C., en el caso del artículo 282º del CP argentino; Derecho Penal. Parte Especial, T. II, cit., p. 376.

La moneda es según la concepción tradicional, una pieza de metal, por lo común en forma de disco, acuñada con sellos o atributos determinados, cuyo peso y ley están garantizados por el Estado, que sirve como medida común para el precio de las cosas y facilita los cambios^[407]. Por su parte el billete constituye un molde de papel, cuyo valor intrínseco está representado por su cuantificación numeraria que aparece signada en su contenido, tanto en letras como en números, cuya emisión es una facultad exclusiva del BCR. Empero, el objeto material del delito puede ser extendido a otros soportes materiales, conforme es de verse del artículo 261° del CP (títulos, bonos, etc).

Una falsificación es un acto consistente en la creación o modificación de ciertos documentos, efectos, bienes o productos, con el fin hacerlos parecer como verdaderos, o para alterar o simular la verdad. Las falsificaciones pueden ser realizadas, entre otros, respecto a documentos públicos o privados, monedas, billetes u otros valores, arte y productos de marcas comerciales. En la actualidad la falsificación es una actividad ilícita, que se ha establecido en todo el mundo causando verdaderos estragos en las economías de los países e inclusive en las economías privadas.

El delito de falsificación monetaria es de una extraordinaria gravedad. Los falsificadores difunden la alarma por la sociedad, inspiran la desconfianza, y contribuyen a embarazar todo género de negociaciones. Por otra parte, al cometerse esta figura delictiva se invade una de las facultades o prerrogativas del poder público estatal. Efectivamente, la acuñación de la moneda se ha considerado siempre una facultad exclusiva del Estado.

La falsificación de moneda consiste en crear por cualquier medio una imitación de la misma, con imágenes u otros elementos utilizados en las monedas circulantes, reproduciéndola con todos sus signos y características que la identifican con la auténtica, y por ello resulten

^[407] Fontán Balestra, C.; Derecho Penal. Parte Especial, cit., p. 948.

idóneos para engañar al público, con el fin de sustituirla; cada vez se perfecciona más este delito, fabricándose billetes que se asemejan mucho a los originales, permitiendo una circulación más fluida de los mismos. En este caso, falsificar moneda, lo que es igual a hacerla o fabricarla ilícitamente, en razón que el sujeto activo no tiene concedidas tales facultades, de tal modo que lo elaborado parezca la moneda expedida por las autoridades competentes; pues si esta es burda e inocua no tendrá el impacto que se busca por sus agentes.

Al respecto, cabe precisar que la moneda falsificada no debe detentar una similitud y apariencia suficiente de originalidad, pues basta su fabricación por infeliz que sea, para que se de por configurado el delito^[408]. Sólo aquella imitación groseramente inidónea estará fuera del ámbito de punición^[409]. Si condicionamos la tipicidad penal de la conducta a su efectiva idoneidad, estaríamos generalizando equívocamente la percepción del hombre medio, pues no todos poseen ciertos conocimientos para advertir la falsificación de un billete, que no es una copia fiel del original. Al respecto Carrara, hablo de “expendibilidad”, en el sentido de que la imitación alcanza un grado de perfeccionamiento suficiente como para que el público en general la tome como verdadera, sin que se requiera que la semejanza con la moneda legítima sea tal que haga incurrir en engaño aun a los técnicos^[410].

Es clásica en este sentido la definición, falsedad es todo “*mutamiento de la verdad*”. Tal idea vulgar de lo falso no es relevante para el Derecho penal, porque no se castigan todas las mentiras o,

^[408] De posición contraria es Fontán Balestra, al señalar que es preciso, que la moneda falsificada pueda pasar por verdadera, pues la falta total de idoneidad para ello excluye la idea que da el concepto de falsificación; Derecho Penal. Parte Especial, cit., p. 952.

^[409] Vide, al respecto, Creus, C.; Derecho Penal. Parte Especial, T. II, cit., p. 376.

^[410] Vide, al respecto, Hernández Quintero, H.; Falsedad monetaria. En: Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Universidad Externado de Colombia, 2006, Bogotá-Colombia, cit., p. 857.

en otras palabras, porque la mentira en sí misma es impune. Todos los tipos de falsedad, dentro de su variedad, presentan un elemento común: el bien jurídico lesionado a cuya protección se encaminan, es la denominada fe pública concepto que conecta con la confianza que los ciudadanos depositan en símbolos (objetos, documentos, signos, etc.), representativos de ciertas realidades que son relevantes para el ordenamiento jurídico.

La falsificación de moneda presupone la existencia de un modelo o signo oficial de moneda, genuino u original, es decir, una moneda de ciertas características determinadas oficialmente. Para falsificar moneda es necesaria la existencia de un modelo preconstituido. La acción del sujeto se ve limitada a imitar dicho modelo, ya que el no puede elegir libremente el objeto valioso que va a producir; por el contrario, debe imitar los símbolos a los cuales la ley acuerda un valor preestablecido; en definitiva, debe copiar algo existente.

Por eso se justifica la posición de la doctrina italiana, que había sostenido la particularidad del delito de falsificación de moneda, haciendo notar las diferencias existentes en cuanto a los demás documentos, aun cuando la base sea la misma, esto es, la contradicción con la verdad, especialmente teniendo en cuenta la entidad del daño. Es que la frecuencia en el traspaso de la propiedad, en el caso de la moneda va sujeta al hábito que depende de la celeridad y a la multiplicidad de las contrataciones, cuyas notas hacen que exista un número indefinido de personas dañadas por la falsificación de moneda, marca la diferencia con respecto a las demás falsificaciones^[411].

La falsificación monetaria integra en su concepto todos los medios representativos de valor económico que tienen curso legal para considerarse como tal y que son tanto los billetes de banco como las monedas metálicas, así como los similares de otros países.

[411] Donna, E.; 2004. Derecho penal – Parte especial. Tomo IV. Buenos Aires., cit., p., 32.

Ahora bien, la autenticidad de toda moneda debe preservarse para asegurar la estabilidad y certidumbre de cualquier sistema económico nacional; ningún Estado puede sentar las bases de su desarrollo económico y con ello la de todos los aspectos de su desarrollo social, sino a partir de un sistema monetario que se constituya como el factor central de una unidad de moneda que tenga curso absoluto y confiable, para permitir cualquier tipo de transacción lícita que intercambie los valores económicos entre los diferentes agentes de la vida social y económica de un país. Por ello, la existencia y la circulación de la moneda deben protegerse mediante reglas que establezcan sanciones para las conductas que la afecten y, considerarlas como una actividad antisocial que merezcan penas corporales suficientes, tomando en cuenta que la prisión, que es la mayor sanción que admite nuestra legislación ordinaria, siempre lleva por objeto conseguir la ejemplaridad y disuadir a terceros de la realización futura de mismas conductas, entre otras finalidades.

La falsificación de la moneda o del billete, puede adquirir otra configuración típica, conforme es de verse del segundo párrafo del articulado, al haberse dispuesto lo siguiente: “El que *falsifica billetes o monedas separando el anverso y el reverso de los auténticos, superponiendo sus fragmentos, recurriendo al empleo de disolventes químicos, usando los fabricados por otros países, recurriendo a aleaciones distintas o valiéndose de cualquier otro medio que no fuere de producción masiva*”; quiere decir, que en este caso el agente emplea las piezas (fragmentos) de una pieza de monedas auténticas, mediando una serie de productos químicos, amén de fabricar y/o elaborar billetes o monedas falsificados. Lo que no queda claro, es si los billetes que se falsifican han de ser de un curso legal extranjero o, si son los disolventes químicos los que han de ser de procedencia extranjera. En resumidas cuentas, lo que pretende el legislador con la inclusión de esta modalidad del injusto típico, es de cerrar espacios de impunidad, cuando la falsificación se realiza con piezas monetarias auténticas.

La protección legal recae en consecuencia sobre la moneda como objeto o instrumento de cambio, además de los instrumentos asimila-

dos a la moneda, tanto en su materia como en su valor, y abarcando, debido al bien jurídico protegido, tanto a la moneda nacional como a la extranjera^[412]. Según DONNA, debe tenerse en cuenta que la falsificación de moneda es un caso especial de falsificación de documento. Lo que especializa a la falsificación es, en este caso, que el objeto sobre el cual se realiza es moneda de curso legal. Por tal razón, como bien ha dicho Soler, una moneda es objeto de protección en tanto sea una moneda de curso legal, de manera que si, por disposición de la ley, ha dejado de tener carácter de tal, no puede ya ser objeto de falsificación. Por eso, si la ley fija un término a la circulación de la moneda, a causa de la circulación de una nueva, a partir de esta fecha la primera deja de existir como objeto protegido. El plazo dado por la ley de vigencia de la moneda es el que posibilita la subsistencia de tipificar el delito de falsificación de moneda, el cual sería, en este caso, el de hacerse entregar monedas buenas, las nuevas, por las monedas falsas^[413].

Por lo general, la punición de una conducta se encuentra condicionada a la lesión y/o la puesta en peligro de un bien jurídico —merecedor de tutela penal—, sobre todo, en el marco de los bienes jurídicos materiales. Empero, la idea de un bien jurídico macro-social, como el contenido en la presente titulación, nos pone en el tapete la construcción de tipos de peligro, cuya faz en la presente criminalidad, habríamos de fijarla cuando la moneda o el billete falsificado es puesto en circulación en el mercado económico y financiero, tal como se advierte en el tipo legal contemplado en el artículo 254° del CP. Naturaleza que no resulta asimilable en el presente caso, pues el ámbito de protección de la norma toma lugar con la mera elaboración y/o fabricación de monedas y billetes, sin la necesidad de que sean puestos en circulación; de forma que el adelantamiento de las barreras de intervención del Derecho penal es en realidad significativo. Por tales motivos, consideramos que se trata de «actos preparatorios», que por su importancia en el circuito

[412] Donna, E.; 2004. Op.cit., p., 32.

[413] Vide, al respecto, Donna, E.; 2004. Op.cit., p., 43.

delictivo, han merecido ser incluidos en el catálogo delictivo; lo que se pretende es cerrar espacios de impunidad y, a su vez de ejercer un mayor efecto disuasivo en esta criminalidad.

La penalización de los actos preparatorios será legítima en consonancia con la relevancia del bien jurídico tutelado así como los fines político criminales perseguidos con dicha tipificación; cuando sea necesario e indispensable para la lucha contra el crimen^[414].

El valor intrínseco de la moneda o del billete, no es un aspecto que determine la relevancia jurídico-penal de la conducta, mas si puede tener incidencia en el ámbito de la antijuricidad material.

En la falsificación de monedas se presentaría el concurso de otros delitos como la estafa. En el caso se dan los elementos típico del delito de estafa, se hace del pleno conocimiento el carácter falsario de la moneda por parte del sujeto activo y su intención de obtener un claro lucro económico a través de la transformación de los billetes falsos sin ninguna clase de valor real por su valor aparente en dinero legítimo. Sin embargo, para ello requiere necesariamente de su introducción en el mercado económico, en todo caso de poner en circulación la moneda, de modo que el concurso delictivo ha de tomar lugar realmente con el tipo penal del artículo 254° del CP.

De tratarse de una posible concurrencia con los delitos que atentan la Fe Pública («falsedad propia»), tenemos que negarla, pues precisamente se presenta un Conflicto aparente de normas penales, que en mérito al principio de especialidad, debemos privilegiar el delito in examine. Máxime si el objeto material que se desprende del artículo 427° del CP, hace alusión a un «documento», propiedad no asimilable a las monedas y billetes.

4. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

La perfección delictiva de la conducta in examine, se alcanza cuando el autor falsifica el billete o la moneda de curso legal, es decir,

[414] Peña Cabrera Freyre, A.R.; Derecho Penal. Parte General, cit., p. 394.

cuando la elabora y/o fabrica, sin necesidad que se verifique su ingreso al mercado económico; tanto en la primera como en la segunda modalidad delictiva.

La falsificación de un instrumento como la moneda, requiere de varios actos, que de forma conjugada y concatenada, den lugar al producto final; de manera, que la sola adquisición del material, sin procederse a la elaboración del objeto material, queda fuera del ámbito de protección de la norma. Ello sin defecto, de poder encuadrar el comportamiento bajo los alcances normativos del artículo 255° del CP.

A nuestro entender, la moneda o el billete deben estar completamente elaborados, para la consumación, de ahí que se revele su aptitud para ingresar al circuito económico. Como señala Fontán Balestra, el hecho se consuma cuando la labor creadora del falsificador ha quedado terminado en forma idónea^[415].

Al haberse penalizado un acto preparatorio -en el artículo 252°-, todos los pasos anteriores han de ser impunes; de modo que la tentativa resulta inadmisibile^[416].

5. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

El comportamiento es estrictamente doloso, conciencia y voluntad de realización típica; el agente debe saber que esta fabricando, elaborando una moneda o un billete, sin estar legalmente autorizado para ello.

Quien fabrica una sola moneda, por una cuestión de ingenio inventivo, ha de quedar fuera de la tipicidad penal, por un tema de falta de necesidad y merecimiento de pena.

^[415] Fontán Balestra, C.; Derecho Penal. Parte Especial, cit., p. 953.

^[416] En contra Fontán Balestra, C.; Derecho Penal. Parte Especial, cit., p. 954; Creus, C.; Derecho Penal. Parte Especial, T. II, cit., p. 377.

ALTERACIÓN DE LA MONEDA DE CURSO LEGAL

“El que altera los billetes o monedas con el propósito de atribuirles un valor superior, o realiza tal alteración con billetes o monedas que se hallan fuera de circulación o corresponden a otros países, para darles la apariencia de los que tienen poder cancelatorio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años y con ciento veinte a trescientos días-multa.

El que altera la moneda, aminorando su valor intrínseco, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años y con treinta a noventa días-multa.”

1. TIPICIDAD OBJETIVA:

a. Sujeto activo

Según la estructuración típica del artículo 253° del CP, autor a efectos penales puede ser cualquier persona, es decir, no se requiere la presencia de un elemento especial de punición. Todos aquellos que intervengan en la ejecución típica, contando con el dominio del hecho, han de ser reputados “autores”, quienes sólo suministren de ciertos elementos para la alteración del billete o de la moneda, han de ser responsabilizados a título de “cómplices” (primario o secundario).

Puede darse un Concurso Real con el artículo 252° del CP; v.gr., quien elabora monedas falsificadas y a su vez altera, el valor de un billete auténtico, mediando un superior numerario.

b. Sujeto pasivo

Lo será el Estado peruano, como ente monopolizador de la acuñación de monedas y la emisión de billetes

c. Modalidad típica

Las conductas prohibidas que atentan contra el Orden Monetario, no sólo tienen que ver con elaboraciones falsificadas de monedas y billetes, sino también cuando se alteran los valores de monedas o billetes auténticos, o mediante el empleo de monedas fuera de circulación legal o moneda extranjera.

En este caso estamos frente a una modalidad del injusto análoga a la contenida en el artículo 252° del CP, pues la conducta supone también un acto típico de falsificación; donde la distinción ha de verse en el soporte sobre el cual recae la modalidad típica así como en los medios que emplea el agente para la consecución del fin ilícito.

Se entiende que altera un billete, aquél que forme piezas mediante la unión de dos o mas fracciones procedentes de diferentes billetes, y que altera una moneda metálica, aquél que disminuye el contenido de oro, plata, platino o paladio que compongan las piezas monetarias de curso legal, mediante limaduras, recortes, disolución en ácidos o empleando cualquier otro medio. En tal sentido, alterar una moneda significa partir de una moneda legítima –preexistente–, introduciendo en la misma algún tipo cambio que altere su valor liberatorio⁽⁴¹⁷⁾.

⁽⁴¹⁷⁾ Cfr., Fontán Balestra, C.; Derecho Penal. Parte Especial, cit., p. 956; Creus, C.; Derecho Penal. Parte Especial, T. II, cit., p. 379.

Es fundamental, en todo caso, que el producto de la falsificación pueda parecer legítimo a una persona normal, pues en otro caso no se afectaría al bien jurídico protegido. Dicho aspecto es de relevancia para poder dar por configurada la acción típica, en el sentido de que el billete o la moneda que se altera, ha de detentar «poder cancelatorio»; de modo que la apariencia que revela es susceptible para poder ser empleado como un medio de pago. En consecuencia, una alteración en suma burda, será ineficaz para ello, por ende, queda fuera del ámbito de protección de la norma, al constituir un medio inidóneo para poner en peligro el bien jurídico tutelado. Sin embargo, para el legislador sí constituye una modalidad del injusto, conforme se desprende del último párrafo del artículo 253º.

La doctrina ha insistido en que se debe ser cauteloso al momento de diferenciar este delito del de falsificación propiamente dicha. En este sentido se afirma que todo lo que sea imitar otra moneda es falsificación, pero que frustrada la operación imitativa, subsiste la alteración. Al incurrir las alteraciones monetarias se quiebra el valor de la moneda, aumenta o disminuye su poder adquisitivo, según corran los vientos de la deflación o inflación, no obstante permanece fija su cuantía; mas para efectos penales, nos interesa únicamente aquella dolosa alteración que suponga un mayor valor numerario del billete o de la moneda, por razones de relevancia jurídico-penal; por lo que al haberse penalizado dicha conducción, la *lege lata* ha normado un injusto atenuado. Significa un despropósito incriminar penalmente la alteración que disminuye su valor numerario. Las consecuencias, en principio, por eso no se advierten, el simplismo cuantitativo nos mantiene en la creencia de que seguimos poseyendo un sol, o un dólar, como siempre, cuando sutilmente se nos ha aumentado o rebajado su poder de compra.

