Derecho Penal Económico

Parte General

Dino Carlos Caro Coria
Luis Miguel Reyna Alfaro

Jurista Editores E.I.R.L.

Dino Carlos Caro Coria
Luis Miguel Reyna Alfaro

Con la contribución de
James Reátegui Sánchez

Derecho Penal Económico

Parte General

Tomo
I

C&A
Caro & Asociados
Especialistas en Derecho Penal Económico y de la Empresa

JURISTA editores

CEDPE
Centro de Estudios
de Derecho Penal Económico y de la Empresa

© **Dino Carlos Caro Coria**
© **Luis Miguel Reyna Alfaro**

DERECHO PENAL ECONÓMICO
PARTE GENERAL - Tomo I

© JURISTA EDITORES E.I.R.L.
Jr. Miguel Aljovín Nº 201 Lima - Perú
Teléfonos: 427-6688 / 428-1072
Telefax: 426-6303

Edición: Mayo 2016

© Derechos de Autor Reservados conforme a Ley
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N°: 2015-09848

ISBN: 978-612-4184-70-3

Composición, Diagramación y
Diseño de carátula: Víctor Arrascue C.

PRESENTACIÓN

§ 1. El Derecho penal tiene sentido racional en la medida que constituya un mecanismo idóneo de *protección de bienes jurídicos*. La prevención del delito constituye así la meta fundamental del Derecho penal[1]. El cumplimiento de esta misión, sin embargo, se ve dificultada por la cada vez mayor complejidad que viene cobrando la dinámica social de nuestras *sociedades de riesgos*[2]. En esta dinámica, la actividad económica constituye uno de sus ejes centrales[3].

No es de extrañar entonces que la doctrina penal especializada haya puesto especial énfasis en los diversos riesgos de lesión de bienes jurídicos derivados de la actividad económica y empresarial: El medio ambiente, el sistema crediticio, el sistema financiero, el sistema bursátil, son contornos en los que confluyen intereses sociales vitales que suelen ser afectados o puestos en riesgo a través de la actividad empresarial. La significación de los atentados contra estos bienes jurídicos se revela con claridad a través de la revisión de una serie de casos judiciales de alcance

---

[1] En ese sentido el artículo I del Título Preliminar del CP: "Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad".

[2] BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad,* Paidos, Barcelona, 2006, passim.

[3] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las Sociedades Postindustriales,* segunda edición, Civitas, Madrid, 2001, pp. 81 ss.

no solo nacional sino principalmente internacional (Enron, Siemens, Worldcom, etc.). El entorno social antes descrito permite reconocer las razones por las que el Derecho Penal Económico y de la Empresa constituye un ámbito de la ciencia jurídica penal de enorme importancia.

§ 2. El dinamismo con el que se desarrolla la actividad económica e industrial genera una serie de dificultades tanto al legislador penal como a los operadores del sistema de administración de justicia penal lo que no solo pone en constante cuestión la capacidad de rendimiento del Derecho penal económico y de la empresa sino que le impone continuos retos que determinan su necesaria y constante evolución.

En esas circunstancias no extraña, por ejemplo, la revitalización del debate en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tributario de la ola legislativa comparada (España, Italia, Chile, Ecuador, etc.), y que ha ido de la mano con la incorporación en la semántica del Derecho penal de nuevos conceptos (como los de *corporate governance* o *criminal compliance*) lo que constituye evidencia irrefutable del imparable curso de desarrollo de esta parcela del Derecho Penal.

Tampoco es de extrañar el surgimiento de intentos, generados por los problemas de imputación *hacia arriba* en el ámbito de estructuras empresariales, de extender fórmulas dogmáticas como la de la autoría mediata por dominio de organización en aparatos organizados de poder elaborado por Claus ROXIN hacia la parcela de la criminalidad empresarial, es decir, más allá de sus espacios tradicionales.

§ 3. A los problemas de imputación personal (hacia los representantes de la persona jurídica) y colectiva (hacia la propia persona jurídica) se suman aquellas dificultades propias de la necesidad de proteger intereses sociales vitales (bienes jurídicos) inmateriales, intangibles, difusos. La orientación del Derecho penal de la modernidad hacia la tutela de bienes jurídicos colectivos, a la par de generar críticas en torno a su legitimidad por parte de un sector de la doctrina (la Escuela de Frankfurt en particular), provoca dificultades en la articulación de los tipos penales especialmente destinados a la protección de esos bienes jurídicos colectivos (delitos de peligro).

Pero no son estos los únicos problemas asociados a la tipificación dentro del ámbito del Derecho penal económico. La coexistencia de marcos regulatorios de las diversas actividades económicas realizadas por las empresas y el recurso a la técnica del reenvío normativo (leyes penales en blanco) para la tipificación de los delitos económicos generan no solo problemas interpretativos en los Tribunales sino que impactan en el plano de la imputación subjetiva al generar la posibilidad de actuación bajo error de tipo o de prohibición.

§ 4. Son estos algunos de los tópicos abordados en esta *Parte General* de la obra que aquí se presenta y con la que se pretende llenar un vacío existente dentro de la doctrina nacional de cara al acercamiento entre la teoría y la práctica del derecho penal económico y de la empresa.

En efecto, los autores de esta obra, dedicados –en tanto profesores universitarios y publicistas- al análisis y desarrollo de la dogmática jurídica penal, reconocen –en tanto profesionales dedicados al litigio- las dificultades que existen para la conjugación racional y coherente de ambos planos. Una visión estrictamente teórica ignora y soslaya los auténticos problemas de la práctica penal, en tanto que una aplicación de la ley penal ayuna de referencias dogmáticas sería incapaz de dar una solución consistente a los problemas de la praxis.

Creemos que esa es precisamente una de las virtudes de esta obra, la de constituir un intento de acercamiento entre ambos planos –teórico y práctico- generalmente disociados, lo que lleva, al final de cuentas, a resultados forenses no deseados en la medida que suponen una aplicación no racional de la ley penal y que es consecuencia de una cada vez más evidente funcionalización de la dogmática jurídico penal[4].

[4] Esta tendencia por parte de los operadores de justicia penal (fiscales y jueces) se revela con claridad en ciertas tipologías penal-económicas. Así, por ejemplo, puede mencionarse la discusión existente en torno a los efectos de la autonomía del delito de lavado de activos y el modo en que ciertos autores (vinculados al Ministerio Público) pretenden imponer, contra el texto expreso de la ley, una interpretación del delito en virtud de la cual no se necesita acreditación judicial del *delito fuente*.

§ 5. Antes de culminar esta breve presentación, es necesario hacer ciertas precisiones, trascendentes para el lector.

Por un lado, aunque existen una serie de rasgos comunes a la forma de concebir el Derecho penal que justifican el haber presentado esta obra en coautoría, a efectos de preservar la impronta personal de cada uno de los autores y facilitar la cita de la obra se ha identificado al responsable de cada capítulo. Este desarrollo conjunto es el que explica la coexistencia de acercamientos múltiples en torno a temáticas idénticas o similares.

Por otro lado, a efectos de facilitar la lectura y el reconocimiento de los autores citados a pie de página, las referencias bibliográficas han sido incorporadas capítulo por capítulo. De este modo, el lector no tendrá que desgastarse en la búsqueda de la obra citada, pues bastará que se remita al inicio del capítulo que se encuentra examinando.

En San Isidro, a los 08 días del mes de marzo de 2016

Dino Carlos Caro Coria

Luis Miguel Reyna Alfaro

DISTRIBUCIÓN DE LA OBRA

Dino Carlos Caro Coria
Capítulos II (apartados III-IV),
VII, X, XI, XV, XVIII.

Luis Miguel Reyna Alfaro
Capítulos I, II (apartados I-II, V-VI),
III, VI, VIII, IX (apartados I-VI 1),
XII, XIII, XIV, XVI, XVII, XIX.

James Reátegui Sánchez
IV, V, IX (apartados VI 2 y 3).

ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
ADPE	Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa
AP	Actualidad Penal
AT	Allgemeiner Teil
BCR	Banco Central de Reserva del Perú
BIMJ	Boletín Informativo del Ministerio de Justicia
CC	Código Civil
CE	Constitución española de 1978
CdPP	Código de Procedimientos Penales
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CPP	Código Procesal Penal
Dec. Leg.	Decreto Legislativo
DoP	Doctrina Penal
DP	Derecho Penal
EPC	Estudios Penales y Criminológicos

INDECOPI	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual
JA	Juristische Arbeitsblätter
JPD	Jueces para la Democracia
LGA	Ley General del Ambiente
LGS	Ley General de Sociedades
LGSC	Ley General del Sistema Concursal
LGSFS	Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros
LIP	L'Indice Penale
LMV	Ley del Mercado de Valores
LPAG	Ley del Procedimiento Administrativo General
LPD	Ley de Pérdida de Dominio
LRP	Ley de Reestructuración Patrimonial
LTV	Ley de Títulos Valores
NFP	Nuevo Foro Penal
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NPP	Nuevo Pensamiento Penal
PCP80	Proyecto de Código Penal español de 1980
PG	Parte General
PE	Parte Especial
PJ	Poder Judicial
RAP	Revista de Administración Pública
RFDUCM	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid

RIDP	Revue International de Droit Penal
RIDPP	Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale
RPCP	Revista Peruana de Ciencias Penales
RPDyJP	Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial -España
SBS	Superintendencia de Banca y Seguros de Banca, Seguros y AFP
StGB	Strafgesetzbuch -Código Penal alemán
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TLC	Tratado de Libre Comercio
trCP	Texto Refundido del Código Penal español -derogado
UIT	Unidad Impositiva Tributaria
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

ÍNDICE GENERAL

Presentación ... 7
Distribución de la obra ... 11
Abreviaturas ... 13

PRIMERA PARTE
CUESTIONES BÁSICAS DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA

CAPÍTULO I
INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL ECÓNOMICO Y DE LA EMPRESA: ANTECEDENTES HISTÓRICOS. CONCEPTO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA

I. Antecedentes Históricos. ... 35
1. En el derecho internacional. ... 35
2. En el derecho nacional. ... 40
II. Características de la criminalidad de empresa. ... 44
III. ¿Qué es Derecho penal económico y de la empresa? Aportes para una delimitación conceptual de su objeto de estudio. ... 47

1. Introducción. 47
2. Concepto restringido de Derecho penal económico: La posición de BAJO FERNÁNDEZ. 48
3. Concepto amplio de Derecho penal económico: La posición de TIEDEMANN. 49
4. Sobre la conveniencia de adoptar un concepto amplio de derecho penal económico. 50
5. El concepto de Derecho penal de la empresa y sus distinciones con el Derecho penal económico. 53

CAPÍTULO II

CRIMINOLOGÍA DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO: ETIOLOGÍA DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA, ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO PENAL Y CRIMINALIDAD ORGANIZADA.

I. La problemática de la estigmatización del delincuente ante el Derecho penal. 59
II. Delincuencia económica y estereotipos. 73
III. El análisis económico del delito. Apuntes preliminares. 76
IV. El modelo político criminal de intervención mínima. 78
1. Criminología crítica y deslegitimación del derecho penal. 78
2. Modelos político criminales alternativos. 83
3. Toma de posición: La opción del derecho penal mínimo. 85
V. Criminalidad organizada y el poder económico. 86
1. Características de la criminalidad organizada. 88
VI. Criminalidad económica e impunidad. 89

CAPÍTULO III
EL PROGRAMA PENAL ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN.

I. Introducción. 97

II. La denominada "Constitución Económica" y el modelo de "Economía (social) de mercado". 101

1. La "Constitución Económica". 101

2. La "Economía (social) de mercado". 104

III. La Constitución Económica Peruana. 110

IV. La Constitución Económica en el orden comparado. 114

1. Constitución Económica Española. 114

2. Constitución Económica Italiana. 118

V. Epílogo.. 119

CAPÍTULO IV
POLÍTICA CRIMINAL CONTEMPORÁNEA

I. Introducción. 123

II. Algunas características del Derecho penal contemporáneo. 127

III. Área de desarrollo de las tendencias criminalizadoras del Derecho penal: Descriminalización vs. "Sobre"/ "Neo" criminalización. 133

IV. Algunas reflexiones conclusivas.. 137

SEGUNDA PARTE
DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA Y SUS RELACIONES CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

CAPITULO V
LA ACCESORIEDAD ADMINISTRATIVA DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA (ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO PENAL MEDIOAMBIENTAL)

I. Concepto. 145

II. Los grados de la accesoriedad administrativa. 152

1. Cuando la intervención jurídico-penal es absolutamente dependiente del Derecho administrativo. 152
2. Cuando la intervención jurídico-penal es absolutamente dependiente de la regulación administrativa. 153
3. Cuando la intervención jurídico-penal es absolutamente independiente de la administración. 154
4. Toma de postura. 155

CAPÍTULO VI
DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

I. Generalidades. 161

II. Diferenciación entre el Derecho penal y el Derecho Administrativo Sancionador. 163

III. La actuación administrativo sancionadora. 167

IV. El traslado de los principios penales al Derecho administrativo sancionador. 169

V. La Ley del Procedimiento Administrativo General y su Incidencia en el ámbito administrativo sancionador. 177

VI. Las sanciones en el Derecho administrativo sancionador. 179

VII. Epílogo. .. ..

CAPÍTULO VII

EL PRINCIPIO DE NE BIS IN IDEM EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. Generalidades. 185
II. Contenido y fundamentación constitucional. 186
III. *Ne bis in ídem* y derecho administrativo sancionador. 199
IV. Particularidades del *Ne bis in ídem* en el proceso penal.. 222

TERCERA PARTE

TÉCNICAS DE TIPIFICACIÓN Y PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA

CAPITULO VIII

LA PROBLEMÁTICA DE LA LEY PENAL EN BLANCO ANTE EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

I. Consideraciones preliminares. 235
II. El principio de legalidad en el Derecho penal. 236
1. Su origen histórico. 236
2. Justificación jurídico- política y justificación jurídico penal del principio de legalidad. 238
3. Consecuencias prácticas del principio de legalidad. 242
III. La discusión sobre la legalidad del empleo de la técnica del reenvío en el Derecho penal. 261
1. Posturas contrarias a las leyes penales en blanco. 261
2. Posturas favorables a las leyes penales en blanco. 262
IV. Sobre la distinción entre ley penal en blanco y elementos normativos del tipo penal. 265
V. Clasificación de las leyes penales en blanco. 266
1. Leyes en blanco propias. 266
2. Leyes en blanco impropias.... 267

CAPÍTULO IX
LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

I. Cuestiones Generales. 271

II. El bien jurídico. Sus orígenes. 273

III. Teorías sobre el contenido material del bien jurídico penal. 278

1. Teorías constitucionales del bien jurídico. 278

2. Teorías sociológicas. 283

IV. El bien jurídico en el delito económico. 291

V. La legitimidad de la protección de los bienes jurídicos colectivos. . 292

1. Bienes jurídicos individuales o personales. 292

2. Bienes jurídicos colectivos. 293

VI. Fórmulas para la protección de los bienes jurídicos colectivos: Los llamados tipos de peligro. 294

1. A manera de introducción: El Derecho penal frente a la Sociedad del Riesgo. 294

2. Sujeto pasivo de la acción y del delito. 297

3. Explicación doctrinaria.. 299

CAPÍTULO X
DELITOS DE PELIGRO Y PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS

I. "Sociedades de Riesgo" y expansión del Derecho penal del peligro. 304

II. Los límites impuestos por la garantía del desvalor del resultado. .. . 315

1. Acercamiento a la teoría subjetivista monista del ilícito penal. 316

2. La necesario fundamentación dualista del injusto. 324

3. La intrascendencia del azar en la determinación de los resultados penalmente relevantes. 332

4. El resultado en los delitos de peligro. 348

III. Estado actual sobre el concepto normativo de peligro. Especial referencia al peligro concreto. 350

1. Generalidades. 350
2. Teorías subjetivas sobre la noción de peligro. 352
3. Teorías objetivas acerca del concepto de peligro. 357
4. Panorama actual sobre el concepto de peligro y su orientación normativa en la doctrina alemana. Especial referencia al peligro concreto. 360
5. El concepto de peligro en la ciencia penal española. Especial referencia al peligro concreto. 370

IV. El concepto de peligro y sus técnicas de tipificación. 389
1. Presupuestos para la conceptualización y el enjuiciamiento del peligro en el Derecho penal. 389
2. Las técnicas de tipificación del peligro. 400
3. Delitos de mera actividad peligrosa y delitos de resultado de peligro. 401
4. Los delitos de resultado de peligro. 408
5. Los delitos de mera peligrosidad o conducta peligrosa. 422

V. Rendimiento de los delitos de peligro como instrumento protector de bienes jurídicos colectivos. 451
1. El mito de la irrenunciabilidad a los tipos de peligro abstracto. 451
2. La lesividad de los bienes jurídicos colectivos a través de "objetos con función representativa". 457
3. Suficiencia de la tutela autónoma de los bienes jurídicos colectivos mediante tipos de resultado de peligro o lesivo. 466

VI. Reglas concursales frente a los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo. 476
1. Planteamiento del problema. 476
2. La solución del concurso de leyes. 482
3. Los casos de peligro "cerrado". 492
4. Los casos de peligro especial colectivo. 494
5. Los casos de peligro "abierto". 495
6. Síntesis... 499