Con las alteraciones monetarias, se quiebra el principio nominalista del dinero y no se puede garantizar la fijeza de su valor, no cumpliéndose al mismo tiempo ni la justicia conmutativa de las partes, ni la distributiva o más igualitaria en el tráfico de intercambio de los bienes y servicios.

Las alteraciones monetarias muestran la ficción de esa creencia que el valor constante y fijo del dinero y del principio nominalista que la sostiene. Asimismo, la versatilidad de las monedas por las alteraciones de su valor hace que la exclusiva referencia a su cantidad no resulte idónea para las relaciones de intercambio. Por ello, con las alteraciones monetarias se destruye la equivalencia de las prestaciones acordadas, donde la moneda es la contraprestación de unos bienes, servicios o derechos.

Las alteraciones de moneda plantean una cuestión fundamentalmente política en cuanto al modo de empleo de la moneda y de su unidad representativa; por una parte, el Estado con su Administración económica establece un ordenamiento monetario tanto al servicio de los intereses públicos como privados; la moneda resulta un mecanismo estatal y está en función de su soberanía; se trata de una unidad de medida de valor económico a la que se le reconoce una mayor fuerza liberatoria para el pago de las deudas; por otra parte, la moneda puede ser objeto de posesión y propiedad en manos de los ciudadanos, confiéndoles su libre disposición, si bien dentro de unos límites de autonomía que tratan de compaginar los intereses comunes y más generales con aquellos otros privados, van a ser las normas de orden público económico, ya con carácter facultativo o imperativo las que resolverán ese conflicto de intereses y el predominio de unos sobre otros.

Ante un panorama de perjuicios y daños patrimoniales ocasionados por las alteraciones monetarias en el ámbito de las relaciones jurídicas, con su secuela más importante, cual es la desconfianza sembrada entre los ciudadanos hacia los medios legales de pago, venga la cuestión fundamental de tener que remediar esa situación anormal. La solución está en varios aspectos: tanto en lo político y económico como en lo jurídico.

En el aspecto político económico la solución resulta al mismo tiempo simple y compleja; simple, en cuanto que no hay mejor solución

que una vuelta a la normalidad, eliminando las alteraciones monetarias por el recurso de instaurar una moneda sana y equilibrada; la solución es compleja en cuanto para conseguir aquella meta implica la organización de una infraestructura de mecanismos institucionales, la eliminación de tensiones en las relaciones laborales de la producción, distribución y consumo de la riqueza donde la moneda sea el factor de equilibrio social efectivo.

Desde el punto de vista jurídico, la legislación penal ha previsto sancionar con pena privativa de libertad la alteración de billetes y monedas, ello en relación al serio impacto que este tipo de actividades genera.

En resumidas cuentas el comportamiento del injusto típico puede manifestarse por dos vías: una «alteración de la moneda o del billete en su valor numerario» en sentido estricto, mediando el soporte de una moneda o de un billete auténtico y, una segunda, la «alteración impropia», cuando el agente emplea para la alteración de la billete o moneda, billetes o monedas que se hallan fuera de circulación o corresponden a otros países. Podrían utilizarse los intis millón, el dólar americano, el yen, el franco suizo, etc. Punto de intercesión de las figuras descritas en el tipo penal, es que la moneda o el billete pueda tener verosímil apariencia a ser empleado como medio de pago.

3. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

Siguiendo la línea argumental esbozada en el artículo anterior, la perfección delictiva se alcanza cuando se ha producido la modificación en el billete o en la moneda auténtica, haciendo notar un valor numerario superior o inferior a su valor original^[418].

Del mismo modo, nos inclinamos por negar la punición de los actos anteriores a la visible modificación del billete o de la moneda,

^[418] Así, Creus, C.; Derecho Penal. Parte Especial, T. II, cit., ps. 379-380.

pues ello importaría convalidar una excesiva incriminación. Si sólo se encuentra en poder del agente, la instrumental necesaria para la falsificación de la moneda, podría ser penado según los alcances normativos del tipo penal contenido en el artículo 255° del CP.

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

El legislador peruano a previsto que este tipo de comportamiento sea exclusivamente doloso, es decir, que el agente activo (que puede ser cualquier persona) tenga pleno conocimiento de la su actividad y aun conciente de la magnitud del daño social (el Estado y la sociedad como sujetos pasivos) que su comportamiento puede generar, realiza la conducta típica sin mediar las consecuencias negativas de este hecho.

No se requiere acreditar un ánimo de naturaleza trascendente, pues el hecho de que la moneda alterada tenga apariencia real de un medio de pago, esta ya insito en el dolo del autor.

TRÁFICO DE MONEDA FALSA

“Artículo 254.- El que a sabiendas, introduce, transporta o retira del territorio de la República; comercializa, distribuye o pone en circulación monedas o billetes falsificados o alterados por terceros, cuyo valor nominal supere una remuneración mínima vital, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa. La pena será de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, si el valor nominal es menor a una remuneración mínima vital.”

1. ANÁLISIS PRELIMINAR

A partir de principios de siglo XXI, la falsificación de moneda ha adquirido una gran importancia en el orden internacional. La frecuencia de los viajes y de las transacciones mercantiles entre los más diversos países, con el consiguiente tráfico fiduciario, ha hecho necesaria una eficaz garantía de la moneda, que sólo puede lograrse mediante acuerdos internacionales. Con esta finalidad, el tema ha sido estudiado en numerosos congresos y conferencias internacionales, como ejemplo de los cuales se pueden citar el V Congreso Int. de Derecho penal (Ginebra, julio 1947) y el II Congreso Penal y Penitenciario Hispano-Luso-Americano-Filipino (São Paulo, enero 1955).

En el orden positivo, la Sociedad de Naciones, el 20 abril 1929, logró la firma de un Convenio Internacional encaminado a armonizar la legislación penal de los diversos países en lo referente a la persecución y castigo de la falsificación de moneda. Los principios en que se inspira dicho convenio son: a) consideración del hecho como delito común, y nunca político; b) castigo de todas sus formas de manifestación, tales como fabricación, alteración, puesta en circulación e introducción o receptación de la moneda falsa; y c) equiparación de la moneda nacional y la extranjera desde el punto de vista de la sanción.

En estos casos, es correcto afirmar que el bien jurídico protegido es el tráfico monetario internacional, que depende del valor de la moneda como medio de pago, en las transmisiones de bienes y servicios. Puesto que se entiende que sólo cuando en la sociedad hay una sólida creencia en que la moneda será aceptada como medio liberatorio de pago, puede funcionar el intercambio de bienes y servicios, en tal sentido, dada la internacionalización de las economías y su interconexión, tal tráfico ya no es simplemente nacional, sino internacional. La proliferación de otros instrumentos en este tráfico obliga a extender la protección a los mismos, como hace la ley⁽⁴¹⁹⁾. Sin embargo, como ya lo mencionamos en la presente investigación, el tipo penal de tráfico de moneda falsificada vulnera consigo diversos bienes jurídicos tutelados como la seguridad y fluidez del comercio jurídico que utiliza la moneda nacional o extranjera, la fe pública, el orden económico social, la seguridad pública, el patrimonio de las personas y la función del Estado de emitir y determinar el curso de la moneda legal.

Asimismo, la penalización de dicha conducta cobra importancia dentro del contexto de una economía globalizada y responde a los compromisos adquiridos con la comunidad internacional para prevenir, controlar y reprimir la delincuencia transnacional, sin dejar de lado la

⁽⁴¹⁹⁾ Vide; Sentencia de fecha 21/01/02, T 4º S de San Salvador.

gran influencia que dicho delito tiene en otras actividades criminales como el terrorismo y el narcotráfico^[420].

Dicho lo anterior, se erige como un imperativo, que el Estado, mediante los instrumentos de prevención y represión que se desprenden del orden jurídico, haga frente a dicha criminalidad. En dicho papel, el Derecho penal juega un rol preponderante, tendiente a evitar que se cometan conductas conducentes a perturbar la confianza hacia el Orden Monetario así, como el correcto funcionamiento de la moneda como medio de pago. Si hemos visto, que la fabricación y/o elaboración de monedas y billetes falsificados son sujetos de sanción penal, con mayor razón cuando dicha moneda fraudulenta es objeto de circulación en el territorio patrio, pues de esa manera su intercambio comercial es ya una realidad; de modo, que en la conducta prohibida contenida en el artículo 254° del CP, entramos a una plano de mayor disvalor, merced al cual pueden producirse afectaciones a personas concretas, en el ámbito de los negocios. De hecho la circulación de «moneda falsificada», puede generar toda una cadena de imputación delictiva, que ha de ser desentrañada rigurosamente, amén de evitar una atribución de responsabilidad irrazonable.

No obstante, para el legislador el comportamiento descrito en el artículo 252° resulta más grave, conforme se aprecia de la comparación de los marcos penales aplicables.

2. TIPICIDAD OBJETIVA:

a. Sujeto activo

Rasgo general de los injustos típicos glosados en el Capítulo II del Título X del CP, es que autor puede ser cualquier persona, no se necesita verificar la presencia de una cualidad especial. Autores serán todos aquellos que realizan materialmente la conducta descrita en el

^[420] Sentencia C-622/03. Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia.

artículo 254° del CP y, partícipes, todos aquellos que sin tener el dominio funcional del hecho, contribuyen de forma decisiva y/o accesoria a la realización del injusto penal.

En el marco de un análisis sistemático de los delitos monetarios, advertimos que los actos típicos de fabricación de moneda o billetes falsificados, resulta un momento anterior, a su comercialización y/o distribución en el territorio nacional; quiere decir, que el mismo autor que se encuentra incurso en el artículo 252° o en el artículo 253° del CP, puede a su vez incurrir en el delito de Circulación de Moneda Falsificada; dando lugar a un Concurso Real de delitos. Empero, el legislador ha excluido esta posibilidad como es de verse de la redacción normativa (*lege lata*), pues quien comete este injusto, no puede ser aquel que altera o falsifica la moneda o billete. Comúnmente, serán dos sujetos distintos, los que elaboran la moneda falsificada y quien la introduce el tráfico económico, pero no puede descartarse su concurrencia simultánea, de modo, que podemos compartir la ratio de la norma, únicamente desde una visión reductora del poder penal estatal.

b. Sujeto pasivo

De igual forma, lo será el Estado, como ente exclusivo de la acuñación de monedas y de la emisión de billetes; lo cual no obsta, a que también de forma inmediata puedan verse lesionados los intereses patrimoniales de los particulares.

c. Modalidad típica

Primer punto a saber, resulta de los verbos típicos empleados por el legislador, esto es, la: «introducción, transporte o retiro del territorio de la República; comercializa, distribuye o pone en circulación monedas o billetes falsificados».

La «introducción» supone el ingreso del objeto material del delito al territorio patrio, en todo terreno donde el Estado peruano ejerce

plena soberanía^[421]; no interesa la vía utilizadas por el autor, lo importante es que la moneda o el billete falsificado sea internado en tierras peruanas, viabilizando su circulación entre los agentes.

Por su parte, «transporta», quien lleva la moneda falsificada en un medio de transporte público, es decir, la traslada desde un punto localizado en el extranjero, para internarlo en el territorio de la República; por lo general, dicha acción será llevada a cabo por la vía de transporte terrestre, aunque no se descarta los medios aéreo y lacustre.

El «retiro» de la moneda y/o el billete falsificado (alterado), implica extraerlo del territorio patrio, haciéndola ingresar en territorios pertenecientes a un país foráneo, por las vías de acceso pertinentes para ello.

«Comercializar», significa la introducción de las monedas o los billetes falsificados y/o alterados en el tráfico económico, de generar transacciones con terceros, quienes adquieren este dinero, a sabiendas de su origen fraudulento.

La “distribución” toma lugar cuando el agente reparte las monedas o los billetes falsificados y/o alterados a terceras personas, es decir, entrega dichos objetos a intermediarios, quienes serán finalmente quienes introduzcan el dinero en el circuito económico.

Finalmente, «poner en circulación», manifiesta aquella acción en mérito de la cual el agente coloca las monedas y/o los billetes falsificados y/o alterados en el ámbito mismo de las transacciones comerciales, cuando emplea dichos objetos como medios de pago. Es a partir de dicha conducta, que el dinero falsificado ingresa a toda una dinámica de intercambio, a una red transaccional, lo cual a su vez, obliga a identificar cual de sus portadores está afecto al ámbito de protección de la norma. A decir de Fontán Balestra la pone en circulación el primero que la hace circular y no quien la recibió ya circulando, de modo que

[421] Así, Fontán Balestra, C.; Derecho Penal. Parte Especial, cit., p. 954.

tal conducta supone una relación con la persona que posee la moneda falsa que aún no ha circulado, y supone una ayuda al falsificador, que le será siempre necesaria, pues resulta muy difícil a una sola persona llegar a poner en plaza una cantidad de dinero más o menos importante de dinero falso, sin que recaigan inmediatamente sospechas sobre él, ya que los valores falsificados, salvo casos excepcionales, quedarían dentro de un limitado grupo de personas, todas las cuales, de primera intención, los habrían recibido del propio falsificador^[422].

De hecho, debemos distinguir al falsificador de la moneda de aquel que la circula en el tráfico, el primero será penado según los alcances normativos del artículo 252° del CP, mientras el segundo por la conducta delictiva in examine.

MORENO afirma que introduce moneda quien -desde el extranjero hacia el país- la importa. Se entiende entonces que el introductor es una persona distinta al falsificador^[423]. Otra explicación llevaría a que la norma no fuera necesaria. El castigo se debe a que la conducta es tan grave como la de la falsificación. En el caso de introducción en el país la consumación supone la entrada física de la moneda en el territorio nacional y la tentativa castiga todos los casos en los que ésta se ha iniciado sin finalizar, por ser descubierta la conducta en registros fiscales o por otro motivo^[424].

^[422] Fontán Balestra, C.; Derecho Penal. Parte Especial, cit., p. 955; En opinión de Creus, circular abarca tanto la conducta del que pone en circulación la moneda, como la del que sigue haciendo circular la moneda que ya está en circulación; Derecho Penal. Parte Especial, T. II, cit., p. 381.

^[423] Moreno, R.; El Código Penal y sus antecedentes. Buenos Aires., cit., p. 375; En base a estas ideas la doctrina posteriormente ha dicho que esta acción es la de hacer entrar, de cualquier forma -incluso legal y por ende por cualquier medio -por envío o llevándola personalmente-, la moneda falsificada al territorio de la Nación o a un lugar sometido a su jurisdicción. Por ello la doctrina ha señalado que tanto la introducción, expedición y puesta en circulación constituyen posibilidades ulteriores a la falsificación misma: vienen a ser una especie de terminación del delito de falsificación.

^[424] Morillas Cuevas, L.; 2005. Op.cit., p. 217.

Se trata de una forma de comisión indirecta y de segundo grado; es decir, no directamente de falsificación. En este caso, lo que se tipifica es la introducción de la moneda falsificada a nuestro territorio nacional. Según VILLACAMPA ESTIARTE, no es necesario que el introductor se haya puesto de acuerdo con el falsificador para que se realice el delito, desde el momento en que el tipo penal no lo exige y cabe imaginar hipótesis, como la del individuo que conoce un lugar en el extranjero donde hay monedas falsas ocultas, se hace con ellas y las introduce al país, donde se da la conducta típica sin que haya acuerdo. Por el contrario, QUERALT requiere, por la naturaleza de las cosas y la interpretación sistemática, la necesaria connivencia con los falsificadores materiales^[425].

En el caso peruano, la norma penal no exige mayor exigencia que el conocimiento del sujeto activo de que las monedas son falsificadas o alteradas por terceras personas.

Además, expender o distribuir son formas de poner en circulación la moneda falsificada, alterada o introducida, de incorporarla al tráfico fiduciario, por persona distinta del falsificador, del alterador y del introductor. En legislaciones como la española, se exige la connivencia de los falsificadores o alteradores; en el Perú, es suficiente el conocimiento de que la moneda a la que le da salida no es auténtica. La expendición o la distribución realizada por el falsificador, el alterador o el introductor, como es lógico, es un acto co-penado impune^[426].

En España, la conducta de transportar también ha de llevarse a cabo en connivencia con el falsificador, el alterador, el introductor o el exportador; puesto que de no existir tal connivencia, el transporte de moneda falsa o alterada, será atípico, pero puede constituir complicidad necesaria o no en este delito. Sin embargo, en nuestra legislación es

^[425] Vide al respecto; Morillas Cuevas, L.; 2005. Op.cit., p, 218.

^[426] Orts Berenguer, E.; 2004. Compendio de derecho penal (Parte general y parte especial),, cit., p. 839.

suficiente que se determine que el transportista conocía que trasladaba monedas falsas para que sea sujeto de sanción, la norma penal no establece ningún requisito adicional.

También se puede castigar la mera tenencia, pero la mera tenencia para expedición o distribución. El simple tener moneda falsa todavía no es un comportamiento típico. El tipo penal consta de una conducta externa, la tenencia, y un elemento subjetivo del injusto, el ánimo de expender o distribuir^[427].

Asimismo, la adquisición de moneda falsa, conociendo este extremo, para ponerla en circulación, es la siguiente conducta punible. La adquisición puede hacerse al falsificador o al introductor a un tercero que la haya adquirido previamente, pero siempre, teniendo conocimiento de la inautenticidad de la moneda adquirida y, siempre también, con el fin de ponerla en circulación. Contiene, pues, este precepto un elemento subjetivo del injusto de ineluctable presencia para que surja el delito^[428]. Por otra parte, no se requiere la efectiva puesta en circulación de la moneda. Basta la adquisición realizada con aquella finalidad. Por último, se puede sancionar a quien tras recibir moneda falsa de buena fe y tener conocimiento de su falsedad, la expende o distribuye.

Finalmente, aspecto de relevancia, es la determinación cuantitativa que el legislador ha fijado para la incidencia penal de la conducta; en el sentido, de que la moneda y/o los billetes falsificados y/o alterados que se ponen en circulación o distribución han de superar una remuneración mínima vital, que asciende aproximadamente a S./ 450.00 nuevos soles; quiere decir, que todo monto nominal que sea por debajo del valor consignado, queda fuera del ámbito de protección de la norma, por ende, son comportamientos «atípicos». Elemento en cuestión, cuyo baremo cuantificador reposa sobre criterios de necesidad y me-

^[427] Orts Berenguer, E.; 2004. Op.cit., p. 840.

^[428] Orts Berenguer, E.; 2004. Op.cit., p. 841.

recimiento de pena, de condicionar la punición a aquellas conducta de mayor disvalor del injusto, acorde con una visión reductora de la violencia penal institucionalizada.

3. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

El tipo penal describe varias modalidades típicas, por lo que cada una de ellas adquiere perfección delictiva de forma singular; en el caso, de la introducción de la moneda falsificada o alterada, cuando el dinero ingresa de forma efectiva al territorio nacional, los actos anteriores han de ser reputados como delito tentado^[429]. El transporte del objeto material del delito, constituye un delito de mera actividad, por lo que basta verificar su comisión, para dar por configurada la realización típica; de modo que no resulta admisible la tentativa.

El retiro de la moneda falsificada o alterada, ha de suponer su extracción del territorio patrio, por ende, los actos anteriores pueden ser calificados como un delito tentado. La comercialización implica la puesta en negociación del dinero falsificado y/o alterado, sin necesidad de que se verifiquen transacciones concretas, no resultando posible identificar la tentativa.

La distribución de la moneda o del billete falsificado y/o alterado, adquiere perfección delictiva, cuando el agente reparte de forma efectiva dichos objetos a terceros interesados, de forma que los actos anteriores sí puedan ingresar al ámbito de protección de la norma, dando lugar a un delito tentado. Mientras que la puesta en circulación se manifiesta cuando el agente coloca en el circuito económico la moneda falsificada y/o alterada, sin necesidad de acreditar intercambios significativos del dinero; resultando admisible una tentativa. En la doctrina se señala que puede considerarse que la puesta en circulación llega al grado de consumación con la realización del acto correspondiente para lograr tal

[429] Así, Fontán Balestra, C.; Derecho Penal. Parte Especial, cit., p. 954.

puesta, y la tentativa se dará cuando la moneda no queda introducida en el tráfico pese a la acción del autor^[430].

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

Se trata de un delito doloso, conciencia y voluntad de realización típica. El autor debe conocer el carácter de la moneda que se imita -que sea de curso legal-, y debe querer crear la pieza imitadora en la falsificación.

El que introduce, expende y pone en circulación, además de conocer y querer realizar los elementos del tipo objetivo, debe conocer que la conducta que realiza constituye el agotamiento de la acción de falsificar -si el que falsifico fue un tercero-, y debe saber, en consecuencia, que la moneda es falsificada, es decir, el accionar del sujeto activo tiene, como necesario presupuesto, el de que la moneda fue recibida de mala fe, sin que sea necesario un acuerdo mas o menos directo con el falsificador^[431].

El conocimiento de que la moneda o el billete han sido falsificados y/o alterados por un tercero, supone un aspecto de cognición suficiente para la admisión de un dolo eventual, como «conciencia del riesgo típico».

^[430] Donna, E.; 2004. Op.cit., p. 49.

^[431] Donna, E.; 2004. Op.cit., p. 49.

FABRICACIÓN O INTRODUCCIÓN EN EL TERRITORIO DE LA REPÚBLICA DE INSTRUMENTOS DESTINADOS A LA FALSIFICACIÓN DE BILLETES O MONEDAS

“El que fabrica, introduce en el territorio de la República o retira de él, máquinas, matrices, cuños o cualquier otra clase de instrumentos o insumos destinados a la falsificación de billetes o monedas o se encuentra en posesión de uno o más pliegos de billetes falsificados, o extrae de un billete auténtico medidas de seguridad, con el objeto de insertarlas en uno falso o alterado, o que, a sabiendas, los conserva en su poder será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de doce años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.”

1. CONCEPTOS PRELIMINARES

Conforme han evolucionado las sociedades a través de los siglos, hemos apreciado un constante crecimiento en el desarrollo de la ciencia y la tecnología, estos avances son aprovechados por los seres humanos en forma positiva o negativa indistintamente, lo cual repercutirá a su vez en los sistemas económicos y dependiendo de la orientación que se le de a estas actividades. Ejemplo de ello, es que en los últimos

tiempos las fotocopiadoras en color han experimentado a la par que un aumento en la calidad de sus reproducciones una mayor accesibilidad económica, lo que ha dado lugar a que sea un elemento presente en nuestra actividad diaria.

Paralelamente, este desarrollo tecnológico ha incidido en el aumento de todo tipo de falsificaciones documentales que, dada la amplitud del parque de dichas máquinas, hace difícil una investigación que identifique la procedencia de dichas falsificaciones.

Es por ello, que desde el momento en el que se universalizó el conocimiento de las potencialidades de las tecnologías asociadas al uso de la informática, a todos los niveles se identificaron rápidamente dos clases de riesgos para sus usuarios voluntarios e involuntarios. El primero de los riesgos estaba asociado a la intromisión en las esferas más privadas de los ciudadanos y en el incremento del control sobre aquéllos por parte de organismos públicos o por entidades o grupos cuya estructura y funcionamiento son inaprensibles para la mayoría. El segundo de los riesgos estaba vinculado al mantenimiento de la integridad patrimonial, especialmente en aquellos elementos con elevados niveles de inmaterialidad, esto es, los ubicados en el sistema financiero, en general, y en los mercados bancarios y de valores, en particular^[432].

Con el tiempo, se han incrementado las esferas de la vida social en las que las nuevas tecnologías toman una mayor presencia, con el consiguiente incremento de los riesgos y la necesidad de articular mecanismos de prevención y control de los mismos, estos últimos sólo admisibles a través de la intervención de las instituciones democráticas. Estaba claro que el derecho penal iba a tener un papel relevante,

^[432] Ramón Ruiz, L. 2006; Uso ilícito y falsificación de tarjetas bancarias. En: Revista de Internet, derecho y política. www.uoc.edu/idp. ISSN 1699-8154. p., 2.

y que algunos desarrollos de las nuevas tecnologías irían de la mano de la regulación penal^[433].

Los grandes beneficios de la informática como instrumento para el desarrollo económico, profesional, social y cultural, también hacían prever su enorme utilidad para la comisión de infracciones penales. Como se ha ido sosteniendo a lo largo de la presente monografía, los grandes avances logrado por la ciencia y la tecnología en los últimos tiempos, a la par de traer consigo prosperidad y desarrollo socio-económico, implican también la generación de nuevas conductas disvaliosas, cuya haz dinámico supone la realización de nuevas figuras conductivas susceptibles de lesionar y/o poner en peligro bienes jurídicos –penalmente tutelados-. En el ámbito de la criminalidad financiera y monetaria, es de recibo, que la intervención del Derecho penal ha de incidir en todos sus eslabones, es decir, en todo la red delictiva que en su quehacer delictivo genera graves estragos al Sistema Económico en su conjunto. De modo, que el instrumento punitivo ha de identificar todos aquellos comportamientos que revelan ya una peligrosidad objetiva para el interés jurídico tutelado; en este caso, se pone de manifiesto la fabricación e introducción de máquinas, matrices cuños o cualquier otra clase de instrumentos o insumos destinados a la falsificación de billetes o monedas.

La realidad se ha encargado de demostrar que tales riesgos eran reales y el Derecho penal ha debido adaptarse a aquélla, a pesar de surgir dudas relativas tanto a la incorporación de nuevas conductas al Código Penal como a su ubicación dentro del texto legal. Crear un apartado relativo a los delitos de falsificación o alteración monetaria en su modalidad de fabricación o introducción de máquinas de falsi-

^[433] Morales García, O. 2002; Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información. En: F. Morales Prats; O. Morales García (coord.) (2002). *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*. Cizur Menor: Aranzadi., p., 170.

ficación es una de estas muestras, optando finalmente el legislador por realizar adaptaciones técnicas en aquellas infracciones penales donde la utilización de las nuevas tecnologías podía representar un medio comisivo relevante con un disvalor de acción propio^[434].

Estimando el legislador tan elevado el riesgo para la economía del país de la fabricación y circulación de signos no emitidos por el Estado o alterados que anticipa la punibilidad para quienes poseen elementos aptos para su elaboración, al igual que a quienes los produzcan o suministren^[435].

2. TIPICIDAD OBJETIVA:

a. Sujeto activo

Conforme se desprende de la construcción típica del artículo 255°, sujeto activo puede ser cualquier persona, la calidad de autor no esta condicionada a la presencia de un elemento especial. Todos aquellos que intervienen en el marco de los actos ejecutivos, contando con el co-dominio funcional del hecho, han de ser co-autores, el resto, serán considerados como partícipes.

Quien fabrica o introduce en el territorio nacional máquinas, matrices, cuños o cualquier otra clase de instrumentos o insumos destinados a la falsificación de billetes o monedas, puede ser a su vez quien las falsifica y/o altera estos medios de pago; de modo, que no cabe reparo alguno, de admitir un posible Concurso Real de delitos, entre el 255° con el 252° y el 253° de ser el caso, pues no se dice que tiene que ser una persona ajena a dichas modalidades típicas. Inclusive, puede también ingresar en Concurso delictivo con la figura contemplada en el artículo 254° del CP; v.gr., el agente puede ser quien fabrica los instrumentos y a la par quien hace circular la moneda falsificada en el territorio patrio.

^[434] Así, el artículo 275° del CP colombiano.

^[435] Hernández Quintero, H.; Falsedad monetaria, cit., p. 861.

b. Sujeto pasivo

Siguiendo la pauta esbozada en este ámbito del injusto, lo será el Estado, como titular de la acuñación de la moneda y de la emisión de los billetes.

c. Modalidad típica

Es de verse entonces, que si pasamos revista a las figuras delictivas contenidas en los artículos 252º, 253º, 254º y 255º del CP, hemos de advertir que de forma global representan todo el circuito delictivo de aquellos atentados contra el Orden Monetario, desde la fabricación y/o elaboración de aquellos instrumentos destinados a la falsificación de monedas y/o billetes hasta la puesta en circulación y distribución de dichos objetos en el tráfico económico. Conforme a dicha descripción penal y criminológica, identificamos que el presente articulado, lo que penaliza son actos en puridad «preparatorios», cuya legitimidad se basa en la necesidad de cerrar espacios de impunidad a todos aquellos comportamientos que son indispensables para que afecte el bien jurídico protegido. Así como sucede en el marco de los Delitos Intelectuales, conforme los articulados correspondientes^[436]. Visión político criminal que se adscribe a la descripción de una «Sociedad de Riesgo». Como se expone en la doctrina, existen acciones preparatorias que, en consideración al valor del bien amenazado, en consideración a la peligrosidad personal de quien efectuó la preparación, constituyen por sí mismas una amenaza actual a la paz jurídica y, por ello, son sometidas a una pena^[437].

Lo que si no coincidimos es que el comportamiento prohibido del artículo 255º, conlleve una pena más grave que la fabricación y/o la alteración de monedas o billetes auténticos. Consecuencia jurídica que no se ajusta a los principios de proporcionalidad y de culpabilidad.

^[436] Así, el artículo 439º del CP.

^[437] Maurach, R./ Zipf, H.; Derecho Penal. Parte General, 2, cit., ps. 8-9.

En el caso del artículo 255° del CP, se incluye como acciones delictivas la fabricación, ingreso o salida del territorio de la República máquinas, matrices o cuños; o cualquier otra clase de instrumentos o insumos destinados a la falsificación de billetes o monedas; o se encuentra en posesión de uno o más pliegos de billetes falsificados; o extrae de un billete auténtico las medidas de seguridad para insertarlas en uno falso o alterado. Esta tipificación adquiere su justificación en razón del peligro que significa estas máquinas e insumos para la estabilidad económica y monetaria nacional, puesto que su utilización permite que se consuma la creación de monedas falsas o se alteren las existentes. Por tal razón, el legislador peruano ha previsto sancionar estas conductas como un modo de romper con la cadena inicial del proceso de falsificación.

Primera modalidad típica, constituye la «fabricación» de máquinas, matrices, cuños o cualquier otra clase de instrumentos o insumos destinados a la falsificación de billetes o monedas. Determina la acción de elaborar instrumentos en general, susceptibles e idóneos para falsificar monedas y billetes, no se requiere que sea maquinaria sofisticada, basta que sea apta para la creación de dinero eficaz como medio de pago. No tiene, tampoco, que tratarse de una fabricación a grandes escalas, pues basta con que se advierte una sola unidad, para que proceda la incriminación.

La «introducción en el territorio de la República», de las máquinas o cuños destinados a la falsificación de monedas, supone su ingreso efectivo, por cualquier vía de comunicación, a una localidad nacional. Debe tratarse de una maquinaria cuya funcionalidad sirva para la falsificación de monedas o billetes y, no de un repuesto que permita su normal funcionamiento. Cuestión distinta, ha de verse, en el caso de insumos, cuyo empleo permite al falsificador concretar su labor delictiva.

Por su parte «retirar del territorio nacional» los objetos mencionados en el articulado, implica una acción inversa a la expuesta

en el párrafo anterior, de modo que el agente extrae del país dichos instrumentos, que pueden o no haber sido usados para la falsificación de monedas y billetes, ora nacionales ora extranjeros.

La siguiente modalidad importa la «posesión de uno o más pliegos de billetes falsificados»; significa la penalización de la mera tenencia del objeto material del delito, cuya naturaleza es esencia distinta a las observadas anteriormente; no es lo mismo fabricar instrumentos destinados a falsificar monedas y billetes y, otra muy distinta la posesión de pliegos de billetes falsificados. En todo caso, dicha conducta disvaliosa implica la circulación misma del objeto del delito, por lo que su ubicación habría de encajar con mayor corrección en el artículo 254° del CP, en base a un criterio de interpretación sistemática. ¿Acaso no es lo mismo la posesión del billete falsificado, que su circulación en el tráfico económico? No olvidemos que el artículo 255° fue modificado por la Ley N° 27593 del 13 de diciembre del 2001. Por lo general, las reformas penales en nuestro país, toman lugar sin considerar una visión sistémica del orden penal. A lo más se debió someter la punición de dicha conducta a un mayor estándar cuantitativo.

La penúltima conducta típica exterioriza la «extracción de las medidas de seguridad de un billete auténtico con la finalidad de insertarlas en uno falso o alterado». De recibo, los billetes de curso legal, que emite periódicamente el BCR, cuentan con ciertos dispositivos de seguridad, que precisamente se insertan para evitar su falsificación y/o alteración. En este caso, el agente desprende de los billetes los mecanismos de seguridad que se encuentran insertados en su contenido, para luego colocarlos en billetes falsificados y/o alterados; inserta dichos mecanismos para dar lograr una mejor apariencia de autenticidad a los billetes falsificados. Mayor disvalor del injusto típico que devala una reacción penal intensificada.

La última conducta típica toma lugar cuando el agente «conserva en su poder las medidas de seguridad extraídas de billetes auténticos» suponemos; dicha previsión normativa se encuentra ya subsumida en

los verbos típicos analizados, por lo que su expresa taxatividad es a nuestra consideración innecesaria.

3. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

En el primer caso, en cuanto a la fabricación de maquinas, instrumentos y otros, destinados a la falsificación de billetes o monedas, la perfección delictiva se alcanza cuando el agente elabora de forma completa dichos objetos, cuando éstos se encuentran en idónea aptitud de funcionalidad^[438]. Mientras que la introducción de los elementos mencionados, adquiere consumación, cuando el agente los logra ingresar al territorio nacional. A nuestro entender, por motivos de política criminal, los actos anteriores a la realización típica, han de quedar fuera de la esfera de punición.

Por su parte, el retiro de las máquinas, matrices, cuños y otros del territorio nacional, adquiere perfección delictiva, cuando el agente logra extraerlos de la soberanía nacional.

La tenencia de uno o más pliegos de billetes falsificados implica un delito de mera actividad, por lo que no resulta admisible el delito tentado; no obstante, un acto anterior, puede ser la falsificación del billete, por lo que sería penalizado según los alcances normativos del artículo 252° del CP.

Finalmente, la extracción de las medidas de seguridad de un billete auténtico, la perfección delictiva toma lugar cuando se concretiza dicha acción, sin necesidad de verificar que sean insertados en un billete falso o alterado, en tanto, dicha circunstancia constituye un acto posterior, que sólo necesita ser acreditado en la esfera subjetiva del injusto.

^[438] A decir de Hernández Quintero, debe probarse de manera fehaciente el propósito del ciudadano de destinar estos objetos para la elaboración de la moneda ilegítima, a riesgo de sancionar a quien los posee para actividades editoriales permitidas por el Estado; Falsedad monetaria, cit., p. 861.

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

De la interpretación normativa de desprende que el comportamiento debe ser estrictamente doloso; conciencia y voluntad de realización típica. El agente dirige su conducta a fabricar, ingresar y/o extraer del territorio de la República, máquinas, matrices, cuños o cualquier clase de instrumentos destinados a la falsificación de billetes o monedas. Suficiente con el dolo eventual «conciencia del riesgo típico».