CAPÍTULO XI

"SOCIEDADES DE RIESGO", BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS Y REGLAS CONCURSALES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LOS DELITOS DE PELIGRO CON VERIFICACIÓN DEL RESULTADO LESIVO

I. Grupo de casos. 503

II. "Sociedades de riesgo" y moderno Derecho penal. 506

III. Bienes jurídicos colectivos, delitos de peligro y su legitimidad en un Estado de Derecho. 511

IV. Reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo 536

CUARTA PARTE

LA IMPUTACIÓN INDIVIDUAL EN LAS ESTRUCTURAS EMPRESARIALES

CAPÍTULO XII

INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DE LA AUTORÍA E INTERVENCIÓN DELICTIVA. APLICACIONES ESPECÍFICAS AL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA

I. Presentación.. 563

II. Primera tesis: La dogmática de la autoría permite una aplicación menos arbitraria del poder penal del Estado. 564

III. Segunda tesis: Perspectiva funcional de la teoría de la autoría e intervención delictiva. 565

1. La distinción entre autor y cómplice se construye en función a la atribución del resultado y el riesgo. 566

2. La distinción entre autor y cómplice no se construye en clave subjetiva. 566

3. Impacto de la perspectiva funcional en el iter criminis.. 567

IV. Tercera tesis: Predominio de la perspectiva normativista en la dogmática de la intervención delictiva. 568
1. La teoría del dominio del hecho de WELZEL y los correctivos de ROXIN. 569
2. Los delitos de infracción del deber. 571
3. El aporte de JAKOBS en la teoría de la intervención delictiva. 573
4. Conexiones entre la teoría de la intervención delictiva y la imputación objetiva. 575
V. Cuarta tesis: La autoría e intervención delictiva como expresión del principio de proporcionalidad. 577
VI. Límites a la intervención delictiva. 580
1. La complicidad en el ámbito del Derecho penal económico. 580
2. La situación de las acciones cotidianas o conductas neutrales. 585
2.1. Los actos neutrales en la doctrina jurisprudencial. 587
2.2. Percepciones personales. 598
3. El principio de confianza. 600
3.1. Cuestiones generales. 600
3.2. El principio de confianza en el ámbito de la actividad empresarial. 604
3.3. El principio de confianza en la doctrina jurisprudencial. 606
4. La autopuesta en peligro de la víctima del delito. 610
4.1. El autopuesta en peligro en la doctrina jurisprudencial. 611

CAPÍTULO XIII
PROBLEMAS FUNDAMENTALES DE LA AUTORÍA E INTERVENCIÓN DELICTIVA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO SOBRE LA BASE DEL ESTUDIO DE CASOS

I. Planteamiento del problema a través de casos. 615
II. Delimitación del objeto de análisis: los delitos cometidos desde la persona jurídica por intermedio de los miembros que la conforman. 616

III. La imputación jurídico penal en estructuras empresariales. Imputación *bottom up* y *top down*. La delegación de funciones en contextos empresariales. 620

IV. Supuestos de responsabilidad penal de los miembros de la persona jurídica. 624

1. Responsabilidad penal del titular y los empleados de la empresa individual de responsabilidad limitada. 625

1.1. La E.I.R.L. como tipología societaria. 625

1.2. Capacidad de rendimiento del dominio del hecho en las EIRLs. Dificultades en la distinción entre dominio del hecho por dominio de voluntad (por coacción) y la instigación. 627

1.3. La solución del caso concreto. 629

2. Responsabilidad penal de los accionistas, miembros del Directorio, y Gerente de una sociedad anónima. 630

2.1. La tipología societaria y la problemática de la imputación *hacia arriba*. 631

2.2. Análisis del caso concreto (i): El principio de responsabilidad personal. La problemática de las decisiones colegiadas. ¿Omisión de denuncia? 636

2.3. Análisis del caso concreto (ii): La decisión del Directorio ¿Autoría mediata? ¿Coautoría? ¿Complicidad psíquica? 639

2.4. Análisis del caso concreto (iii): El dominio de organización en las estructuras empresariales. 644

2.5. Análisis del caso concreto (iv): *¿Coautoría? ¿Complicidad?* 652

2.6. Análisis del caso concreto (v): La responsabilidad por omisión del empresario. 656

QUINTA PARTE
LA IMPUTACIÓN COLECTIVA (RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS)

CAPÍTULO XIV
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (I) PERSPECTIVA DE LEGE LATA

I. La problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. 663

II. Sobre la conveniencia político criminal de la responsabilidad penal empresarial. 664

III. La responsabilidad penal de la empresa en el Código penal peruano. 667

1. El predominio del sistema de imputación penal individual en el CP. 667

2. La naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica. 670

IV. La insuficiencia del sistema de imputación individual y la necesidad de construir un sistema de imputación para las personas jurídicas. 675

1. La propuesta de Klaus TIEDEMANN: Responsabilidad penal empresarial dependiente de la responsabilidad penal individual. 677

2. La tesis de Günther HEINE: Culpabilidad por organización deficiente de la empresa/ Responsabilidad penal empresarial independiente. 680

V. Conclusión. 682

CAPÍTULO XV
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (II). LA RESPONSABILIDAD DE LA PROPIA PERSONA JURÍDICA EN EL DERECHO PENAL PERUANO E IBEROAMERICANO. PERSPECTIVA COMPARADA.

I. Generalidades. 685

II. Crisis del *Societas delinquere non potest*. 686

III. Revisión de los principales fundamentos de la "irresponsabilidad penal de las personas jurídicas". 694
1. Sobre la capacidad de conducta de las personas jurídicas. ... 696
2. Sobre el juicio de culpabilidad de los entes colectivos. 700
3. Consecuencias jurídicas aplicables a las agrupaciones. 705
IV. ¿Necesidad de adoptar el Societas delinquere potest en el Derecho penal peruano?. 715

CAPÍTULO XVI
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (III). PERSPECTIVA DE LEGE FERENDA

I. Introducción. 731
II. Sobre el ámbito de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en las propuestas legislativas. 733
1. Los delitos que activan la responsabilidad penal de la persona jurídica. 733
2. Exclusión de las personas jurídicas de derecho público. 737
III. Elementos que fundamentan la RPPJ. 738
IV. Elementos que excluyen o atenúan la RPPJ. El compliance penal. . 740
V. Autonomía de la responsabilidad penal individual y la corporativa. 743
VI. El Registro de Personas Jurídicas penalmente responsables. 744
VII. A modo de conclusión: Sobre los retos de la introducción de la RPPJ. 745

CAPÍTULO XVII
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (IV). *CRIMINAL COMPLIANCE* I (ENFOQUE GENERAL)

I. Introducción a la idea del *buen gobierno corporativo*. 749
II. El *compliance y los compliance programs* ... ...

3. *Compliance* y cultura empresarial. 758
4. Los *compliance programs*. 760
III. La significación dogmática de la implementación de programas de cumplimiento normativo en el contexto de la RPPJ. 763
IV. Validación criminológica del compliance como sendero hacia el cual podría evolucionar la dogmática de la RPPJ. 766
V. Conclusiones. 771

CAPÍTULO XVIII

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (IV). *CRIMINAL COMPLIANCE* II (ENFOQUE ESPECÍFICO DESDE EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN)

I. Introducción. 775
II. Orígenes del *compliance* y la privatización de la lucha contra la corrupción. 776
III. Debida diligencia y compromiso *to compliance with law*. 784
IV. Propuestas de responsabilidad de las personas jurídicas y modelos de prevención en Perú. 791
V. Sobre la Ley N° 30424 que regula la responsabilidad "administrativa" de las Personas Jurídicas por el delito de Cohecho Activo Transnacional.. 799
1. Generalidades... 799
2. Una responsabilidad penal llamada "administrativa"... 799
3. Se aplica incluso a las personas jurídicas sin fines de lucro 802
4. Responsabilidad derivada de los actos de una persona natural 802
5. Sanciones "administrativas" que impone el Juez Penal en un proceso penal... 803
6. La instauración de programas de cumplimiento para reducir o evitar la pena 804
7. Perspectivas futuras 805

CAPÍTULO XIX

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (V). CONSECUENCIAS ACCESORIAS EN EL CONTEXTO DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

I. La regla general: *Societas delinquere non potest*. El Código penal peruano no admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas. 809

II. Las sanciones penales para las empresas: Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas. 809

III. Consecuencias Accesorias y Empresa en el CP. 811

1. El comiso de los instrumentos y efectos del delito. 811

2. El comiso de las ganancias ilícitas. 814

3. Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas. 816

3.1. Catálogo de consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica. 816

3.2. Fundamento de la aplicación de las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica. 818

3.3. Presupuestos de aplicación. 818

IV. Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas han cumplido una función simbólica. 820

1. El caso "utopía". 820

2. El caso "América TV". 821

3. El caso "Business Track". 822

4. ¿Ha tenido el Acuerdo Plenario N° 7/2009-CJ- 116 algún efecto forense? 827

V. La aplicación de las consecuencias accesorias requiere comprobar la peligrosidad objetiva de la persona jurídica. 827

VI. Efectos de las mutaciones en la persona jurídica. 831

VII. Condiciones procesales para la imposición de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas 831

PRIMERA PARTE
CUESTIONES BÁSICAS DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA

CAPÍTULO I
INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL ECÓNOMICO Y DE LA EMPRESA: ANTECEDENTES HISTÓRICOS. CONCEPTO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1. En el Derecho internacional

El Derecho penal económico es, como ha subrayado SAN MARTÍN LARRINOA, tan antiguo como el propio Derecho penal y esto es, según ha señalado RODRÍGUEZ MOURULLO, porque "Allí donde existió un sistema penal hubo siempre un Derecho penal económico más o menos rudimentario, en consonancia con la correspondiente estructura social y grado de evolución económica"[1].