Si se trata de un colaborador en la elaboración de dicha maquinaria, éste debe obrar sabiendo que aquellas serán destinadas para el fin propuesto en la norma.

Sólo la última modalidad del injusto típico amerita la presencia de un ánimo de naturaleza trascendente: «con el objeto de insertarlas en uno falso o alterado».

ALTERACIÓN DE BILLETES O MONEDAS

“Será reprimido con pena de multa no menor de treinta ni mayor de ciento veinte días-multa:

- 1.- El que escribe sobre billetes, imprime sellos en ellos o de cualquier manera daña intencionalmente billetes o monedas.*
- 2.- El que, con fines publicitarios o análogos, reproduce o distribuye billetes o monedas, o el anverso o reverso de ellos, de modo que pueda generar confusión o propiciar que las reproducciones sean utilizadas por terceros como si se tratase de billetes auténticos.”*

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El precepto penal bajo examine, a nuestro entender es sujeto de discrepancias con relación a la utilidad social y a la necesidad de su vigencia normativa. En la realidad, es usual que las monedas sean marcadas por los usuarios, quienes en caso de dañarlos terminan siendo los principales afectados puesto que ante un supuesto de circulación comercial estas monedas son sujeto de rechazo por parte de los entes económicos del mercado^[439]. Repararnos, entonces, que la plasmación

^[439] A menos que se exija que el dañado se produzca en dinero de terceros, de todos modos, habríamos de colocarnos en un supuesto no muy corriente de imaginarse; v.gr., quien sustrae el dinero de un tercero y, luego se lo entrega en las condiciones descritas en el inc. 1) del artículo 256° del CP.

de dicha conducta incide realmente en una afectación del dinero como medio de pago; importa una cuestión totalmente distinta a la falsificación y/o alteración de monedas y billetes. Y, si la escritura daña significativamente el papel, éste perderá su poder adquisitivo.

Tendría que producirse el dañado de los billetes o las monedas en cantidad significativa y, que éstos sean entregados de forma unilateral, sin poder el receptor discutir su aceptación.

Asimismo, el definir si alguna publicidad es sujeto de confusión monetaria, es un tema discutible, en razón que los documentos publicitarios no están enfocados hacia la presentación de una moneda, sino hacia conquistar las preferencias de los potenciales clientes de un determinado producto.

Dicho lo anterior, las conductas descritas en el artículo 256° del CP, no revelan una dosis de lesividad social suficiente, para abonar en su incriminación; es de inferirse, que dichos comportamientos no ingresan *per se* al ámbito de protección de la norma, al circunscribirse en un concepto de «adecuación social» o de «contactos sociales mínimos». De ahí, que no se encuentre semejante prohibición penal en el derecho penal comparado.

En todo caso, la conducta contenida en el segundo inciso del articulado, debía ser pasible de una sanción de índole administrativa, pues no manifiesta un caso de falsificación y/o alteración de monedas y billetes, al consistir en una reproducción que no se orienta al empleo de los mismos como medio de pago. Como el mismo precepto lo dice, la reproducción o distribución de billetes o monedas, toma lugar con fines estrictamente «publicitarios o análogos». Podríamos decirlo de otro modo: se trata de una conducta, que por su adecuación a los medios y usos de la sociedad actual, no puede ser reputado como un «riesgo jurídicamente desaprobado».

En base al principio de la *última ratio*, a través del cual el Derecho penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras

formas de control menos lesivo “*formales e informales*”. Es correcto afirmar que si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad debe inhibirse de recurrir a su instrumento más intenso, como lo es el resorte punitivo estatal.

En este caso, la educación y formación del ciudadano es el principal mecanismo de corto plazo que permitiría solucionar la existencia de los comportamientos calificados como delitos en la norma comentada.

Si partimos de la idea de que los principios, como el de *última ratio* tienen un indudable basamento de carácter político, pues, en definitiva, *la decisión de intervenir constituye una determinación del legislador*. Entonces, es lógico afirmar que estos principios sirven de orientación para las medidas que dentro del sistema jurídico penal se adopten^[440].

La hipótesis delictiva, del «dañado o reproducción de billetes o monedas», bajo la forma en la que esta configurados los supuestos de hechos normativos, se presenta un exceso del Derecho penal al calificarlo como delito. En la gran mayoría de las ciudades del Perú no es una novedad que se escriba sobre los billetes, el usuario percibe fácilmente esta alteración y esta en su potestad aceptar o rechazar este bien de cambio en función del estado en la que se encuentra el billete o moneda. En muchos Estados los billetes así manipulados o enmendados con mensajes indelebles, pierden su valor legal, así se pone de relieve en las disposiciones legales que regulan la actividad bancaria y financiera, que todo usuario del sistema esta en capacidad de observar cuando se acerca a una ventanilla de dichas entidades. En la práctica, se suele aceptar su valor de cambio nominal; inclusive en el mercado informal existen los compradores de monedas y billetes con dichas características, a un precio menor al fijado por el libre juego de la oferta y la demanda.

^[440] Marinucci, Giorgio y Dolcini, Emilio. 2004. *Manuale di Diritto pénale. Parte Générale*. Milano: Giuffré, cit., p. 9

Respecto a la reproducción y/o distribución de billetes y monedas con fines publicitarios es suficiente, como lo hacen algunas legislaciones, establecer reglas administrativas de uso, caso contrario, debe aplicarse sanciones igualmente administrativas. Un claro ejemplo de ello, lo encontramos en la legislación uruguaya la cual establece que la utilización de imitaciones de billetes o monedas con fines publicitarios deberá ajustarse a las siguientes restricciones:

- a) Las reproducciones impresas de un billete deberán poseer como mínimo el 200% o como máximo el 50% de la longitud y anchura del billete de pesos uruguayos respectivos.
- b) En caso de moneda metálica, el soporte físico de la reproducción no podrá ser de metal, aleaciones, o cualquier material rígido o semi - rígido.
- c) La publicidad no podrá consistir en la adhesión o impresión de textos o imágenes, por cualquier medio, en billetes o monedas originales.
- d) Los billetes deberán ser reproducidos manteniendo las proporciones originales en la ampliación o reducción.
- e) No serán permitidas distorsiones de las formas, diseños o colores.
- f) Las imágenes de billetes disponibles a través de la Internet o por el uso de otros medios informáticos, deberán contener la palabra "SIN VALOR" en diagonal sobre ambas caras del billete.

Asimismo, la ley americana permite la reproducción de billetes siempre y cuando esta sean más pequeñas de un 75 o más grandes del 150% del original y sólo aparezca la imagen del billete por un lado. En el caso europeo, el Banco Central Europeo posee el copyright de los billetes de euro permitiendo la reproducción de ellos para fines publicitarios y similares mientras no haya peligro de confusión con originales. De igual manera, en España, la Ley 10/1975, establece como sanción administrativa la reproducción sin autorización con

finés publicitarios o comerciales o de venta de monedas que hayan tenido, tengan o puedan tener curso legal y monedas conmemorativas, especiales o de colección.

Para el caso peruano, debería aplicarse estos criterios de sanciones administrativas, teniendo en cuenta que el nivel de afectación social es casi mínimo, y donde el legislador al momento de incorporar al Código Penal el artículo comentado, lo único que genera es sobrecargar a un sistema de justicia colapsado por la cantidad de usuarios que tiene y por los escasos recursos con los que cuenta. Aunque en definitiva, injustos –como el presente–, muy difícilmente llegan a conocimiento de los Tribunales de Justicia, por lo que ingresan al escenario de un «Derecho Penal Simbólico».

En cuanto a las formas de imperfecta ejecución, en el caso del primer inciso, la perfección delictiva tomar lugar cuando el agente coloca una sobre-escritura en el contenido del billete o imprime sellos o, de cualquier otra forma, los daña intencionalmente; v.gr., produce una rotura o simplemente lava los billetes, haciendo perder su color. No vemos posibilidad alguna de poder identificar actos ejecutivos susceptibles de ser penalizados. Su incriminación está condicionada al dolo del agente, conciencia y voluntad de realización típica, si el autor cree estar escribiendo sobre un billete no auténtico, podrá admitirse un Error de Tipo. No desdeñamos la posibilidad de un Error de Prohibición, cuesta pensar para algunos ciudadanos que escribir un nombre en un billete, sea constitutiva de una conducta penalmente antijurídica.

En el segundo inciso, la perfección delictiva se alcanza, cuando el agente reproduce o distribuye billetes o monedas, con el anverso o reverse de ellos, es decir, se requiere una elaboración completa del dinero o su efectivo reparto a un número indeterminado de personas.

En este último apartado, podemos ubicar una auténtica «condición objetiva de punibilidad», cuando se dice que la reproducción y/o distribución debe «generar confusión o propiciar que las reproducciones

sean utilizadas por terceros como si se tratase de billetes auténticos»; esto quiere decir, que la conducta debe ser idónea y apta para poder producir dicha condición normativa, de no ser así, el comportamiento pese a ser típico no es merecedor y necesitado de pena. Toda aquella reproducción en puridad burda, queda al margen de toda sanción penal.

Si se pretende normativamente que el dinero manifieste una replica de buen acabado, se trataría de una falsificación de billetes o monedas, que habría de recaer sobre los alcances típicos del artículo 252° del CP; donde la distinción habría de residir en los fines que persigue el agente. Como se verá no sólo la penalización de este supuesto del injusto resulta innecesaria, sino que también podría generar una sanción injustificadamente atenuada.

La conducta analizada, sólo resulta reprimible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente reproduce y/o distribuye monedas o billetes, sabiendo que dicha facultad es una actuación, que en monopolio ejerce el Estado; el aspecto cognitivo del dolo no tiene porque abarcar un posible estado de confusión cognitiva por parte de terceros; mas si su idoneidad y/o aptitud conductiva. Así, como en la modalidad anterior, puede presentarse un «desconocimiento de la antijuridicidad penal», cuando el agente desconoce la prohibición de la conducta, aspecto distinto ha de verse en un Error de Tipo, cuando el autor ignora alguno de los elementos constitutivos del tipo penal.

APLICACIÓN EXTENSIVA

“Las disposiciones de los artículos de este Capítulo se hacen extensivas a los billetes, monedas, valores y títulos valores de otros países.”

1. ANÁLISIS NORMATIVO

Como es de verse de la redacción normativa bajo examine, el artículo 257° del CP peruano, equipara las sanciones aplicables a la falsificación y/o alteración de monedas billetes, valores y títulos nacionales de procedencia extranjera, así como su circulación y transporte. Importa en otras palabras, una regulación sujeta a una «Extensión de Punibilidad», de extender el ámbito de protección de los tipos penales contemplados en los artículos: 252°, 253°, 254°, 255° y 256°. Mayor cobertura de las figuras delictivas en cuestión, que toma lugar mediante la referencia al «objeto material del delito», es decir, las monedas y los billetes, sobre los cuales recaen las conductas típicas glosadas en los artículos mencionados. De forma, que el juicio de tipicidad de los comportamientos prohibidos, ha de necesitar de un criterio de interpretación sistemática, mediando la unidad de sus conceptos informadores.

Cabe precisar, que la estabilidad monetaria así como de la credibilidad, confianza e integridad de las monedas y los billetes como medios de pago, también pueden verse afectados cuando la conducta fraudulenta (falsificadora), recae sobre monedas, billetes, valores y títulos

valores de otros Estados. Máxime, si muchas monedas extranjeras en la actualidad, se han constituidos como verdaderos medios de pago en las múltiples y variadas transacciones comerciales y financieras, que convergen en el tráfico económico. El dólar americano es un claro ejemplo de ello, muchos negocios jurídicos se efectúan con dicha moneda, al extremo de que los avisos publicitarios de ciertos bienes consignan sus precios en dólares, por lo que la falsificación, alteración, circulación o comercialización de aquellos importa una realidad criminológica indiscutible. Más aún, cuando muchas de estas mafias que operan en nuestro país, poseen determinadas ramificaciones con el exterior, por lo que hacen circular billetes falsificados procedentes de Naciones extranjeras. Situación que no es muy ajena al Euro, al haber adquirido una posición privilegiada en el mercado cambiario. Lógicamente que la comisión de esta clase de conductas ha de merecer también un reproche jurídico-penal en el país, cuya procedencia es la moneda fraguada, de forma que la persecución y sanción de estos injustos penales, requiere de una cooperación y ayuda judicial Internacional.

No sólo las monedas y los billetes de otros países, son objeto de incidencia punitiva, al haberse incluido a los «valores y títulos valores» de Naciones extranjeras, para tal efecto, el juzgador deberá conocer el derecho comparado aplicable, pues no todo documento puede ajustarse a dichas características.

La descripción de un Orden Monetario caracterizado por la confluencia de una serie de monedas y/o billetes, abona en la legitimidad de la Extensión de Punibilidad in comento.

Instrumento cuya valía no sólo tiene que ver con un aspecto de soberanía estatal, sino también en el marco de las relaciones internacionales de índole comercial, que el Perú mantiene con diversos países del orbe; así es de verse del contenido del articulado in examine.

Es importante tener en cuenta que para la aplicación del precepto penal, es irrelevante el nombre de la entidad emisora de la moneda o valor para los efectos de la integración del tipo penal. Lo importante

es que su emisión tenga respaldo legal, es decir que sea un medio de cambio y/o circulación en el país al que corresponde, pues ello permite que este sea cambiado en moneda nacional por la cantidad que exprese según el tipo de cambio, y sea considerado como medio legal de pago. No puede, tratarse por tanto, de aquellos billetes o monedas que ya no circulan legalmente en su país de origen, aquellos que ya están fuera de circulación; dichos comportamientos no son susceptibles de poner en peligro al bien jurídico tutelado. Podrían, en todo caso, ser cobijados bajo los alcances normativos del tipo penal de Estafa, siempre y cuando se advierta el engaño, el error y el desplazamiento de orden patrimonial por parte del sujeto pasivo al sujeto activo.

En el caso de la falsificación, tal como ya lo hemos desarrollado al comentar los anteriores tipos penales, la simple producción perfecta o imperfecta, de monedas o billetes extranjeros, sea cual fuere el color o medio empleado para hacerla, por que gramaticalmente el concepto de falsificación incluye al de imitación y, en consecuencia, la conducta desplegada a efecto de crear imitativamente uno o varios billetes, monedas, valores o títulos que aparenten haber sido emitidos por los organismos autorizados.

Bajo la hipótesis delictiva de la circulación y transporte, la existencia del cuerpo del delito implica la comprobación de dos elementos: primero, la falsificación y/o alteración de monedas o valores equiparables; segundo, su circulación, tal como lo refiere el cuerpo punitivo, disposiciones que requieren para que exista el delito, que la falsificación o alteración deba corresponder a monedas o títulos equiparables existentes en un país extranjero.

En tal sentido, para muchos expertos en temas económicos, en los delitos económicos, el riesgo es tal, que podría provocar una crisis financiera como la que azota actualmente al mundo puesto que siempre hay la posibilidad de que por medio de la producción del billete falso u alterado, se padezca una crisis, simplemente porque causa una devaluación del billete, sea dólar, euro o cualquier otro. En muchos casos puede causar pánico (en los mercados) emergentes.

De igual manera concuerdan los expertos que con la globalización resulta necesario tener una buena relación, una buena cooperación y una estrategia en conjunto con las empresas privadas, las instituciones gubernamentales y las agencias policíacas. Es importante trabajar juntos y estar abiertos y hablar en confianza.

Asimismo, además de las sanciones penales que se establezcan, la clave es la educación pública; en todo caso la política social, que en realidad puede hacer muy poco, en la medida que por su mayoría quienes incursionan en esta clase de delitos con personas cultas, que han recibido todo un bagaje de conocimiento.

Entre más información se brinde al público se van a educar mejor y podrán adecuar su conducta a estándares positivos.

En lo que respecta a los aspectos de las formas de imperfecta ejecución y al tipo subjetivo del injusto, nos remitimos a todo lo dicho en las figuras delictivas precedentes.

Siendo que el artículo 257° supone una Extensión de Punibilidad, los marcos penales aplicables serían mismos, aquellos fijados en los tipos penales precedentes; empero, el juzgador –al momento de la determinación judicial de la pena-, puede en este supuesto señalar una pena menor, si es que se considera a esta modalidad como un injusto de menor gravedad, al no tratarse de la moneda de curso legal nacional.

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

“Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis años ni mayor de catorce años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa el que comete los delitos establecidos en los Artículos 252, 253, 254, 255 y 257 si concurriera cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:

- 1. Si el agente obra como miembro de una asociación delictiva o en calidad de integrante de una banda.*
- 2. Si el agente labora o ha laborado en imprentas o talleres gráficos o en la industria metalmecánica y se ha valido de su conocimiento para perpetrar el delito.*
- 3. Si el agente labora o ha laborado en el Banco Central de Reserva del Perú y se ha valido de esa circunstancia para obtener información privilegiada, sobre los procesos de fabricación y las medidas de seguridad, claves o marcas secretas de las monedas o billetes.*
- 4. Si para facilitar la circulación de monedas o billetes falsificados, el agente los mezcla con monedas o billetes genuinos.”*

COMENTARIO

El Orden Monetario constituye un sub-sistema de primer orden del Sistema Económico, en cuanto a su importancia para la estabilidad y despegue socio-económico de toda Nación democrática; en tal mérito, se sanciona con pena, a todos aquellos que cometen comportamientos con suficiente disvalor para colocar en peligro, dicho bien jurídico -merecedor y necesitado de pena-. Habiendo pasado revista al glosario de conductas típicas, es de verse que el artículo 257°-A del CP, recoge ciertas circunstancias o condiciones personales del agente, que el legislador ha tomado en consideración para la construcción de las «Circunstancias Agravantes» in examine.

Son las particulares formas de cómo se comete del delito, el modo y circunstancia de su perpetración, los instrumentos empleados, la magnitud de los perjuicios ocasionados en la entidad del bien jurídico, que figuran como elementos del injusto que lo revisten de mayor gravedad (disvalor de la acción como el disvalor del resultado). Así también, la relación entre la víctima y el agresor, el estatus funcional del autor o su posición de ventaja para incurrir en la figura delictiva, son datos a saber, que inciden en un juicio de Imputación Individual (Culpabilidad), de mayor dosis de reproche jurídico-personal. En tal entendido, toman lugar conductas cualificadas, que determinación la imposición de una reacción punitiva que reviste un plus de severidad.

Importa una técnica legislativa muy usada por el legislador, conforme se devela de un gran número de tipos penales, sobre todo en el ámbito del «Derecho Penal Nuclear»; elaboración normativa que si bien puede resultar legítima en algunos casos, puede que en otros sea innecesario, al configurarse una posible duplicidad con aquellas circunstancias agravantes que se han regulado en la Parte General del CP.

En el presente caso, puede darse una opinión favorable al listado de las Circunstancias Agravantes contenidas en el artículo 257°-A, ora por la importancia del bien jurídico ora por la realidad criminológica,

al advertirse que los delitos Monetarios, son cometidos generalmente por una pluralidad de agentes.

De acuerdo con los supuestos de hechos descritos en esta norma, las circunstancias agravantes en los delitos monetarios comprenden:

1. Si el agente obra como miembro de una asociación delictiva o en calidad de integrante de una banda

La descripción típica no precisa qué se entiende por asociación y banda, pero en términos generales podemos decir que la primera expresión es la unión de personas para un fin determinado, y la segunda es un grupo de individuos. Mas con ello decimos muy poco, en la medida que la «Asociación Ilícita» configura un tipo penal autónomo, tal como es de verse en el artículo 317º del CP, por lo que resulta necesario hacer una distinción, amén de evitar una posible lesión al principio del *non bis in idem* material. Para que un individuo este incurso en la figura delictiva de Asociación Ilícita se requiere que dicha organización criminal, no sólo cuente con una pluralidad de miembros, que tenga una permanencia significativa en el tiempo, división de funciones y/o tareas, órganos jerarquizados, sino también que desde su interior se perpetren una «pluralidad de delitos». Es éste el dato a saber, que puede servirnos para distinguir dicho delito de la agravante en cuestión, es decir, si la Asociación delictiva, de la cual forma parte el agente, se dedica a cometer varios hechos punibles, hemos de optar por la tipificación prevista en el artículo 317º, no puede darse un Concurso Delictivo, pues estaríamos penalizando dos veces un mismo hecho. El delito de Asociación Ilícita no puede ser concebido como un delito de mera pertenencia, so pena de vulnerar las garantías de un «Derecho Penal del Acto». Consecuentemente, únicamente cuando la organización criminal se dedica a cometer delitos contra el Orden Monetario, resulta aplicable el inc. 1) del artículo 257º-A.

Evidentemente en las organizaciones criminales complejas, típicas de ciertas expresiones delictuosas contemporáneas, con gran alcance, están integradas por organizaciones complejas.

¿Qué debemos entender por una «banda», a fin de no confundirla con la Asociación Delictiva? un dato importante es la permanencia del grupo, por lo general los integrantes de dicha estructura criminal se agrupan de forma eventual para cometer determinados delitos. Por lo demás, no cuentan con una estructura interna rigurosamente organizada.

Cuando se trata de agrupaciones que operan en varios países, con ramificaciones internacionales, dada sus conexiones con el exterior, importa la presencia de una Asociación Delictiva.

Elemento importante a saber es que el agente debe estar incurso en el delito Monetario, como miembro y/o perteneciente de la Asociación Delictiva o de la banda; pues si lo hace por su propia cuenta y riesgo, la punición ha de reconducirse a los tipos base. No perdamos de vista que la legitimación de la Agravante, reposa en la peligrosidad de estas estructuras criminales que revelan en su accionar delictivo así como en los medios que emplean para facilitar la comisión del hecho punible.

Si el agente dejó de pertenecer a la Asociación Delictiva y, bajo esta circunstancia comete el delito, habrá que negar la procedencia de la Agravante.

2. *Si el agente labora o ha laborado en imprentas o talleres gráficos o en la industria metalmecánica y se ha valido de su conocimiento para perpetrar el delito*

El delitos monetarios implican actividades criminales que en un primer momento los países han tratado de encuadrar en figuras típicas de carácter tradicional, tales como fraudes, falsificaciones, estafa, etcétera. Sin embargo, debe destacarse que el uso de las tecnologías y la industria han creado nuevas posibilidades del uso indebido de éstas, lo que ha propiciado a su vez la necesidad de regulación por parte del derecho. En tal sentido, la agravante in examine, esta referida a aquellas personas, que poseen ciertas características que no presentan el denominador común de los delincuentes, esto es, los sujetos activos tienen

habilidades para el manejo de imprentas, talleres gráficos o industria metalmecánica y generalmente por su experiencia se encuentran en una situación estratégica para facilitar la comisión del delito contra el sistema monetario; en mérito a la labor que desempeñan, pues en dichos negocios se cuentan con instrumentos, máquinas e instrumentos que pueden ser utilizados para la falsificación y/o alteración de billetes o monedas.

Puede tratarse de imprentas, de talleres gráficos o de aquellos negocios incursos en la industria metalmecánica; sin necesidad de que sean comercios de gran envergadura o de cierto nivel comercial.

La redacción normativa hace alusión a que el agente labore en dichos centros de trabajo o de que haya laborado; en este último supuesto, hemos de inferir que el autor ha de valerse de los conocimientos y destrezas que adquirió en su puesto de trabajo para cometer el delito monetario. No puede tratarse de cualquier oficio, sólo aquellos vinculados con el manejo de los instrumentales y tecnología que puede ser utilizados para la fabricación de billetes y/o monedas, cuyo conocimiento en su manejo es canalizado para los fines ilícitos que contempla la norma. Por consiguiente, son dos los elementos que deben concurrir para que pueda configurarse la presente agravante.

3. *Si el agente labora o ha laborado en el Banco Central de Reserva del Perú y se ha valido de esa circunstancia para obtener información privilegiada, sobre los procesos de fabricación y las medidas de seguridad, claves o marcas secretas de las monedas o billetes*

Los delitos monetarios se agravan cuando la conducta típica es cometida por un agente que labora o ha laborado en el Banco Central de Reserva del Perú. Dicha entidad estatal es la encargada constitucionalmente de dirigir la política monetaria del país, por tanto, ejerce el monopolio de la emisión de billetes así como la acuñación de monedas; de modo que estar laborando en dicha institución les permite

acceder a la denominada «Información Privilegiada», concerniente a las medidas de seguridad, claves o marcas secretas que se colocan en los billetes y monedas, para evitar su falsificación.

La pena agravada se justifica por el plus de disvalor del injusto, los medios que se vale el agente para perpetrar el delito así como de la posición funcional de dominio que ostenta el autor, el llamado «prevalimiento».

En este caso, no se sanciona específicamente la obtención de la información o conocimiento sino el hacer uso de ellos con la finalidad de perpetrar el delito. Por tales motivos, la norma impone a las personas que tengan acceso a la información privilegiada la obligación de abstenerse de su utilización. El aprovechamiento, entonces, constituye infracción al «deber de reserva» y se considera además, como forma de explotar la información privilegiada en el caso que el informante tenga la intención de beneficiarse con su comunicación o revelación (traspaso de información cuando ésta es divulgada a terceros).

Se distingue esta agravante de la figura delictiva contenida en el artículo 251°-A, en que la primera de la mencionada, la información tiene que ver con aspectos vinculados a la moneda o billetes de curso legal, mientras que la segunda la información se refiere a datos bursátiles.

Según el precepto en cuestión, el agente debe laborar o haber laborado en el BCR y, que se haya valido de dicha posición funcional para obtener información privilegiada, sobre los procesos de fabricación y las medidas de seguridad, claves o marcas secretas de las monedas o billetes. No basta, que el agente tenga la condición de funcionario del BCR, al momento de la comisión del hecho punible; pues si por ejemplo, este forma parte de una organización delictiva que emplea sus propios conocimientos para facilitar la comisión de delitos financieros, su conducta se ajustaría al inciso 1) y, si solo lo hace a título individual, será reprimido según los tipos bases.

4. *Si para facilitar la circulación de monedas o billetes falsificados, el agente los mezcla con monedas o billetes genuinos*

Esta agravante se justifica por la situación de confusión o engaño que genera el sujeto activo para confundir a la colectividad sobre la autenticidad de las monedas y billetes.

Comportamiento prohibido, consistente en confundir los bienes de cambio falsificados con otros legalmente elaborados para con ello introducir en la circulación bienes dinerarios que no tienen valor legal ni de cambio; bajo este supuesto, el agente procede a mezclar los billetes o monedas falsificados con aquellos auténticos, con el objetivo de engañar con mayor facilidad a sus potenciales víctimas.

Deben aparecer entonces monedas de curso legal con dinero falsificado, los primeros de suficiente cantidad para poder viabilizar la perpetración del injusto típico contenido en el artículo 254° del CP, conforme es de verse de la redacción normativa del tipo penal de Circulación de Moneda Falsificada.

EMISIÓN ILEGAL DE BILLETES Y OTROS

“El funcionario del Banco Central de Reserva del Perú que emita numerario en exceso de las cantidades autorizadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años e inhabilitación de uno a cuatro años conforme al Artículo 36, incisos 1) y 2).”

1. TIPICIDAD OBJETIVA:

a. Sujeto activo

No puede ser cualquier persona, conforme una lectura de la descripción típica, se infiere que la calidad de autor sólo la pueden tener los funcionarios del Banco Central de Reserva^[441], de cuya competencia funcional se contiene la de emitir numerarios; de forma, que los *intrañeus* no pueden ser autores a efectos penales.

Se trata, entonces, de un delito especial propio, pues el disvalor del injusto sólo puede ser cometido por quienes tienen la calidad de funcionarios públicos del BCR, que estén involucrados en las tareas de emisión de billetes y monedas. De forma concreta, será el Directorio, a

^[441] Así, el artículo 276° del CP colombiano.

través de los miembros que lo componen, pues según el DL N° 26123, constituye el ente regulador de la emisión de billetes y monedas en nuestro país.

Todos aquellos funcionarios y/o servidores públicos que no cuentan con dicha autoridad funcional, a lo más podrán ser pasibles de responsabilidad penal a título de partícipes. Si por ejemplo el Gerente General dispone la emisión de billetes, estará incurso en el delito de Usurpación de Funciones previsto en el artículo 361° del CP, en calidad de autor.

b. Sujeto pasivo

Será también el Estado, al constituir el ente monopolizador de la emisión de billetes y monedas en el Perú, a través del BCR.

c. Modalidad típica

En definitiva, la emisión de billetes y la acuñación de monedas es una potestad soberana del Estado peruano⁴⁴², consagrada constitucionalmente, cuyo plasmación ha de realizarse según los parámetros legales que autorizan dicha actividad.

Por numerario se entiende por lo general a la suma de moneda efectiva que ostenta un determinado Estado. El conjunto de piezas acuñadas se llama también metálico o dinero constante. La cantidad de moneda acuñada que necesita cada Estado para atender debidamente la circulación depende de la proporción que debe existir entre su riqueza en especie y su fortuna en numerario.

La base monetaria constituye el dinero primario, a partir del cual se crea dinero secundario por las instituciones financieras; esta integrado por el numerario y por las reservas financieras. La emisión primaria comprende los pasivos del BCR, que sustentan la expansión

⁴⁴² Así, Hernández Quintero, H.; Falsedad monetaria, cit., p. 863.

de la liquidez y del crédito. Está constituido por los billetes y monedas emitidos y los depósitos en moneda nacional del sistema financiero mantenidos en el instituto emisor. El total de billetes y monedas emitidos a su vez se divide: en circulante en poder del público y los fondos en bóveda de los bancos. La emisión primaria se expande o contrae como resultado de las operaciones monetarias del Banco Central.

Según lo dispuesto en el artículo 2° del DL N° 26123 (Ley Orgánica del BCR), la finalidad del Banco es preservar la estabilidad monetaria. Sus funciones son regular la cantidad de dinero, administrar las reservas internacionales, emitir billetes y monedas e informar sobre las finanzas nacionales.

No pueden emitirse billetes y monedas, sólo por el numerario autorizado por la entidad legal competente (BCR), es decir, sólo por el respaldo de reservas que cuente el Banco Central

El artículo 24° inc. h) del DL N° 26123, prescribe que el Directorio del Banco tiene por función determinar y regular la emisión, características, canje y retiro de los billetes y monedas que el Banco pone en circulación.

El artículo 43° (*in fine*), establece que los billetes y monedas que el Banco pone en circulación se expresan en términos de la unidad monetaria del País y son de aceptación forzosa para el pago de toda obligación, pública o privada; mientras que el artículo 44°, dispone que el Banco puede acuñar monedas con fines numismáticos o de inversión y convenir su venta en los mercados del País o del exterior.

De la normatividad citada se colige, que la emisión de numerarios no importa una facultad discrecional de los funcionarios del BCR, sino que aquella dependerá de la liquidez del sistema bancario^[443], la cual se obtiene dividiendo la liquidez de la moneda nacional entre la

[443] Comprende a todas las instituciones bancarias que operan en el país.

emisión primaria. Constituye un indicador de la capacidad del sistema bancario para crear medios de pago a partir de la emisión primaria; por tales motivos la determinación de la cantidad, en cuanto a la emisión de numerario, dependerá de los indicadores anotados, por tanto el Directorio, para autorizar su emisión deberá tomar en cuenta la liquidez que tenga el sistema bancario.

Punto importante a saber, es que el funcionario público debe ser legalmente competente para emitir numerarios; función que se encuentra sujeta a ciertas condiciones legales, por lo que si decide emitir un mayor número al autorizado por Ley, estará incurso en la figura delictiva in examine. Empero, no será suficiente con la infracción normativa, con la infracción del deber objetivo de cuidado, de ser así, estaríamos elevando a la categoría de delito, meras infracciones administrativas. El artículo 258° del CP, no ha condicionado la punición de la conducta a la causación de un determinado resultado lesivo; por ende, debemos trazar un baremo de distinción entre la contravención administrativa y el injusto penal. Para ello, podemos identificar dos aspectos a saber: primero, la cantidad de numerarios que se emite en exceso, un número significativo y, segundo, el dolo del agente. Criterios que puedan en su conjunto revestir a la presente conducta de un contenido suficiente de disvalor material.

En este contexto, habría que preguntarnos ¿Qué sucede si en un Estado abunda o escasea la moneda? pues en el primer caso, si la moneda se ofrece con exceso, pierde parte de su valor; mientras que en el segundo, se demanda con afán y aumenta su estimación; es por ello, la importancia de mantener un equilibrio en la emisión monetaria, puesto que en caso contrario, esta acción puede generar efectos más que negativos, colocando en una situación de riesgo a la estabilidad económica nacional. El ingreso de un mayor numerario al que puede emitirse, según las reservas que posea el BCR.

La abundancia considerable de numerario perjudica al país tanto o más que la escasez, pues en el primer caso disminuye el valor de la

moneda, mientras que en el segundo le aumenta; y dicho ello queda que habiendo menos moneda se hace su manejo más fácil, porque lo mismo hacen dos soles de ayer que un sol de hoy, si antes las cosas costaban el doble que ahora^[444].

Uno de los efectos más peligros de la misión excesiva de monedas viene a ser la inflación, así los economistas indican que la inflación la promueve la expansión de la masa monetaria a una tasa superior a la expansión de la economía. Esto quiere decir que los precios suben si el agregado de suministro de bienes baja en relación a la demanda agregada por dichos bienes. Esta demanda agregada está basada principalmente en el monto total de dinero existente en una economía, lo que se traduce en que: al incrementarse la masa monetaria, la demanda por bienes aumenta y si esta no viene acompañada en un incremento en la oferta de bienes, la inflación surge. En el Perú, hemos sido testigos de los estragos de la inflación, así entre abril de 1987 y abril de 1988 la inflación acumulada fue de 210%. Entre noviembre y diciembre el dólar se incrementó de 720 a 1700 intis y la inflación acumulada anual fue de 1.722%, la mayor de la historia en nuestro país.

Para prevenir estos males, deben los gobiernos aumentar o disminuir la acuñación del dinero, según lo requieran las necesidades del país, a fin de mantener una conveniente armonía entre las cantidades de moneda y los valores en especie puestos en circulación, tanto para que los cambios no experimenten sensibles quebrantos, cuanto para que las contrataciones se realicen con moderada holgura.

^[444] Cuando el gobierno emite una cantidad considerable de moneda, baja la estimación del numerario circulante, ó lo que es lo mismo, sube el precio de todas las mercaderías. De aquí resultará que sea inferior el valor de la moneda corriente al valor de los metales preciosos, y el interés particular se aplicará á fundirla y transformarla en barras de oro y plata, ó será llevada por el comercio á los mercados extranjeros. De esta suerte, la moneda ahuyenta los metales preciosos, y a falta de una moneda dotada con un valor propio y natural, queda la circulación de la riqueza encomendada a un mero signo en extremo variable y capaz de multiplicarse hasta lo infinito: en suma, de esta suerte todos los valores andan por el aire.