Así, en la época romana, por ejemplo, se castigaba a quienes especulasen con los precios de los cereales o evadían impuestos. En la misma época, el emperador Diocleciano fijó los precios máximos de los productos y salarios sancionando bajo pena de muerte su inobservancia. Con la misma sanción y la confiscación eran castigados quienes sacasen determinado tipo de productos, en especial el hierro y las armas. Es también común apreciar en el Derecho romano sendos tipos penales represores de la adulteración de productos alimenticios[2].

---

[1] SAN MARTÍN LARRINOA, Begoña. "Derecho penal económico y delito tributario", en: Mazuelos Coello, Julio (comp.). *Derecho penal económico y de la empresa*, Editorial San Marcos, Lima, 1996, p. 185.

[2] TIEDEMANN, Klaus. "Derecho penal económico: Introducción y panorama", en: el mismo. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad,* trad. Manuel Abanto Vásquez. Idemsa, Lima, 2000, pp. 16-17.

En la Edad Media destacan los antecedentes marcados por el delito colectivo de "lo falso" en Alemania, que agrupaba una serie de conductas ilícitas, así como la *Constitutio Criminalis Carolina*[3].

Durante la Edad Moderna la intervención penal en materia económica se fue extendiendo a otras conductas, excepto en el período de auge de las ideas liberales durante el siglo XIX[4].

Se puede considerar que en el siglo XIX se inicia el Derecho penal económico en sentido propio pues como bien ha precisado WÜRTENBERGER: "Un Derecho penal económico en sentido propio, solo comienza a existir cuando aparece una economía dirigida y centralizada, pues mientras existan condiciones que otorguen a los operadores económicos plena libertad para desarrollar relaciones económicas, el Estado carece de interés para interferirse en el mantenimiento del orden económico"[5].

Como hemos visto, el surgimiento del Derecho penal económico propiamente dicho es de reciente data y encuentra sus antecedentes en las leyes destinadas a la protección del consumidor en Inglaterra; en ésta línea aparecen la Ley del Pan (1836), la Ley de la Adulteración de la Semilla y la Ley de Salud Pública (1890)[6].

Contemporáneamente, en el otro continente, en Norteamérica, se observan similares manifestaciones legislativas. En 1890 aparece la "*Sherman Act*", aún vigente, que marcó el inicio del sistema jurídico antitrust norteamericano[7]. El objetivo de la Ley "*Sherman*" fue, como in-

---

[3] *Ibid*., p. 17.

[4] SAN MARTÍN LARRINOA, Begoña. Op. Cit., p. 185.

[5] Citado por MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. *Derecho penal económico*, Montecorvo, Madrid, 1987, p. 113.

[6] LAMAS PUCCIO, Luis. *Derecho Penal Económico aplicado al Código Penal*, Lima, 1990, p. 28.

[7] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *El Derecho de la libre competencia*, Editorial, San Marcos, Lima, 1997, p. 23.

dica LAMAS PUCCIO: "controlar y establecer un manejo equitativo de las actividades económicas en el área de la protección al consumidor"[8].

Aunque en sus inicios la eficacia práctica del sistema antitrust norteamericano resultó mínima, en virtud a la promulgación de una serie de dispositivos legales (Ley "*Clayton*", Ley "*Federal Trade Comission*" de 1914, Ley "*Robinson Patman*" de 1938 y la *Pure Food and Drugs Act*) y la jurisprudencia, dicho sistema comenzó a fortalecerse a tal nivel que ha servido de referente a otras legislaciones sobre la materia[9].

En Europa, el auge del estudio del fenómeno delincuencial en el ámbito de la economía se produjo posteriormente, luego de culminada la segunda guerra mundial y superado el interés por impulsar las entonces deprimidas economías, el legislador penal se preocupó en corregir las distorsiones existentes en el sistema económico.

Es así como en Alemania se reprime en sede penal los comportamientos de acaparamiento[10] y prácticas restrictivas de la competencia[11] a través de la llamada "Ley para la simplificación del Derecho penal económico" de 1949 que significó el primer intento por disgregar del ámbito del Derecho penal las denominadas "contravenciones al orden"[12].

En 1954, con el cambio del modelo de economía planificada al de mercado, aparece la "Ley adicional para la simplificación del Derecho

---

[8] LAMAS PUCCIO, Luis. Op. Cit., p. 29.

[9] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Op. Cit., p. 23; LAMAS PUCCIO, Luis. Op. Cit., p. 29.

[10] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*. Idemsa, Lima, 1997, pp. 25 y ss.

[11] Es así como en 1957 se promulgó la Ley contra las prácticas restrictivas de la competencia (GWD) que entró en vigencia en 1958; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *El Derecho de la libre competencia*, p. 23.

[12] SCHMIDT, Eberhard. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*, traducción de José Manuel Núñez, Bibliográfica, Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 226.

penal económico" que descriminalizó una serie de conductas que aparecían como lesivas contra la planificación estatal en materia económica[13].

Ya durante la década de los setenta, como consecuencia del desarrollo acelerado de las economías europeas, se refuerzan las medidas destinadas a la protección de la actividad económica[14], no obstante, como ha constatado ABANTO VÁSQUEZ, resulta singular que mientras en el ámbito de los llamados delitos tradicionales se producía el retroceso en la intervención del sistema penal (descriminalización de la homosexualidad, el adulterio, la seducción, así como la atenuación de otras figuras delictivas), en el terreno del derecho económico se producía un progresivo aumento de las conductas fraudulentas consideradas ilícitas en clave penal[15].

La reforma penal en la parcela del Derecho penal económico tuvo una gran trascendencia en Alemania, país en donde se adoptaron, a través de la Primera y Segunda Ley de lucha contra la criminalidad económica, medidas de carácter sustantivo y orgánico dentro del sistema de administración de justicia penal.

En el plano sustantivo, la Primera Ley de lucha contra la criminalidad económica de 1976 introdujo una serie de nuevos tipos penales como la captación subrepticia de subvenciones y la captación fraudulenta de créditos y reformó el delito concursal y la figura de la usura.

La Segunda Ley de lucha contra la criminalidad económica supuso la incorporación de nuevas figuras típicas como el abuso de cheques y

---

[13] TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit., pp. 17-18.

[14] Como bien advierte Mazuelos, la reforma del Derecho penal económico se inició en Alemania en 1972, durante el 42º Congreso de Juristas Alemanes, con la creación de una comisión de expertos para la lucha contra la delincuencia económica, en: MAZUELOS COELLO, Julio. *Derecho penal económico y de la empresa: Concepto, sistema y política criminal*, en: El mismo (comp.). Op. Cit., p. 16.

[15] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Derecho penal económico*, p. 27.

tarjetas de crédito y la apropiación de las contribuciones de los trabajadores a la seguridad social, a la vez que agravó la pena en los supuestos de dilación de procesos de quiebra y desarrolló el tipo de competencia desleal[16].

En el ámbito orgánico, el sistema de administración de justicia penal se vio reforzado con la creación de Fiscalías y Salas especializadas en lo penal económico, a tenor del Art. N° 74 de la Ley del Poder Judicial[17].

La evolución histórica del Derecho penal económico en la esfera europea se ha visto marcada por la influencia de la Unión Europea, que si bien no legisla en materia penal, es evidente que ejerce una influencia que se manifiesta tanto negativa como positivamente[18].

El *ius puniendi* negativo se ha manifestado principalmente a través de las normas penales en blanco, en tanto que la influencia positiva viene dada en la capacidad de influir en los poderes legislativos de los estados miembros a fin de crear o modificar normas vigentes.

La influencia de la Unión Europea, según ARROYO ZAPATERO, se ha evidenciado en tanto es fuente creadora, en materia económica, de un derecho sancionador- administrativo propio, protege intereses propios de la comunidad provocando la innovación legislativa en sede penal y garantiza la puesta en vigencia de la normatividad penal económica dentro de los países miembros de la comunidad[19].

---

[16] TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit., pp. 18-19.

[17] TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho penal de la empresa,* en: Mazuelos Coello, Julio (comp.). Op. Cit., pp. 49 y ss.

[18] Sobre la influencia negativa y positiva de la normativa comunitaria: RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón. *Protección penal del mercado de valores (Infidelidades en la gestión de patrimonios)*, Editorial, Tirant lo Blanch/ Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Valencia, 1997, pp. 297 y ss.

[19] ARROYO ZAPATERO, Luis. "Los delitos contra el orden socioeconómico en el nuevo Código penal de 1995", en: *RPCP*, Nº 7/8, Lima, 1999, p. 616.

2. En el Derecho Nacional

Los antecedentes de la represión penal de las conductas lesivas al orden económico nacional los podemos ubicar desde épocas del Incanato.

Durante el incario, los delitos tributarios tenían una gran significación, así eran castigados con pena de muerte los "contadores" que falsificaban las cuentas. Por otra parte, se sometía a pena de azote a los caciques indígenas que escondiesen a los indios durante los censos populares con la intención de alterar el cálculo de la distribución de las cargas tributarias[20].

A estos delitos tributarios inmediatos se aunaron, como indica TRIMBORN, una serie de delitos tributarios mediatos referidos a la elevación de la capacidad contributiva. Así, basándose en las crónicas de Acosta, Cieza, Cobo y Ondegardo, se interpreta la prohibición, en el Perú, de matar las hembras del ganado y, en México, la cosecha de maíz antes de su maduración[21].

Antecedentes más cercanos encontramos nuevamente en el ámbito de los delitos tributarios. Durante inicios de la etapa republicana, Simón Bolívar, por Decreto del 18 de marzo de 1824, dispuso la pena de muerte para los empleados que participaran en la comisión del delito de contrabando[22]. Años después, la Ley contra el delito de contrabando (7 de Enero de 1896), castigaba dicho delito con penas de comiso, multa y pena corporal aflictiva[23].

---

[20] TRIMBORN, Hermann. *El Delito en las altas culturas de América*, trad. de José León Herrera y Ernesto Moren, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1968, p. 67.

[21] *Ibid*., p. 68.

[22] HURTADO POZO, José. "Pena de muerte y política criminal en el Perú", en: el mismo (Ed.). *La nueva Constitución y Derecho penal*, Lima, 1980, p. 109.

[23] GARCÍA RADA, Domingo. *El delito tributario (con especial referencia al Derecho peruano)*, Lima, 1975, p. 277.

El Código penal de 1924 comprendía también este delito, aunque su tipificación resultaba bastante imprecisa. El inc. 5 del Art. 246[24], catalogaba como defraudación, todos aquellos actos de fraude cometidos "en perjuicio de alguna administración pública".

El propio Código penal de 1924, a través del Art. 248, siguiendo la línea del Art. 130 del Anteproyecto de Código penal suizo, daba los primeros pasos en la tipificación del delito de administración desleal (fraude en la administración de personas jurídicas), aunque era considerado como una modalidad de defraudación.

Posteriormente, en 1966, aparece la Ley Represora del Contrabando (Ley n° 16185, del 28 de junio de 1966) que complementa la regulación del llamado Código Maúrtua.

Un importante hito en la lucha contra la delincuencia económica es la denominada "Ley contra la Adulteración, Acaparamiento y Especulación" (Decreto Ley nº 21411, del 3 de febrero de 1976), que prescribe como delitos la realización reincidente de actos de adulteración, acaparamiento y especulación. La sistemática empleada en este dispositivo resultaba sumamente criticable, pues se establecía los supuestos de hecho que constituían adulteración, acaparamiento y especulación[25], estableciendo sanciones administrativas comunes a todos los comportamientos, entre ellas incluso detención no menor de 5 ni mayor de 40 días y la expulsión del país[26], encargándose la aplicación de las respectivas sanciones a los Ministerios bajo cuya competencia se encontraba la actividad sancionada o los Tribunales contra la adulteración, acaparamiento y especulación que en ese entonces existían[27].

---

[24] *Ibid.*

[25] Arts. Nº 2 a 8 del Decreto Ley Nº 21411.

[26] Arts. Nº 9 a 15 del Decreto Ley Nº 21411.

[27] Sobre el trámite respectivo véase: arts. 16° a 42° del Decreto Ley Nº 21411.

Los delitos de adulteración, acaparamiento y especulación se configuraban, como hemos advertido, no con la realización de un comportamiento de especial lesividad, sino cuando el infractor hubiese sido sancionado, por similares hechos, con dos fallos condenatorios a penas privativas de libertad no menor de 20 días en cada uno de los fallos; en síntesis, se castigaba la reincidencia delictiva en materia económica.

Las consecuencias jurídicas a aplicar en dichos delitos eran, para cualquiera de los delitos precitados, de prisión no menor de 6 meses ni mayor de 5 años e inhabilitación para el ejercicio de la actividad comercial o industrial por un término no menor de 4 años, sin perjuicio de la sanción administrativa ya impuesta, lo que constituía una clara vulneración al principio "*ne bis in idem*"[28][29].

El trámite previsto para la persecución de los delitos de adulteración, acaparamiento y especulación era especial, en la medida que no se sujetaba a la tramitación propia del Código de procedimientos penales, caracterizándose por su celeridad.

Producida la reincidencia, se remitía los actuados, conjuntamente con los dos expedientes administrativos a que se referían las sanciones administrativas impuestas, dentro del plazo de 48 horas, al Juez Instructor de Turno (hoy Juez Penal) quien en virtud a los procesos administrativos respectivos debía abrir instrucción y emitir sentencia dentro del plazo de 5 días, bajo responsabilidad funcional. Contra dicho fallo procedía interponer recurso de apelación, el mismo que, previa vista al Fiscal Superior, debía ser resuelto por el Tribunal Correccional (hoy Sala Penal Superior). En caso de no haberse interpuesto recurso de apelación, el proceso era elevado en consulta, siguiendo similar trámite.

---

[28] Véanse los arts. 38 y 39 del Decreto Ley nº 21411.

[29] Constitución Política del Perú:
"Art. 139º- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)
13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada".

Contra la resolución expedida por el Tribunal no procedía el recurso de nulidad.

El 26 de marzo de 1980, se promulgó el Decreto Ley Nº 22963, que sustituye en parte los preceptos contenidos en el Decreto Ley Nº 21411, agravando las sanciones administrativas a imponer.

Con posterioridad aparece la denominada "Ley sobre delitos económicos" (Decreto Legislativo Nº 123, del 12 de Junio de 1981), que surge como un intento por perfeccionar la tipificación de las conductas lesivas al orden económico interno, contenidas en los antes mencionados Decretos Leyes Nº 21411 y 22963.

La Ley sobre Delitos Económicos sancionaba como delitos: el acaparamiento, la adulteración de productos y la alteración de precios[30], por lo que su denominación, como ha subrayado ABANTO VÁSQUEZ, resultaba "engañosa"[31]. Su persecución se ajustaba a las reglas del procedimiento sumario[32].

El legislador penal de 1991, en el entendimiento que el sistema penal no puede mantenerse estático ante la constante evolución de la actividad económica, decide criminalizar aquellas conductas que afecten ese ámbito primordial de la vida social, atendiendo al sustento constitucional que le ampara[33], es así que el Código penal de dicho año incluye como principales innovaciones los delitos de abuso de poder económi-

---

[30] Arts. 1º, 2º y 3º del Dec. Leg. Nº 123.

[31] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *El Derecho de la Libre Competencia*, p. 346.

[32] Art. 2º. 13º del Decreto Legislativo Nº 124 del Proceso Penal Sumario.

[33] En la Ley sobre Delitos Económicos de 1981 se puede ver claramente que el legislador penal hace mención al referente constitucional (la fuente constitucional era el Art. 133º de la Constitución de 1979 que prohibía los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos). Posteriormente, el legislador penal de 1991 cita también dicha base (así la exposición de motivos del Código penal de 1991 precisa: "Con basamento constitucional, el nuevo Código penal no prescinde de la represión de los delitos que atentan contra el orden económico").

co (Art. 232º CP), publicidad engañosa (Art. 238º CP), concentración crediticia (Art. 244º CP), pánico financiero (Art. 249º CP) y los delitos monetarios (Art. 252º y ss. CP).