Asimismo, conviene que la masa de dinero de cada país se ajuste a un sistema monetario compuesto de varias piezas, de las cuales una sirva de unidad o tipo, y las otras de divisores y múltiplos, teniendo presente que esa unidad ha de ser la más útil para facilitar la contabilidad por su valor y generalizar el uso por su tamaño.

Dicho lo anterior, el legislador peruano ha considerado como conducta delictiva, las conductas cometidas por aquel funcionario que en perjuicio del Estado, emita numerario en exceso a lo legalmente autorizado. A nuestro entender, pudo cerrarse con mayor rigor, la posibilidad de que se cometan esta clase de conductas disvaliosas, con la punición de la «Circulación ilegal de Monedas», conforme es de verse en el artículo 277° del CP colombiano. Sin lugar a dudas, escribe Hernández Quintero, el perjuicio que se causa a la economía de un país con este grave comportamiento es de incalculables consecuencias, porque se puede generar un gran fenómeno inflacionario por encontrarse en circulación dinero que supera los topes autorizados por la autoridad monetaria (Banco de la República), como por la pérdida de credibilidad de los ciudadanos en los billetes oficialmente emitidos, lo cual conduciría a la recolección de los auténticos y seguramente a regresar a la épocas superadas del trueque^[445].

2. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

Conforme es de verse de la redacción normativa propuesta en el artículo 258° del CP, si bien es un delito que afecta un bien jurídico de orden supra-individual, requiere de una determinada acción, que se emita numerario en excesos a las cantidades autorizadas, de modo que debe verificarse la emisión de las monedas y/o billetes, para que la conducta adquiere perfección delictiva. Todos los actos anteriores, que cuenten con peligrosidad objetiva, han de ser reputados como delito tentado.

[445] Hernández Quintero, H.; Falsedad monetaria, cit., p. 864.

3. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

La incriminación de la Emisión Ilegal de Numerario, sólo resulta reprimible a título de dolo; conciencia y voluntad de realización típica. El agente sabe que está emitiendo billetes o monedas, por una cantidad no autorizada por la norma; se incluye la punición del dolo eventual, mas la modalidad culposa no resulta admisible, con arreglo al principio de legalidad.

USO ILEGAL DE DIVISAS

“El que destina las divisas asignadas por el Banco Central de Reserva, a fin distinto del señalado y autorizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de diez años, con ciento veinte a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.

Los directores, gerentes y funcionarios del Banco Central de Reserva o funcionarios públicos que faciliten la comisión del delito, serán reprimidos con la misma pena.”

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El nivel de progreso económico de un país, se mide con respecto a la relación existente entre las importaciones y las exportaciones que se efectúan en un determinado ejercicio económico; mientras que la primera actividad primero supone el ingreso de mercadería, bienes de consumo la país de procedencia extranjera, la segunda actividad se determina por el egreso de bienes y servicios al exterior. Donde aparezca un mayor flujo de exportaciones en comparación con el nivel de importaciones, podrá inferirse un crecimiento económico, que ha de traducirse en una significativa circulación de capital, creación de puestos de trabajo, subida en la recaudación tributaria, etc.; a la inversa cuando se presenta una Balanza de Pagos deficitaria, se propicia la inflación con la consiguiente devaluación de la moneda nacional, así como de la pérdida de su poder adquisitivo.

Nuestro país, ha mostrado varias facetas en su política económica en su vida Republicana, dependiendo de la inclinación del Gobierno de turno; en algunos casos un Estado Liberal, que deja en manos de los agentes económicos las reglas del mercado, a fin de obrar sin restricciones en el campo de las exportaciones, sin mayor presión tributaria y con una carga laboral barata, que en la práctica determina la consolidación de grupos económicos de poder en una situación privilegiada. Por su parte el Estado Intervencionista, manifiesta el control de las importaciones, el otorgamiento de divisas, subsidios a las importaciones de alimentos, una política de expansión de la demanda vía incrementos de salarios, del gasto público. Manejar un tipo de cambio que se fija por el Banco Central, así como la creación de un tipo de cambio preferencial de la moneda extranjera, beneficiándose a sectores industriales. Al tomarse medidas de esa naturaleza, se afecta el sector exportador-primario, como consecuencia de la presión tributaria. No es asunto de la presente investigación fijar un modelo económico adecuado, para la consecución de los fines esenciales de un Estado, no obstante, ya hemos marcado nuestra inclinación por un sistema que recoja los lineamientos de una Economía Social de Mercado: apertura a los inversores internacionales y nacionales, pero con justicia y equidad social.

Cuando se habla de «divisas», se hace referencia al grupo de monedas extranjeras que se utilizan en un país para llevar a cabo, generalmente, actividades o transacciones a nivel internacional. Asimismo, mercado de divisas es el espacio, la situación o el contexto donde se lleva a cabo el intercambio, la venta y la compra de monedas extranjeras llamadas divisas.

En el aspecto que nos interesa, algunas administraciones gubernamentales de tendencia intervencionista, restringen las importaciones, lo cual a su vez va ligado con la fijación de un tipo de cambio especial («preferencial»). Siendo que en el Perú dichas «divisas» eran otorgadas

por el BCRP, a los importadores, a través del requerimiento de ciertas licencias, como sucedió en el gobierno de Bustamante y Rivero. A la par los exportadores debían entregar al BCRP el 100% de las divisas de sus ventas en el exterior, por lo que obtenían soles al tipo de cambio oficial único que podía vender dólares a los importadores. Consecuentemente, eran los propios funcionarios del BCRP quienes asignaban estas divisas a los importadores, generándose toda una red de corrupción, como se advirtió también en los últimos años de la década de los ochenta, en mérito al comercio de aquellos tiempos en el mercado negro. Si bien se disponía que las empresas importadores debían estar registradas en el sector estatal correspondiente, no se fijaban con exactitud cuales eran las condiciones que había de contar el importador para que se le asignen las divisas, desencadenando una asignación discrecional, por tanto un empleo arbitrario de dichos valores.

En mérito a la divergencia del tipo de cambio oficial con el fijado en el mercado informal, se motivo a que agentes inescrupulosos ingresen a este lucrativo negocio, al adquirir las divisas oficiales a un precio en puridad reducido, que en el mercado negro tenían una cotización mucho más alta, por lo que la rentabilidad de dicha actividad era significativa. Es ante estos comportamientos disvaliosos, que el Derecho penal ha de intervenir, cuando se desvían los fines de las divisas asignada a cometidos distintos, lo cual puede generar una serie de consecuencias negativas: desajuste en la Balanza de Pagos, encarecimiento de ciertos productos, pérdida en las Reservas Internacionales; al respecto habrá que preguntarnos sí ante la imperante política económica en el Perú, ajena al control de precios y al establecimiento de un tipo de cambio preferencial de la moneda extranjera (dólar americano), conductas, como la prevista en el artículo 259° del CP, cuentan con un rendimiento normativo efectivo. A nuestro entender su rendimiento es casi nulo, en la medida que el modelo económico no permite un uso indiscriminado de «divisas», sino mas bien su racionalización; de promover la importación, pero sin recurrir a los mecanismos que en el pasado nos llevó a una aguda recesión económica.

2. TIPICIDAD OBJETIVA:

a. Sujeto activo

Según se desprende de la redacción normativa, autor del presente delito, puede ser cualquier persona, es decir, no se requiere estar revestido de una determinada cualidad funcional. No obstante, cabe indicar, que sujeto activo será por lo general, una persona dedicada a la importación de bienes, que en mérito a dicha actividad puede verse beneficiada con la obtención de divisas, que asigna el BCRP.

Un funcionario y/o servidor público también puede ser considerado autor a efectos penales, si es que recibe las divisas y les da una finalidad distinta a la señalada y, si ostenta el dominio funcional del hecho.

En caso de que el funcionario público labore como director o gerente del BCRP, y aprovechando dicha condición funcional contribuye con un aporte (esencial y/o accesorio), para que el autor pueda perpetrar el hecho punible será considerado como un partícipe (cómplice o inductor), que según el segundo párrafo del artículo 259° del CP, debe ser reprimido con la misma pena que el autor. A la misma conclusión punitiva lleva el artículo 25° de la PG del CP, por lo que su inclusión normativa es en realidad innecesaria.

Actuará como cómplice primario, cuando el funcionario asigna las divisas de una forma dudosa e ambivalente, permitiendo que el receptor de las divisas pueda tener un mayor campo de discreción en su aplicación.

b. Sujeto pasivo

El Estado, que por medio del BCRP, asigna las divisas a ser repartidas entre determinados importadores.

c. Modalidad típica

La conducta delictiva recae sobre un valor monetario, sobre las «divisas», en cuanto a monedas extranjeras empleadas en una deter-

minada actividad económica, como una forma de fomento e incentivo por parte del Estado, que en la práctica no se ajusta al modelo de una ESM.

Al constituir un mercado, el precio de las divisas está determinado por la oferta y la demanda que existan sobre ellas. El mercado cambiario juega un papel importante para el adecuado desenvolvimiento de los agentes económicos en sus transacciones internacionales, y, en general, para toda la economía. En este sentido se puede decir que su principal función es la de ser un mecanismo a través del cual se puede adquirir poder de compra en una moneda extranjera, es decir, brinda la posibilidad de efectuar pagos denominados en unidades monetarias de otras Naciones. Puede notarse la importancia de esta función del mercado cambiario dentro de las relaciones económicas externas.

Para el caso de los bancos, éstos efectúan transacciones entre cuentas de clientes a nivel internacional. Generalmente, los bancos especifican el tipo de divisas utilizadas en sus operaciones y transacciones. Además de realizar transacciones para clientes, los bancos realizan operaciones con divisas como negocio, pues los clientes de los bancos pagan por ellas un precio de menudeo que es mayor al precio al cual los bancos las compran (pues los bancos las compran "al por mayor"). La diferencia en los precios es la compensación que reciben los bancos por desarrollar esta actividad.

Las empresas multinacionales, al hacer presencia en varios países, negocian con monedas diferentes. Las instituciones financieras no bancarias, como los fondos de pensiones, al manejar grandes sumas de dinero, también negocian con monedas diferentes.

Los bancos centrales también participan activamente en el mercado de divisas. Las reservas internacionales de los países están invertidas, en su mayoría, en divisas (valores). Dependiendo de las economías, el dinero en circulación en éstas y las políticas económicas, los bancos centrales deciden entrar o no en el mercado de divisas para comprar o vender.

El artículo 66° del DL N° 26123, establece que el Banco está autorizado a comprar y vender divisas, oro y plata. Mientras que el artículo 72° (*in fine*), dispone que las reservas internacionales están constituidas por: depósitos de divisas, a la vista o por períodos no mayores de noventa días, en bancos acreditados de cualquier plaza del exterior, a juicio del Directorio. Conforme se desprende de la normatividad administrativa, no existe una regulación específica en cuanto a la asignación de las divisas por parte del BCRP a los importadores, tal vez por la data de la publicación de la Ley: 1992, cuando el modelo económico tomó un rumbo más llevado a la liberalización del mercado que a su intervención estatal. Puede que por dichos motivos no se encuentre en la legislación comparada una tipificación penal semejante. Máxime, si el tipo del injusto debe ser completado por una norma extra-penal.

En el caso peruano, en el régimen de tipo de cambiario fijo, el Banco Central tiene un compromiso cambiario que lo obliga a comprar o vender divisas para mantener el tipo de cambio en el nivel fijado cuando se presenten excesos de oferta o demanda de divisas^[446]. Las reservas internacionales y la emisión primaria aumentan cuando se presentan excesos de oferta de divisas y se reducen cuando aparecen excesos de demanda de divisas. Situación que es diferente bajo el régimen de tipo de cambio flexible en donde el Banco Central no tiene compromisos cambiarios y puede controlar la emisión primaria^[447].

^[446] En un régimen de tipo de cambio fijo, los bancos centrales están obligados a respetar un nivel cambiario que está fijo o cuya evolución o margen de fluctuación son conocidos por todos. Para cumplir con este cometido, la autoridad monetaria debe comprar o vender divisas en el mercado cambiario, con lo cual sus reservas internacionales fluctúan para que el tipo de cambio siga un curso predecible.

^[447] La característica básica de este sistema es que el Banco Central no tiene un compromiso cambiario. Se suele subdividir en:

a) *Flotación limpia o tipo de cambio libre*: En esta variante el Banco Central no trata de influir sobre el tipo de cambio. Deja que las fuerzas de la oferta y demanda autónomas de divisas determinen el tipo de cambio

Podemos observar que constantemente el BCRP, actúa directamente en el mercado informal (paralelo) del tipo de cambio del dólar americano, a fin de evitar su encarecimiento frente a la moneda nacional.

Dicho lo anterior, cuando estas divisas, son destinadas hacia finalidades distintas a las que motivó su emisión, nuestra legislación penal, teniendo en cuenta los graves efectos que este comportamiento puede generar, ha previsto sancionar a quienes deriven hacia objetivos distintos a las exigidos. Conducta prohibida que tiene puntos de intercesión con el comportamiento contenido en el artículo 243° del CP^[448].

Para que pueda configurarse la modalidad del injusto deben concurrir dos presupuestos: primero, que al agente, en mérito a las actividades económicas que desempeña se le asignen determinadas divisas y, segundo, que el autor les de un destino distinto al señalado y autorizado por Ley. Se supone que la autorización de asignación que emita el BCRP, debe contener la finalidad que debe darse a las divisas, para que se pueda hablar de un desvío de su cauce legal.

3. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

Según la descripción típica propuesta en el artículo 259° del CP, la perfección delictiva se alcanza cuando el agente logra dar a las divisas un destino distinto a las autorizadas, las cuales son asignadas por el BCRP. Los actos anteriores a dicho empleo, han de ser reputados como delito tentado, siempre y cuando ingresen al ámbito de protección de la norma; v.gr., cuando el agente recibe las divisas asignadas y, por diversas circunstancias no logra concretizar un uso no autorizado.

b) *Flotación sucia*: En este caso el Banco Central interviene sólo para suavizar la evolución del tipo de cambio. Compra divisas cuando se estima que hay una caída fuerte del tipo de cambio que se considera transitoria y vende divisas ante aumentos fuertes del tipo de cambio que se consideran transitorios. Es decir, el Banco Central no va contra la tendencia de largo plazo del tipo de cambio.

^[448] Vide, mas al respecto, ver el tipo penal de Lucro Indebido de Mercaderías.

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

La incriminación del supuesto delictivo en cuestión, sólo resulta reprimible a título de dolo; conciencia y voluntad de realización típica. El agente aplica un fin distinto de las divisas que recibe, pese a saber que no está autorizado para ello.

Cualquier equívoco que pueda incidir sobre algún elemento de la tipicidad objetiva, ha de ser resuelto bajo la fórmula normativa del Error de Tipo.

RETENCIÓN INDEBIDA DE DIVISAS

“El que, teniendo obligación de hacerlo, no entrega, indebidamente, al Banco Central de Reserva las divisas generadas por exportaciones o las retiene, injustificadamente, luego de vencido el plazo establecido, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.”

1. CONCEPTOS PRELIMINARES

Según el modelo de una Economía Social de Mercado, el Estado no interviene directamente en el circuito económico, lo que no obsta a que regule, fiscalice y sancione aquellas conductas que atentan contra los principios rectores de una ESM; empero la definición del modelo descrito no es óbice para que se dicten dispositivos legales que tiendan a promover e incentivar determinadas actividades económicas, en tal mérito se disponen una serie de beneficios tributarios y cambiarios, en el marco de las exportaciones.

La actividad exportadora, mediando una imposición tributaria privilegiada, se encuentra en una posición ventajosa para obtener valores dinerarios considerables, es decir, «divisas», que deben ser reinvertidas, capitalizadas o en su defecto, entregadas al Banco Central. Otro factor importante, es la competitividad que han adquirido los productos peruanos en

el mercado internacional. Durante los últimos treinta años, las exportaciones del Perú, han representado en promedio 13.2% del PBI. Constituyendo un factor relevante el valor FOB del total de las exportaciones

Un ejemplo importante resulta de la actividad pesquera, pues las exportaciones de dichos productos en el año 2008 ascendieron a dos millones 252 mil toneladas métricas, representando un aumento de 15.6 % en relación a lo registrado en el 2007; aumento que obedeció fundamentalmente a los incrementos en las ventas de harina; siendo que en diciembre del 2008, el ingreso de divisas generados por las exportaciones alcanzaron los 140.8 millones de dólares.

En resumidas cuentas, la definición de una política pro-exportadora importa un paso fundamental para el crecimiento económico del Perú, pues su fomento por parte del Estado, permite la obtención de un significativo volumen de divisas, incidiendo en mayores fuentes de inversión, de oferta laboral y de recaudación tributaria.

¿Cuál sería la labor del Derecho penal, en este ámbito de la economía nacional? De reprimir aquellas conductas disvaliosas, que se propician, cuando los agentes exportadores no devuelven las divisas, que por Ley deben entregar al BCRP.

2. TIPICIDAD OBJETIVA:

a. Sujeto activo

Conforme ha de entenderse el ámbito de aplicación del tipo penal contenido en el artículo 260° del CP, se llega a la deducción que autor de este injusto penal, será todo aquel que tiene la obligación de devolver al Estado, aquellas divisas generadas por su actividad exportadora.

Se trata, por tanto, de un delito común, pues sujeto activo puede ser cualquier persona, con la particularidad que se dedique a una actividad exportadora. Si quien tiene la obligación de devolver al BCRP es una persona jurídica, se debe aplicar la fórmula normativa comprendida en el artículo 27° del CP.

b. Sujeto pasivo

Común denominador de los delitos que atentan contra el Orden Monetario, es que el Estado ha de resultar siempre el sujeto agraviado, al detentar la potestad soberana de regular la sanción de ciertos beneficios tributarios en el campo de la actividad exportadora, con ello, fijar normativamente la obligación de devolver las divisas generadas.

c. Modalidad típica

El tipo penal descrito en el artículo 260° del CP, busca sancionar aquellas conductas por la cual un sujeto obligado a entregar al Banco Central de Reserva divisas generadas por las exportaciones, las retiene o hace caso omiso de esta obligación.

Como sabemos, las divisas son activos que provienen del extranjero y por lo tanto su valor genera una serie de consecuencias, como son intereses, fondos disponibles, entre otros. Por tal razón, el retener o no entregar las divisas provenientes de un sector productivo como es el exportador, teniendo la obligación de hacerlo, es un atentado contra la estabilidad económica del Estado y en general de cada ciudadano que puede verse indirectamente afectado por los efectos que este comportamiento puede generar.

Sin embargo, pese a estos argumentos, en la actualidad, frente a un mundo cada vez más globalizado, hay posiciones económicas que son de la opinión que debe existir libre disponibilidad de las divisas generadas como consecuencia de una actividad productiva. En la historia del Perú, por ejemplo, el Gobierno de Bustamante (1945), implantó como política que los exportadores debían entregar al BCRP el 100% de las divisas obtenidas por sus ventas al exterior, por las cuales obtendrían soles al tipo de cambio oficial, el BCRP era el único que podía vender dólares a los importadores. De esta manera, eran los funcionarios públicos y no los propios productores y consumidores quienes asignaban las divisas oficiales, según los objetivos del gobierno.

Bajo esta lógica, el Estado asume una política de incursión económica como el control de precios (como nuestras experiencias en productos de primera necesidad).

Los defensores de la estrategia estatal descrita, argumentan que este tipo de incursiones tiene como objetivo contener la devaluación y las presiones inflacionarias, sobre todo referidas a los productos de primera necesidad, lo que devendría en la disminución del costo de vida. Situación que no ha mostrado resultados positivos cuando ha sido aplicado.

En tal sentido, consideramos necesario, realizar una evaluación de los tipos penales actualmente vigentes, habría que preguntarnos que tan valiosa es la utilidad de sancionar estas conductas, teniendo en cuenta que en un ámbito de globalización donde la moneda cada vez circula con mayor rapidez a través de circuitos electrónicos y no en depósito metálico o en papel.

Tal vez uno de los principales problemas de esta situación es que escasa especialización de nuestros legisladores penales en este tema. Al respecto, consideramos que la intención del presente análisis es sembrar el debate a fin de que las normas vigentes sean realmente útiles y cumplan sus objetivos de buscar el equilibrio social.

Punto a saber importante, es que la conducta para ser típica, debe implicar que la retención o no devolución de las divisas proceda de manera injustificada; por ende, existirán ciertas circunstancias que ameriten que la abstención conductiva del agente exportador, tome lugar en un marco justificado; v.gr., cuando se requiere hacer uso inmediato de las divisas para afrontar pagos y/o gastos elementales para la correcta marcha de la empresa, un ejemplo sería los pagos de orden laboral. Si bien se trataría de una causa de justificación («estado de necesidad justificante»), que hace de la conducta típica, una penalmente justificada, cuyo análisis toma lugar en sede de antijuridicidad penal, por tanto, no se recoge en sede de la construcción típica, a entender del legislador resulta importante definir la aplicación de la norma según dicha categoría jurídico-penal.

Segundo punto a saber, es que la no entrega de las divisas, debe ocurrir luego de vencido el plazo establecido, esto quiere decir, que en la norma correspondiente debe haberse fijado con anterioridad el plazo en que debe efectuarse la entrega de las divisas por parte del exportador. Sin dicho elemento, no resulta jurídicamente factible inferir que el agente no tiene intención de entregar las divisas así como el deber de su entrega. Se debe completar la materia de prohibición con la normatividad extra-penal, por lo que constituye una «norma penal en blanco».

Tercer elemento a saber, es lo referido a los verbos típicos: «no entrega o retiene injustificadamente las divisas en su poder». A ciencia cierta no advertimos mayor diferencia entre uno y otro, quien no entrega indebidamente alguna cosa a su vez lo retiene injustificadamente, llevan insito el mismo significado usual del lenguaje.

Ahora bien, parece que cierta normatividad del Derecho Positivo vigente, ha incidido en una mayor libertad en el manejo de las divisas que se obtienen producto de las actividades exportadoras. Que mejor forma de fomentar y/o promocionar las exportaciones, que permitiendo que las divisas generadas sean invertidas, capitalizadas y empleadas directamente por los agentes económicos involucrados, esto es, determinando su «Libre Disponibilidad» y, si esto resulta así, ya no podríamos hablar de una posible conducción típica del exportador, pues simplemente ya no tiene la obligación de devolver las divisas al BCRP.

Los artículos: 63° y 66° de la Ley N° 26221 - Ley Orgánica de Hidrocarburos^[449], del 20 de agosto de 1993, disponen lo siguiente: "El Estado garantiza a los contratistas que los regímenes cambiarios y tributarios vigentes a la fecha de celebración del Contrato, permane-

^[449] Así también, la Ley N° 28176 - Ley de Promoción de la Inversión en Plantas de Procesamiento de Gas Natural y la Ley N° 29163 - Ley de Promoción para el desarrollo de la Industria Petroquímica.

cerán inalterables durante la vigencia del mismo, para efectos de cada Contrato. El Banco Central de Reserva del Perú, en representación del Estado, intervendrá en los Contratos aludidos en el párrafo anterior, a fin de garantizar la disponibilidad de divisas de la forma que se detalla en el artículo 66°. Corresponde al Ministerio de Economía y Finanzas, dar cumplimiento a la garantía de estabilidad del régimen tributario señalada en este artículo”.

“El Banco Central de Reserva del Perú en representación del Estado, está obligado a garantizar a las empresas que conforman el Contratista, nacionales y extranjeras, la disponibilidad de divisas que le corresponda de acuerdo a la presente Ley y a lo establecido en los Contratos, comprendiendo además lo siguiente:

- a. La libre disposición del 100% (cien por ciento) de las divisas generadas por sus exportaciones de Hidrocarburos, las que podrá disponer directamente en sus cuentas bancarias en el país o en el exterior.
- b. La libre disposición y el derecho a convertir libremente a divisas el 100% (cien por ciento) de la moneda nacional resultante de sus ventas de Hidrocarburos al mercado nacional y el derecho a depositar directamente en sus cuentas bancarias en el país o en el exterior tanto las divisas como la moneda nacional;
- c. El derecho a convertir libremente a divisas el 100 % (cien por ciento) de su retribución pagada en efectivo, la libre disposición de dichas divisas y el derecho a depositar directamente en sus cuentas bancarias en el país o en el exterior tanto las divisas como la moneda nacional;
- d. El derecho a mantener, controlar y operar cuentas bancarias en cualquier moneda, tanto en el país como en el exterior, tener el control y libre uso de tales cuentas y a mantener y disponer libremente en el exterior de tales fondos de dichas cuentas sin restricción alguna;

- e. Sin perjuicio de todo lo anterior, el derecho a disponer libremente, distribuir, remesar o retener en el exterior, sin restricción alguna, sus utilidades netas anuales, después de impuestos.

La garantía de disponibilidad de divisas que otorga el Banco Central de Reserva del Perú será de aplicación siempre que las divisas requeridas por el Contratista no puedan ser atendidas por el sistema financiero del país”.

3. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

Según se desprende del tipo penal in examine, la perfección delictiva se alcanza cuando el agente (exportador) no devuelve y/o retiene las divisas que tiene la obligación de entregar, conforme al plazo previsto en la normatividad aplicable; es decir, para poder fijar con corrección el estado consumativo, se requiere que el autor no entregue las divisas en el tiempo estipulado por la norma. Debe transcurrir perentoriamente el plazo, para poder ingresar al terreno de la prohibición penal.

Al constituir el injusto típico una infracción normativa, sin exigir alguna clase de lesividad material, no puede admitirse un acto anterior que pueda ser calificado como delito tentado.

No obstante que la descripción normativa no lo dice, a nuestro entender, para que proceda la persecución penal, la Administración (BCRP), debe requerir previamente al exportador a la entrega de las divisas, tal como sucede en el caso del delito de Apropriación Ilícita (artículo 190° del CP).

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

La figura delictiva de la Retención Ilegal de Divisas, sólo resulta reprimible a título de dolo; conciencia y voluntad de realización típica. El agente sabe que está obligado a entregar las divisas generadas por su actividad exportadora y, pese a ello, no procede a su entrega. Suficiente con el dolo eventual («conciencia del riesgo típico»).

El aspecto cognitivo del dolo debe cubrir el elemento temporal, en cuanto al plazo previsto en la norma para la entrega de las divisas; si aparece un equívoco sobre dicho elemento, puede ser tratado como un Error de Tipo.

VALORES EQUIPARADOS A MONEDA

“Para los efectos de este Capítulo quedan equiparados a los billetes y monedas, los títulos de la deuda pública, bonos, cupones, cédulas, libramientos, acciones y otros valores o títulos-valores emitidos por el Estado o por personas de derecho público.”

1. ANÁLISIS NORMATIVO

La extensión de punibilidad que se recoge en el artículo 257° del CP, en cuanto al objeto material del delito, ha de ser completada con la previsión normativa contenida en el artículo 261° del CP, cuya diferencia esencial estriba que este último recoge todos aquellos «valores», que son emitidos por el Estado o por una persona de derecho público, esto es, cualquier estamento comprendido en el concepto de «Administración Pública». De forma, que se extiende la tipicidad de las conductas previstas en los artículos 252°, 253°, 254°, 255° y 256° del CP.

El BCRP, en el ámbito de su gestión funcional, no sólo opera con la emisión de billetes y la acuñación de monedas, sino que también negocia con bonos, títulos de la deuda pública así como otros valores, cuya emisión es facultad exclusiva del Estado, es decir, los particulares no pueden elaborar estos documentos, hacerlos circular o introducirlos en el territorio nacional, so pena de ser reprimidos bajo los alcances normativos de los «Delitos Monetarios», comprendidos en la presente capitulación.

Cuando el Banco Emisor requiere aumentar o disminuir la cantidad de dinero en poder del público (control monetario) participa en las operaciones de mercado financiero mediante la compra y venta de títulos representativos de deuda¹⁴⁵⁰.

Es de verse, que el Estado puede otorgar también una serie de reembolsos tributarios a los exportadores, como el CERTEX, a fin de incentivar dichas actividades económicas.

El Orden Monetario, puede verse perjudicado en su integridad, confianza y estabilidad, tanto cuando se elaboran monedas y billetes falsificados, así cuando se pone en circulación en el tráfico económico, bonos, títulos de la deuda pública y otros valores que no han sido emitidos por el Estado. Por tales motivos, el legislador, desde una consideración político criminal, decidió que dichas conductas sean también alcanzadas por una pena, a partir de una perspectiva preventiva y tuitiva del bien jurídico tutelado.

Para efectos de la normatividad peruana, nuestro legislador ha considerado como pertinente equiparar a los billetes y monedas, los siguientes títulos:

- a) *Títulos de deuda pública*: El título de deuda pública es un título valor que refleja una deuda que el estado contrae con un inversor. Se encuentra dentro de las posibles inversiones en renta fija.
- b) *Los cupones*: Vienen impresos juntamente con el título, y se separan de él para cobrar intereses. Ambos -títulos y cupones- tienen -como los billetes de banco- un modelo, por ello su falsificación opera por imitación. Sin embargo los títulos de la deuda, si bien representan un valor en moneda, no tienen poder liberatorio, y por eso no son moneda: se pagan al vencimiento.

¹⁴⁵⁰ Hernández Quintero, H.; Falsedad monetaria, cit., p. 866.

- c) *Los bonos*: Los bonos del tesoro integran una especie dentro de los títulos públicos, y representan un valor con el que se puede pagar a la administración, y, generalmente, cuando ello no ocurre generan intereses. Las libranzas son ordenes de pago y no se emiten en serie, sino que están individualizadas, firmadas y selladas.
- d) *Los títulos, cédulas y acciones al portador, emitidos por los bancos o compañías autorizados para ello*: también se trata de papeles impresos en serie y conforme a un modelo determinado, pero no son emitidos por el gobierno ni por funcionarios públicos autorizados, excepto cuando se trata de bancos oficiales.

La razón de esta equiparación o protección legal privilegiada, es que dichos documentos (que no son monedas) contienen obligaciones patrimoniales a cargo de las entidades mencionadas, se asegura liquidez y exigibilidad, pues el emisor es también expresión de la función pública, garantizadora no sólo de su autenticidad sino también de su pago oportuno. Naturalmente las entidades emitentes, en ciertas circunstancias anormales, pueden estar en posibilidad de cumplir sus obligaciones patrimoniales, pero generalmente este riesgo es más posible tratándose de entidades o personas privadas^[451].

Por eso, en un mismo rendimiento económico, los valores a que se refiere el tipo penal comentado merecen más la confianza pública cuando los emiten entidades oficiales o semioficiales que cuando lo hacen entidades o personas privadas. Esta garantía es lo que facilita su mayor aceptación en el tráfico mercantil, y su falsificación, alteración o tráfico ilegal indudablemente crea grandes riesgos de daño común por este sólo hecho y por la cuantía del valor que representan.

Es cuestionable si cualquier título de los mencionados merece protección legal igual a la moneda, o solamente los expeditos al por-

^[451] Martínez López, Antonio José. 1990. Delitos de falsedad y fraude. Bogotá., cit., p. 23.

tador. Estos, indudablemente, tienen mayor amplitud de aceptación y circulación de los nominales o aquellos cuya negociabilidad es limitada. Podemos contestar diciendo que ni la moneda ni el valor en sí son objetos idóneos para realizar una falsedad o alteración con la trascendencia jurídico penal que le da nuestro código sustantivo. Una moneda, billete o título al portador o nominativo falsificado o alterado, son idóneos para atentar contra la estabilidad económica cuando tienen capacidad de engañar, con perjuicio ajeno, a un número indeterminado de personas^[452].

La discusión doctrinaria se centra en establecer si se trata de todos los títulos, cédulas, etcétera, emitidos por las sociedades reconocidas por el Estado mediante el otorgamiento de la respectiva personería jurídica -tal la postura de Malagarriga-. Soler afirma que se trata de títulos al portador y documentos de crédito de carácter público. Creus sostiene que son solo los emitidos por los bancos o instituciones -entre ellas las sociedades- que tienen carácter oficial, ya que solo en tal supuesto se afectaría el crédito del Estado, que es uno de los criterios del bien jurídico protegido, ya que es a dichos títulos a los que el Estado puede rodear de autenticidad en cuanto proceden de sus propios entes -aunque fueren descentralizados^[453].

^[452] Martínez López, A.J.; 1990. Op. cit., p., 24.

^[453] Donna, E.; op.cit., p. 69.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTOLISEI, FRANCISCO; *Manuale di Diritto penale, Parte especial*, 13era. Edición, Milano. 1957.
- ACEVEDO BLANCO, RAMÓN; *Manual de derecho penal*. Edit. Themis, Bogotá, 1983.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, ENRIQUE; *Uso de información privilegiada: Algunas consideraciones sobre el sentido y alcance de la prohibición en relación con su sujeto, objeto y sanción*. *Revista chilena de derecho*, Vol. 27, N° 1, 2000.
- ALONSO OLEA, MANUEL (1998) *Patentes y Marcas*. 3° Edición. Madrid, Ed. Civitas, 203 pp.
- ALTAMIRANO, A.C./ Rubinska, R.M. (Coordinadores); *Derecho Penal Tributario*. Marcial Pons. Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008.
- ANTEQUERA PARILLI, RICARDO y FERREYROS CASTAÑEDA, MARISOL; *El Nuevo Derecho de Autor en el Perú*, Perú Reporting, Lima, 1996.
- ARROYO ZAPATERO, Luis A., Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, M^a Terradillos Basoco, Juan y otros; *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos - In memoriam*. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha. Cuenca, España, 2001.
- AZABACHE LA TORRE, PEDRO; *Aproximando la importancia del riesgo cambiario crediticio en sistemas bancarios parcialmente*

- dolarizados. Documentos de trabajo, Ministerio de Economía y Finanzas, Lima, 2005
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, Pérez Manzano, Mercedes y Suárez González, Carlos; Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Segunda edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces SA, Madrid, 1993.
- BALDEÓN GÜERE, N.A./ Montenegro Cossío, R.M.; Infracciones y delitos tributarios. Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
- BARRO, ROBERT J; The dollar club: Why countries are so keen to join. Business Week. Diciembre 11, 2000. MARTÍNEZ LÓPEZ, Antonio José. 1990. Delitos de falsedad y fraude. Bogotá
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO; Temas de Derecho Penal, Ed. Cultural Cuzco; Lima - Perú, 1993.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO; Apuntes de Derecho Mercantil, 3º Edición, Thomson Aranzadi, Navarra, 2002.
- BUSTA GRANDE, FERNANDO; El Derecho de Autor en el Perú, Tomo I, Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, 1997.
- BLANCO LOZANO, Carlos; Tratado de Derecho Penal Español, Volumen 1 y 2. Tomo II. El Sistema de la Parte Especial. J.M. BOSCH EDITOR, España, 2005.
- BRAMONT ARIAS-TORRES, LUIS y GARCÍA CANTIZANO, MARÍA DEL CARMEN; Manual de Derecho Penal. Parte Especial, 4ta. Edición; San Marcos, Lima - Perú; 1998.
- BUSTOS RAMIREZ, JUAN; Manual de derecho penal, parte especial, Ed. Ariel S.A., Barcelona, 1986.
- CANCIO MÉLIA; MANUEL; En: El Sistema Funcionalista del Derecho Penal; Edit. GRIJLEY, Biblioteca de autores extranjeros; N° 6; Lima - Perú, año 2000.
- CARNELUTTI, FRANCESCO; El Delito, Lecciones de Derecho Penal, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Ed. E.J.E.A., Buenos Aires, 1952.
- CARRARA, FRANCESCO; Programa de Derecho Criminal, V. 2, T. IV, Ed. Temis, Bogotá, 1988.