El proceso de criminalización en materia económica no se detiene, desde la promulgación del Código Penal de 1991 a la actualidad, se han incorporado al texto penal vigente una serie de nuevos preceptos, así tenemos: la conducción ilegal de casinos[34], el abuso de información privilegiada[35], los delitos informáticos[36], entre otros.

No le falta razón a ROXIN cuando diagnostica que en el futuro del Derecho penal se vislumbra el aumento de disposiciones penales, sobre todo en el ámbito del Derecho penal económico y de la empresa. Como el jurista alemán sostiene: "los nuevos desarrollos atraen hacia si inmediatamente una avalancha de nuevas disposiciones jurídicas", sin embargo, a pesar de dicho incremento, ROXIN pronostica que las conminaciones penales serán siempre más leves[37].

II. CARACTERÍSTICAS DE LA CRIMINALIDAD DE EMPRESA

La sociedad moderna es entendida actualmente como "sociedad de riesgos", en donde la actividad industrial resulta dominante y a través de ella se provocan constantes y continuos peligros de producción de resultados lesivos a los bienes jurídicos existentes.

En este orden de ideas, resulta evidente que en las sociedades modernas, la empresa resulta ser uno de los principales entes generadores de riesgos.

---

[34] Art. 243º-A CP, incorporado por el Decreto Ley Nº 25836. Derogado por la Tercera Disposición complementaria y penal de la Ley Nº 27153

[35] Art. 251º-A del CP, incorporado por la Novena Disposición Final del Decreto Legislativo Nº 861 (Ley del Mercado de Valores).

[36] Art. 207º-A, 207º-B y 207º-C del CP, incorporados por la Ley Nº 27309.

[37] ROXIN, Claus. "El desarrollo del Derecho penal en el siguiente siglo", en: el mismo. *Dogmática penal y política criminal,* trad. Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1998, pp. 448 y ss.

Los riesgos en el ámbito de la actividad empresarial, como detalla ZUÑIGA RODRÍGUEZ[38], se pueden desarrollar en tres momentos:

1) En el propio proceso de producción, como en el caso de los accidentes en el trabajo;

2) Con los resultados de la actividad industrial, pues a través de la producción de productos a gran escala y su comercialización en grandes cadenas se provoca un elevado número de procesos causales, de todo lo cual se desprende la gran complejidad que supone determinar la responsabilidad por productos defectuosos; y,

3) Con los desechos industriales que pueden producir una importante cantidad de riesgos (emisión de humos, gases tóxicos, productos radioactivos, etc.).

La criminalidad cometida en el seno de una empresa posee características que le son propias, entre las cuales tenemos:

a) Multiplicidad de sujetos activos.- Al ser las empresas entes de carácter colectivo, sus actividades se desarrollan mediante la participación de múltiples sujetos que actúan para proteger los intereses del ente colectivo, lo que genera dificultades en la determinación de responsabilidad penal, sobre todo en empresas con complejos sistemas de distribución de funciones.

   En estas organizaciones, la Sociología y la Psicología Social han denunciado el hecho que la actitud colectiva de los miembros de los entes empresariales varía en relación con su comportamiento individual, lo que lleva a la adopción de una "actitud criminal colectiva".

[38] ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "Modelos de imputación penal para sancionar la criminalidad de empresa en el CP español de 1995", en: *RPCP*, Nº 7-8, Lima, 1999, pp. 966-967.

b) Afectación de bienes jurídicos colectivos.- Resulta evidente que los conductas en el seno de las agrupaciones tienden a afectar bienes jurídicos de carácter colectivo o macro social, ligados al propio funcionamiento del sistema social, como son, por ejemplo, el medio ambiente, el mercado de valores, el sistema socioeconómico, etc., intereses que resultan vinculados a la propia actividad de la empresa, macroentes que provocan lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos de similar intensidad, todo lo cual deriva en la indeterminación de las víctimas afectadas, dando lugar al distanciamiento entre agresor y víctima, con las dificultades probatorias que ello supone[39].

c) Diversidad de nexos causales y problemas en la determinación de responsabilidades.- Los procesos de producción, distribución y venta de bienes y servicios generan una serie de problemas en la determinación de la participación, hecho que es característico en las sociedades postmodernas.

Estas dificultades se trasladan al ámbito de atribución de responsabilidad penal, como ocurriera en los casos del aceite de Colza, Lederspray, entre otros casos conocidos[40].

Estas son algunas de las principales notas características de la criminalidad empresarial.

---

[39] ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Op. Cit., p. 969.

[40] Con mayores referencias: HASSEMER, Winfried & MUÑOZ CONDE, Francisco. *La Responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. "Consideraciones generales acerca del desarrollo actual de la teoría del delito, a propósito del problema de la responsabilidad penal por el producto", en: *Debate Penal*, Nº 14, Lima, 1997, pp. 81 y ss.; ROMEO CASABONA, Carlos María. "Límites de los delitos de comisión por omisión", en: *Debate Penal*, Nº 14, Lima, 1997, pp. 103 y ss.

III. ¿QUÉ ES DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA? APORTES PARA UNA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE SU OBJETO DE ESTUDIO

1. Introducción

En primer término, la doctrina jurídico penal buscó desvincular el desarrollo conceptual del Derecho penal económico de posiciones de origen criminológico relacionadas a la personalidad del autor. La criminología, fundamentalmente gracias a la idea del *white collar crime* del sociólogo norteamericano Edwin SUTHERLAND[41], reconoció que la criminalidad no era *patrimonio* de las clases pobres de la sociedad y, por lo tanto, rompió con el tabú de que los integrantes del *up world* no podían delinquir.

Al ser abandonadas las orientaciones biológicas en la discusión criminológica[42] y producirse la desvinculación del contenido del Derecho penal económico de aspectos relacionados a la personalidad del autor, la doctrina penal comenzó a recurrir a criterios de índole objetivo, relacionando el contenido del Derecho penal económico al bien jurídico tutelado. En efecto, la doctrina dominante ha construido el concepto *Derecho penal económico* a partir del bien jurídico que se protegería a través de aquél, en cuya virtud existe un indisoluble nexo *estructural y funcional* entre el concepto de Derecho penal económico y el bien jurídico en el Derecho penal económico[43].

---

[41] Justamente allí radica la fundamental importancia de los desarrollos de Sutherland: establecer la *normalidad* del fenómeno delictivo; destacando la relevancia de Sutherland en el desarrollo del Derecho penal económico: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico,* p. 25; RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan María. *El Derecho penal en la actividad económica.* Ábaco, Buenos Aires, 2000. pp. 61-62; MEINI MÉNDEZ, Iván. Op. Cit., pp. 55-56 (Aunque es erróneo que –como propone MEINI– haya sido objetivo de SUTHERLAND proponer un "concepto de delito económico").

[42] SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Introducción a la criminología*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 218.

[43] CERVINI, Raúl & ADRIASOLA, Gabriel. *El Derecho penal de la empresa*

En ese contexto, se reconoce pacíficamente en doctrina que el bien jurídico protegido por el Derecho penal viene conformado por el *orden económico*, con lo cual, el Derecho penal económico sería la rama del ordenamiento jurídico penal destinada a la protección del orden económico. En este punto es donde el consenso termina.

De cara a llenar de contenido el bien jurídico *orden económico* se reconocen dos grandes sectores en la doctrina jurídico-penal económica[44]. Un primer sector entiende el *orden económico* desde una perspectiva *estricta* o *restringida* (concepto restringido de Derecho penal económico). Un segundo sector entiende el *orden económico* desde una perspectiva *amplia* (concepto amplio de Derecho penal económico).

2. Concepto restringido de Derecho penal económico: La posición de BAJO FERNÁNDEZ

Aunque puede observarse en doctrina un halo significativo de posiciones que reconocen al Derecho penal económico un objeto de estudio limitado[45], no puede dudarse que la tesis restrictiva más emblemática, al menos en la dogmática jurídico penal de habla hispana, es la defendida por el Catedrático español Miguel BAJO FERNÁNDEZ. Por este motivo, centraremos el estudio al análisis de su pensamiento.

---

desde una visión garantista, BdeF, Buenos Aires, 2005, p. 56; PARIONA ARANA, Raúl. "Aproximaciones al Derecho penal económico. Del nacimiento de un 'nuevo Derecho' penal a una aproximación crítica", en: Reyna Alfaro, Luis Miguel (Director). *Nuevas tendencias del Derecho penal económico y de la empresa,* Ara, Lima, 2005, p. 277. En contra JAÉN VALLEJO, Manuel. "Nuevas conductas delictivas: Especial referencial al Derecho penal económico", en: Reyna Alfaro, Luis Miguel (Director). *Nuevas tendencias del Derecho penal económico y de la empresa,* Ara, Lima, 2005, p. 187.

[44] Véase: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel & BACIGALUPO, Silvina. Op. Cit., pp. 13-17.

[45] Como las posiciones de SCHMIDT, WERGET u OTTO en Alemania; en extenso, véase: CERVINI, Raúl & ADRIASOLA, Gabriel. Op. Cit., p. 63.

Según su propuesta restrictiva el Derecho penal económico es el "*conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía*"[46]. Desde esta perspectiva, conforman el objeto de protección del Derecho penal económico los sectores de la economía en los que existe intervención estatal o, en otros términos, el *Derecho penal administrativo económico*.

Esta propuesta, defendida por Miguel BAJO FERNÁNDEZ, autor de la primera obra sistemática en habla hispana destinada al estudio del Derecho penal económico, entiende que un concepto amplio de orden económico impide que el *orden económico* adquiera concreción como bien jurídico.

Ahora, el orden económico en la propuesta restrictiva debe necesariamente hallarse relacionado con la estructura constitucional propia de la idea de *constitución económica*. Justamente en la Constitución política se hallan identificados los intereses jurídicos que deben ser protegidos por el Derecho penal que, en gran medida, resultan ser bienes jurídicos de carácter supraindividual o colectivo[47].

3. Concepto amplio de Derecho penal económico: La posición de TIEDEMANN

El concepto amplio de Derecho penal económico, que goza de aceptación mayoritaria en la doctrina jurídico penal[48], considera que

---

[46] BAJO FERNÁNDEZ, Miguel & BACIGALUPO, Silvina. Op. Cit., p. 13.

[47] BAJO FERNÁNDEZ, Miguel & BACIGALUPO, Silvina. Op. Cit., p. 21.

[48] TIEDEMANN, Klaus. "Derecho penal económico. Introducción y panorama", en: El mismo. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad,* traducción de Manuel Abanto, Idemsa, Lima, 2000, p. 21; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico. Parte general*, p. 35; PÉREZ DEL VALLE, Carlos. "Introducción al Derecho penal económico", en: Bacigalupo, Enrique (Director). *Curso de Derecho penal económico,* Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 22.

la idea de orden económico abarca todos los instrumentos de la vida económica. El Derecho penal económico no solo protege el derecho del Estado de dirigir la economía, sino que comprende la regulación de la producción, fabricación y distribución de bienes económicos. En términos de TIEDEMANN, ideólogo fundamental de esta propuesta, el Derecho penal económico comprende "a todo el conjunto de los delitos relacionados con la actividad económica y dirigidos contra las normas estatales que organizan y protegen la vida económica".[49]

Esto significa que el Derecho penal económico no solo protege el orden económico en tanto intervenga en aquél el Estado mediante su regulación (concepto restringido de Derecho penal económico), sino que la protección se dirige hacia toda la actividad económica.

4. Sobre la conveniencia de adoptar un concepto amplio de Derecho penal económico

No es posible plantear una propuesta de aceptación de un concepto amplio de Derecho penal económico sin previamente superar los cuestionamientos que a aquella tesis se le formulan.

Las críticas al concepto amplio de orden económico giran fundamentalmente en torno a su supuesta imprecisión delimitadora[50], lo que ha llevado incluso a sostener que no existiría forma –dada la amplitud de su contenido– de distinguir entre un delito económico y un clásico delito patrimonial[51]. Sin embargo, quienes sostienen que esta propues-

---

[49] TIEDEMANN, Klaus. *Poder Económico y Delito*, p. 20.

[50] GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte General,* Ara, Lima, 2003, p. 41.

[51] Así: RIGHI, Esteban. *Los delitos económicos,* Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 101. Aunque esta posibilidad partiría del absurdo de desconocer que la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos en el Derecho penal económico son siempre colectivos, mientras en el Derecho penal patrimonial se protegen bienes jurídicos personales; de la misma opinión aquí formulada: TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho penal de la empresa,* Trotta, Madrid, 1995. p. 12; Cercano, CERVINI, Raúl & ADRIASOLA, Gabriel. Op.

ta de identificación del ámbito del Derecho penal económico debe recusarse por su imprecisión conceptual desconocen que se trata, en todo caso, de una crítica aplicable –de modo general– a los *bienes jurídicos colectivos*[52] que, hoy en día, poseen un reconocimiento general por parte de la doctrina[53].

En línea cercana se encuentra la crítica que cuestiona la pretensión subyacente a las tesis amplias de identificar *un bien jurídico lesionado común* en el Derecho penal económico[54]. Esta crítica desconoce la diferencia existente entre bienes jurídicos inmediatos y bienes jurídicos mediatos. En efecto, la doctrina ha reconocido, a través de múltiples variantes teóricas, la necesidad de diferenciar entre bienes jurídicos inmediatos y bienes jurídicos mediatos[55].

El bien jurídico inmediato se encuentra incorporado al respectivo tipo de injusto de la infracción y es el punto de referencia de las funcio-

---

Cit., p. 61; reconociendo el carácter supraindividual de los bienes jurídicos protegidos a través del Derecho penal económico: PEÑA CABRERA, Raúl. "El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al Código penal peruano)", en: *Revista Brasileira de Ciencias Criminais,* Nº 11, Instituto Brasileiro de Ciencias Criminais, San Pablo, 1995, p. 43.

[52] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Perspectivas actuales del Derecho penal económico", en: *Revista Peruana de Ciencias penales*, Nº 1, Lima, 1993, p. 68.

[53] Es más, el propio Bajo Fernández reconoce que el Derecho penal económico en sentido estricto está conformado fundamentalmente por *bienes jurídicos colectivos:* BAJO FERNÁNDEZ, Miguel & BACIGALUPO, Silvina. Op. Cit., p. 21.

[54] JAÉN VALLEJO, Manuel. Op. Cit., p. 187.

[55] La más importante de esas variantes teóricas es probablemente la de Schünemann y su propuesta de *bienes jurídicos intermedios;* véase: SCHÜNEMANN, Bernd. "El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales, de los tipos penales y de su interpretación", en: Hefendehl, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?,* (Trad. María Martín y Mirja Feldmann). Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 197 y ss.

nes atribuidas a dicha categoría, mientras que al bien jurídico mediato corresponden funciones mucho más modestas relacionadas fundamentalmente con la sistematización[56].

Justamente, la propuesta de recurrir al bien jurídico como criterio de delimitación del concepto de Derecho penal económico parte de reconocer al *orden económico* simplemente como *bien jurídico mediato* en las infracciones penal- económicas cumpliendo fines reducidos de mero carácter sistematizador.

De la mano a estas críticas se encuentran aquellos cuestionamientos vinculados a la *tendencia expansiva* que subyace al reconocimiento de un Derecho penal en sentido amplio. Esas críticas carecen de fundamento en tanto la expansión del Derecho penal es un proceso absolutamente normal y, por ello, legítimo, siempre que se mantenga dentro de ciertos márgenes de racionalidad[57]. En esa línea, una rechazo *per se* de la expansión y modernización del Derecho penal es el propuesto por la Escuela de Frankfurt[58].

Pero la opción a favor de un concepto amplio de Derecho penal económico, cuenta con otros argumentos a su favor que van más allá del mero rechazo a las críticas formuladas en su contra. La mayor capacidad de rendimiento del concepto amplio de Derecho penal económico se evidencia desde distintos planos.

En primer lugar, puede señalarse que el concepto amplio de Derecho penal económico responde mejor a una incontestable realidad: Nuestras sociedades son *sociedades de riesgos*[59]. No es posible negar

---

[56] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. Cit., pp. 90-92.

[57] 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, passim.

[58] Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.). *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 2000, passim.

[59] BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad,* Traducción de Jorge Navarro y otros, Paidós, Barcelona, 2006.

hoy en día la relevancia que tiene la actividad económica en la configuración de la sociedad. Los *riesgos* (que en buena cuenta son puestas en peligro de bienes jurídicos) de la moderna *sociedad del riesgo* provienen fundamentalmente de la actividad económica, por lo que una amplitud mayor del concepto de Derecho penal económico se acomoda mejor a las características de la estructura social.

Entender el orden económico en sentido amplio permite además tender hilos conductores entre la dogmática y la criminología. Dado que el ámbito de cobertura del Derecho penal económico se relaciona a la intervención en la actividad económica, es posible relacionarlo con los desarrollos de la criminología que identifican la criminalidad económica con la actividad profesional (crimen económico como *occupational crime*)[60].

Finalmente, el concepto amplio de Derecho penal económico permite un mayor desarrollo de la disciplina jurídica, en tanto siendo más amplio, ha permitido poner en evidencia los efectos de esta clase de criminalidad en las sociedades modernas y el desarrollo de una verdadera dogmática del Derecho penal económico.