BIBLIOGRAFÍA

- CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS; *Jurisprudencia Penal 3, Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Editora Jurídica GRIJLEY, Lima, 2006.
- CASTILLO DÁVILA, MELQUÍADES; *Derecho monetario y bancario*. 1985.
- CHACÓN, NÉSTOR RICARDO; *Derecho monetario*. 2005.
- CEREZO MIR, JOSÉ; *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, T.I., 5ta Edición, TECNOS, Madrid, 2000.
- CASADO CERVINO, ALBERTO; *El Sistema Comunitario de Marcas: Norma, jurisprudencia y práctica*, Lex Nova, Valladolid, 2000.
- CUESTA AGUADO, MERCEDES; *Sociedad en riesgo y derecho penal. Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*. Lima, 2005.
- CARRILLO FLORES, FERNANDO y PINZÓN SÁNCHEZ, JORGE; *Sector financiero y delincuencia económica*. Bogotá, 1985.
- CORNEJO GUERRERO, CARLOS ALDO; *Las transformaciones del Derecho de Marcas y sus relaciones con el derecho de propiedad*, Ed. Cultural Cuzco, Lima, 2000.
- COBO DEL ROSAL, MANUEL (Director); *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial. Tomos I y II*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales SA. Madrid, 1996.
- COSSIO CARRASCO, Viviana; *Criterios Jurisprudenciales en Materia Tributaria*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
- Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; *Guía administrativa sobre régimen de insolvencia*, 2006.
- CREUS, CARLOS; *Derecho Penal. Parte Especial, Tomos I, II y III*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1era. Reimpresión, 1996.
- CUELLO CALÓN, EUGENIO; *Derecho Penal, Parte Especial, V. II, T. II*, Ed. Bosh, Barcelona, 1980.
- Cury Urzúa, Enrique; *Derecho Penal. Parte General*. Ediciones Universidad Católica de Chile, séptima edición ampliada, Chile, 2005.

- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y García Amado, Juan Antonio; Estudios de filosofía del derecho penal. Universidad Externado de Colombia, Editorial Cordillera SAC, Lima, 2006.
- DE RIVACOBIA RIVACOBIA, MANUEL; Elementos de Criminología. EDEVAL. Valparaíso, 1982.
- DAPENA, JOSÉ PABLO y DAPENAL, JUAN LUCAS; Sistema de información en PYMES y acceso al crédito en contextos de asimetría de información. Buenos Aires, 2003.
- DESTINOBLES, ANDRÉ GERALD. Los mercados de información asimétrica, tema tratado por el Premio Nobel de Economía 2001. Revista de la facultad de economía-BUAP, Año VII, Núm. 19, Puebla, 2002.
- DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio; Sistema de Derecho Civil. Tomos I, II y III. Décima edición, TECNOS, 2da. Reimpresión, 2002.
- DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA, Modernas Tendencias Dogmáticas en la Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema, 1era Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
- DONNA, EDGARDO ALBERTO; Derecho Penal, Parte Especial, Tomos I, II-A, II-B y II-C, 2da Edición actualizada, Ed. Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2003.
- ESER, ALBIN; Temas de Derecho Penal y Procesal Penal, Editorial IDEMSA, Lima, setiembre de 1998.
- Espinoza Espinoza, Juan; Ley de Protección al Consumidor; Editorial Rodhas, Lima, abril del 2004.
- FERRAJOLI, LUIGI; "Derecho y Razón" (Teoría del Garantismo Penal). Traducción de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantorero Baldrés; Editorial Trotta, 1995, Madrid.
- FERRO, GUSTAVO AJUSTE; reforma estructural y desarrollo de capitales. 1994.
- FERRÉ OLIVE, J.C./ Anarte BORRALIO, E.; Delincuencia Organizada. Universidad de Huelva, España, 1999.

BIBLIOGRAFÍA

- FONTÁN BALESTRA, CARLOS; Tratado de Derecho Penal, parte especial, Vol. V. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969.
- Derecho Penal, Parte Especial, actualizado por Guillermo A. C. Ledesma, Buenos Aires, 1987.
- FRAGOSO, HELENO CLAUDIO; Licoes de Direito penal, parte especial, V. II, 5ta., edición, Ed. Forense, Río de Janeiro, 1986.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, MARISELA; El Derecho Moral del Autor en la Ley Española de Propiedad Intelectual, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1993.
- GOLDSTEIN, MABEL; Derecho de Autor, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1995.
- GÓMEZ EUSEBIO; Tratado de Derecho Penal. Tomos II y III. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939.
- GÓMEZ, EUSEBIO; Tratado de Derecho Penal, T. III, Buenos Aires, 1940.
- GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter (Director); La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Tomos I y II. Gaceta Jurídica - Congreso de la República del Perú, primera reimpresión, febrero del 2006.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis; Principios del Derecho Penal. La Ley y el Delito. ABELEDO - PERROT. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1958.
- FARALDO CABANA, Patricia; Los Delitos Societarios; Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- FERNÁNDEZ-NOVOA, CARLOS; Tratado sobre Derecho de Marcas, 2º Edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2004.
- HÄBERLE, PETER; La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional. Edición a cargo de José Luis Monoreo Pérez, Catedrático de la Universidad de Granada, Granada, 2003.
- LAMAS PUCCIO, LUÍS; Derecho penal económico. 2da. Edición, Lima, 1996.

- LAMARCA PÉREZ, C. y otros; Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Editorial COLEX, Madrid, 2001.
- LIBER AMICORUM; Justicia Penal en el siglo XXI - en Homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García.
- LOGOZ, PAUL; Comentaire du code pénal suisse, partie speciale, Ed. Delachaux, Paris, 1955.
- LLOBREGAT HURTADO, MARÍA LUISA; Temas de Propiedad Intelectual, La Ley, Madrid, 2002.
- LÓPEZ GUERRA, Luís, García Morillo, Joaquín, Espín, Eduardo, Pérez Tremps, Pablo y Satrústegui, Miguel; Derecho Constitucional, Volumen I, Tirant lo blanch, Valencia, 1994.
- LUZÓN CUESTA, JOSÉ MARÍA; "Compendio de Derecho Penal". Parte Especial. Conforme al Código Penal de 1995. Dykinson, Madrid, 1996.
- MALGALHAES NORONHA, E.; Direito penal, parte especial, V. 2, 6ta. Edición. Ed. Saraiva, Sao Paulo, 1971.
- MAGGIORE, GIUSEPPE; Derecho Penal. V. IV. Ed. Temis, Bogotá, 1955.
- MANZINI, VINCENZO; Tratado de derecho penal, V. III, Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1972.
- MEZGER, EDMUND; Derecho Penal. Parte Especial. Traducción de la 4ª edición alemana (1954) por el Dr. Conrado Finzi. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires
- MIR PUIG; SANTIAGO; Derecho Penal. Parte General; 4ta. Edición con arreglo al Código penal español de 1995, Barcelona, 1996.
- MIRABETTE, JULIO FABRINI; Manual de diritto penal, V. II, Ed. ATLAS, Sao Paulo, 1985.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; Derecho Penal. Parte Especial, 8ava. Edición, Valencia, 1991.
- Derecho Penal. Parte Especial, Undécima edición, revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

BIBLIOGRAFÍA

- NUÑEZ, RICARDO C.; Derecho penal argentino, parte especial, Tomos I, II, III, IV y V. Editorial Bibliográfica argentina, Buenos Aires, 1967.
- Derecho penal argentino, parte general, T.I., Buenos Aires, 1959.
- MERCEDES CUELLAR, MARÍA; Provisiones y política monetaria. Foro Semana Económica, N° 650, Abril 18, Asobanca, 2008.
- MORALES GARCÍA, O; Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información. F.
- MORALES PRATS; O. MORALES GARCÍA (coord.), Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet, Cizur Menor: Aranzadi, 2002.
- MARINUCCI, GIORGIO y DOLCINI, EMILIO; Manuale di Diritto pénale, Parte Générale, Milano: Giuffré, 2004.
- MARTÍNEZ LÓPEZ, ANTONIO JOSÉ; Delitos de falsedad y fraude. Bogotá, 1990.
- CUESTA AGUADO, MERCEDES; Sociedad en riesgo y derecho penal. Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa. Lima, 2005.
- MORILLAS CUEVAS, LORENZO; Falsedades I, Falsificación de monedas y efectos timbrados. Derecho penal Español, Parte especial, Coord. Cobo del Rosal, Manuel. 2005.
- MORRIS, FELIPE; La Reforma del Sistema Financiero. Instituto Peruano de Economía. 2003.
- MONEDERO GIL, FRANCISCO; Una lección del derecho europeo: la protección del ahorro. Revista española de financiación y contabilidad, Madrid, Vol. X, N° 33., 1980.
- PÉREZ DE ARMIÑÁN, G; Poder político, sistema financiero y marco jurídico. R.D.B.B. 1989.
- PÉREZ DE ARMIÑÁN, G; Poder político, sistema financiero y marco jurídico. R.D.B.B. 1989.

- ORE SOSA, EDUARDO; La protección de la marca en el derecho español, Alternativas, Lima, 2006.
- ORTS BERENGUER, ENRIQUE; Compendio de derecho penal (Parte general y parte especial. 2004.
- PÉREZ, LUIS CARLOS; Derecho Penal, T. IV. Ed. Temis, Bogotá, 1985.
- PECO, JOSÉ; Proyecto de Código Penal, Exposición de Motivos, Ed. Talleres Gráficos Denbigh, La Plata, 1942.
- PEÑA CABRERA, RAÚL; Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General. 3 era. Edición completamente corregida y aumentada, Ed. Grijley, Lima - Perú, 1999.
- Derecho Penal Peruano. Parte Especial, Lima - Perú, 1966.
 - Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, T. III, Ediciones Jurídicas, Lima - Perú, 1994.
- PEÑA CABRERA FREYRE, ALONSO RAÚL; Derecho Penal Peruano. Primera Parte. Teoría de la Imputación del delito. Editorial Rodhas. Lima, 2004.
- Derecho Penal Peruano. Segunda Parte. Teoría de la pena y las consecuencias jurídicas del delito. Editorial Rodhas. Lima, 2004.
 - Derecho Penal. Parte General, 2da. Edición, Editorial Rodhas, Lima, 2009.
 - Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial Rodhas, Lima, 2008.
 - Exégesis del nuevo Código Procesal Penal. Primera edición. Editorial Rodhas, Lima, 2007. 2da. Edición. Editorial Rodhas, Lima, 2009, T. I y T. II.
 - En coautoría con Miranda Estrampes, Manuel; Temas de Derecho Penal y Procesal Penal, APECC, Lima, 2008.
 - En Coordinación con Montes Flores, Efraín y Sánchez Mercado, Miguel Ángel; Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera. Tomos I y II. ARA EDITORES, Perú, 2006.

- POLAINO NAVARRETE, Miguel; Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas. GRIJLEY, Lima, 2004.
- PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO CONDE; Derecho Penal. Parte Especial, 2da. Edición revisada y puesta al día, Editorial COLEX, España, 1990.
- Código Penal, Doctrina y Jurisprudencia, Primera edición, Tomo II y III, Editorial TRIVIUM, Madrid, 1997.
- QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO; Compendio de derecho penal, V. III, Ed. Revista de derecho privado, Madrid, 1958.
- QUINTERO, OLIVARES; Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal; editorial ARAZANDI, Pamplona, 1996.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) y Morales Prats, Fermín (Coordinador); Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. Tomos II y III. Quinta edición, THOMSON – ARAZANDI, Navarra, 2005.
- QUERALT JIMENEZ, JOAN J.; Derecho Penal. Parte Especial, V.I., Ed. Bosch, Barcelona, 1986.
- Derecho Penal. Parte Especial.
- RAMÍREZ CRUZ, Eugenio M^a; Tratado de Derechos Reales, Tomos I y II. Editorial Rodhas, junio 2007.
- REYNA ALFARO, L.M. (Coordinador); Nuevas Tendencias del Derecho Penal Económico. ARA Editores, Lima, 2005.
- REYES ECHANDÍA, ALFONSO; Anteproyecto del Código penal colombiano, Bogotá, 1974.
- RODRIGUEZ DEVESA, José María; Derecho penal español, parte especial. Ed. Carasa, Madrid, 1975.
- ROJAS VARGAS, Fidel, Infantes Vargas, Alberto y Quispe Peralta, Lester León; Código Penal. Tomo II. Parte Especial, 3era. Edición, IDEMSA, 2007.
- ROJAS VARGAS, Fidel; Delitos contra el Patrimonio, Grijley, Volumen I, GRIJLEY, Lima, 2000.
- ROJAS VARGAS, Fidel; Estudios de Derecho Penal. Doctrina y jurisprudencia. Jurista Editores, Lima, 2004.

- RAMS ALBESA, JOAQUÍN y ROGEL VIDE, CARLOS (directores); Nuevos estudios sobre propiedad intelectual, Bosch, Barcelona, 1998.
- RODRIGUEZ TAPIA, JOSÉ MIGUEL y BONDÍA ROMÁN, FERNANDO; Comentarios a la ley de propiedad intelectual, Ed. Civitas, Madrid, 1997.
- ROSASCO DULANTO, VIRGINIA; Evolución del Derecho marcario peruano (1985-1994), Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1996.
- ROXÍN, CLAUS; Iniciación al derecho penal de hoy. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1981.
- Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos, la Estructura de la Teoría del Delito, 2ª edición, Traducido por Diego Manuel Luzón Peña; Editorial Civitas S.A., 1997.
- RUÍZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón; Protección Penal del Mercado de Valores, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.
- SALINAS SICCHA, RAMIRO; Derecho Penal. Parte Especial, IDEMSA, Lima, septiembre 2004.
- Delitos contra el Patrimonio; Jurista Editores, 2da. Edición, 2006.
- SEGURA SALAS, CELINDA ENEDINA y VILLALTA INFANTE, MARCOS; Repertorio de Jurisprudencia Penal, Librería y Ediciones Jurídicas, Lima, 2004.
- SEQUEIRA, ADOLFO; La contratación bancaria. España: Dykinson, 2008.
- SEVARES, JULIO; Riesgo y regulación en el mercado financiero internacional. Argentina: CLACSO, 2000.
- SZAUER, MARÍA TERESA; Finanzas sostenibles en América Latina. Venezuela, Corporación Andina de Fomento, 2007.
- SILVA SÁNCHEZ; JESÚS MARÍA; Estudios de Derecho Penal, Biblioteca de autores extranjeros, N° 5; Editorial Grijley, Lima - Perú, septiembre del 2,000.
- "Innovaciones tecnoprácticas de la Victimología en el Derecho Penal". Servicio Editorial de la U.P.V, 1990.

BIBLIOGRAFÍA

- Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. José María BOSCH EDITOR SA - Barcelona, Zaragoza, 1992.
- SOLÉ RIERA, JAIME; "La tutela de la víctima en el proceso penal". José María Bosh Editor - Barcelona, 1997.
- SOLER, SEBASTIÁN; Derecho penal argentino, Tomos I, II, III y IV, Buenos Aires, 1969.
- Derecho penal argentino, T. IV., Buenos Aires, 1951.
- RODRÍGUEZ DEVESA; Derecho penal español. Parte Especial. 1992.
- RODRÍGUEZ, RINCÓN y CALDERÓN; Temas de derecho financiero contemporáneo. Universidad de Rosario, 2006.
- RAMÍREZ SOLANO, ERNESTO; Moneda, Banca y Estados Financieros. Instituciones e instrumentos en países en desarrollo. 2007.
- URQUIZO OLAECHEA, JOSÉ; Jurisprudencia Penal. Jurista Editores, junio del 2005, Lima.
- Valle Muñiz, José Manuel; El Delito de Estafa, BOSH, Casa Editorial SA, Barcelona 1987-1992.
- VELÁZQUEZ VADILLO, FERNANDO; Condiciones permisivas y factores limitativos de la oferta de crédito bancario. México: Red Análisis Económico, 2006.
- VEGA VEGA, JOSÉ ANTONIO; Derecho de Autor, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1990.
- VILLA STEIN, JAVIER; Derecho Penal. Parte General, Editorial San Marcos, Lima, 1998.
- VIVES ANTÓN, T.S., Orts Berenguer, E. y otros; Derecho Penal. Parte Especial, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- VIVES ANTÓN, T.S./ Martínez-Buján Pérez, C.; Comentarios al Código Penal. Vol. III. Tirant lo blanch, Valencia, 2007.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M./ Ruiz Rodríguez, L.R. y otros; La Regulación Penal del Mercado de Valores. Editorial Librería Portocarrero, Lima, 2001.

TIEDEMANN, KLAUS; Temas de Derecho Penal Económico y Ambiental. IDEMSA, Lima, 1999.

ZAFFARONI, RAÚL EUGENIO; En torno de la cuestión penal, Montevideo - Buenos Aires, 2005.

- El enemigo en el Derecho Penal, EDIAR, Buenos Aires, 2006
- Tratado de derecho penal, Ts. III y IV, Buenos Aires, 1981.