5. El concepto de Derecho penal de la empresa y sus distinciones con el Derecho penal económico

Usualmente se suelen utilizar las expresiones *Derecho penal de la empresa* como una suerte de sinónimo del *Derecho penal económico*. Esta sinonimia es absolutamente incorrecta pues aunque ambos son términos cercanos, no expresan lo mismo. El Derecho penal de la empresa es parte del Derecho penal económico[61], lo que permite

---

[60] TIEDEMANN, Klaus. "Derecho penal económico. Introducción y panorama", p. 20; TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. Cit., p. 12.

[61] TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. Cit., p. 11; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. Cit., p. 69; JAÉN VALLEJO, Manuel. Op. Cit., p. 188; CERVINI, Raúl & ADRIASOLA, Gabriel. Op. Cit., p. 55; LÓPEZ MESA, Marcelo & CESANO, José Daniel. Op. Cit., p. 251; implícitamente: SCHÜNEMANN, Bernd. *Delincuencia empresarial: Cuestiones dogmáticas y de política criminal,* traducción de Beatriz Spinola y Margarita Valle, Fabián Di Placido, Buenos Aires, 2004, p. 17.

reconocer que entre ambas categorías existen ciertos elementos en común.

Un primer elemento común entre ambas categorías se halla en la naturaleza de los bienes jurídicos por ellas protegidas. Tanto el Derecho penal de la empresa como el Derecho penal económico protegen bienes jurídicos de carácter universal o colectivo. Este factor permite evitar el riesgo de confundir los delitos comprendidos dentro del Derecho penal de la empresa y el Derecho penal económico de los delitos patrimoniales[62].

El objeto de estudio del Derecho penal de la empresa tampoco puede ser reconocido a partir de factores criminológicos vinculados a la personalidad del agente dado que la estructura empresarial y su organización basada en el sistema de división del trabajo, impide contar con una "base de investigación suficientemente homogénea"[63] que permita resultados confiables.

Por otra parte, el predominio de los mandatos constitucionales previstos en los artículos 2.17 y 2.2 de la vigente Constitución Política del Perú, que otorgan a toda persona el derecho "a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación" así como el derecho "a la igualdad ante la ley", en cuya virtud "Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole", obsta restringir las actividades de índole económico a un determinado sector de la población, lo que obsta emitir un juicio a partir de las características de los sujetos activos.

Tampoco puede sostenerse que el Derecho penal de la empresa sea el conjunto de normas jurídico- penales que regulan la responsabilidad penal de las personas jurídicas o las empresas pues pese al progresivo aumento del reconocimiento dogmático y legislativo de la responsabilidad penal de la propia persona jurídica, en los sistemas jurídicos con-

[62] TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. Cit. p. 12.

[63] TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. Cit. p. 12.

tinentales predomina la vigencia del principio *societas delinquere non potest* (la empresa no tiene capacidad de delinquir).

Ya que el contenido del Derecho penal económico se formuló a partir de la idea del *orden económico,* creemos que el mejor método para identificar lo que debe entenderse por Derecho penal de la empresa es recurrir al concepto de *empresa*.

El concepto "empresa" no debe ser abarcada desde una perspectiva mercantil, sino más bien desde una óptica económica en virtud de la cual sea considerada empresa toda aquella "organización de capital y de trabajo destinada a la producción o a la mediación de bienes y servicios para el mercado"[64], lo que privilegia la orientación hacia la actividad empresarial y deja de lado su aspecto meramente formal (la empresa como persona jurídica). La "empresa", para propósitos de la delimitación de su objeto de estudio, debe entenderse como *unidad económica* orientada por la *finalidad económica*[65].

Desde esta perspectiva podría reconocerse a la criminalidad de empresa como aquella en la que "por medio de una actuación para una empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa"[66], excluyéndose así a la denominada "*Betriebskriminalität*" (criminalidad en la empresa), que es la cometida por los propios integrantes de la empresa en su perjuicio y para la cual funcionarían las reglas propias de los delitos convencionales[67].

---

[64] Citando a SÁNCHEZ CALERO: TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. Cit., p. 13.

[65] SCHÜNEMANN, Bernd. *Delincuencia empresarial: Cuestiones dogmáticas y de política criminal,* pp. 17-18.

[66] SCHÜNEMANN, Bernd. "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", p. 531.

[67] SCHÜNEMANN, Bernd. *Delincuencia empresarial: Cuestiones dogmáticas y de política criminal,* p. 18; MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. Cit., p. 67; TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. Cit., p. 13; LÓPEZ MESA, Marcelo & CESANO, José Daniel. Op. Cit., pp. 252- 253.

CAPÍTULO II
CRIMINOLOGÍA DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO: ETIOLOGÍA DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA, ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DELITO Y CRIMINALIDAD ORGANIZADA.

I. LA PROBLEMÁTICA DE LA ESTIGMATIZACIÓN DEL DELINCUENTE ANTE EL DERECHO PENAL.

Tradicionalmente, los estudios criminológicos, principalmente los realizados por la conocida escuela criminológica positivista italiana, defendida principalmente por LOMBROSO, GARÓFALO y FERRI, cuyas concepciones encontraban su base en factores biológicos, endógenos y ambientales, estimaban que el delincuente no podía ser considerado un ser humano normal, sino una clase especial que en virtud a anomalías orgánicas o físicas representaban, utilizando los términos de FERRI: "a las primitivas razas salvajes, en las que las ideas y los sentimientos morales, si existen, constituyen solo un embrión"[68]. El delito, para la criminología positivista, constituía solo un síntoma, fijando su atención en el delincuente patológicamente predestinado a delinquir[69].

---

[68] Citado por: GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el Estado democrático*, Ediciones de la Universidad Castilla- La Mancha, Cuenca, 1996, p. 37; también en: IDEM. "La Resocialización: Aspectos Problemáticos", en: *Libro de Ponencias del II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, p. 205. No obstante, como bien advierten BRAMONT-ARIAS TORRES y GARCÍA CANTIZANO: "El Derecho penal ya no usa como punto de referencia a las personalidades de los autores, pareciera que los delincuentes no tienen características somáticas o psíquicas que los hagan propensos a cometer delitos"; así en: BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, segunda edición, Editorial San Marcos, Lima, 1996, p. 561.

[69] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al Derecho Penal*, segunda edición, Temis, Bogotá, 1994, p. 192.

Posteriormente, hizo su aparición el planteamiento funcionalista desarrollado por Talcott PARSONS y MERTON sobre la base ideológica de DURKHEIM. Las ideas funcionalistas partían del análisis macroestructural del fenómeno, el objeto de estudio dejaba de ser el individuo para trasladarse al funcionamiento de la sociedad[70].

En virtud al desarrollo funcionalista, el fenómeno criminal aparece como una exteriorización estructural al surgir del propio funcionamiento del sistema social. Así las cosas, cada grupo social produce su propia criminalidad, sin perjuicio de los casos de anomia señalados por DURKHEIM, constituidos por el aumento, a niveles intolerables, de la criminalidad en momentos de crisis[71].

Un cambio de paradigmas se produjo en años posteriores, al hacer su aparición la teoría del "*labelling approach*", conocida también como el "etiquetamiento".

En Derecho penal es afirmación que no admite discusiones la existencia de un "estereotipo criminal", en cuya virtud la concepción del delincuente aceptada por la sociedad se encuentra vinculada íntimamente a las características sociales de la persona y a su nivel cultural-económico.

Según el referido prototipo, el delincuente será: "aquel que fundamentalmente pertenezca a las clases bajas"[72], afirmación que subraya

---

[70] *Ibid*.

[71] *Ibid*.

[72] Citando a FEEST/ BLANKENBURG: BUSTOS RAMÍREZ, Juan / BERGALLI, Roberto. "El control formal: policía y justicia", en: *El pensamiento criminológico II*, Temis, Bogotá, 1983, p. 70. En la misma línea de argumentación, CHRISTIE señala: "en algún lugar hay una selección que significa que nuestras prisiones están abarrotadas de seres humanos pobres, limitados y que sufren. Evaluándolo en base a nuestra población penal, el delito es una actividad del hombre pobre, no puede ser cierto, no es cierto, pero la población penal da probablemente una imagen verdadera de algunas de las desigualdades de mi sociedad, desigualdad muy en contraste con la mitología oficial", en: CHRIS-

la división existente en función a la realidad social del individuo involucrado en problemas de índole criminal[73]. Las distancias sociales influyen en la actuación de las diversas instancias de control de la criminalidad, provocando, como dicen BUSTOS RAMÍREZ y BERGALLI, citando a FEEST/ BLANKENBURG: "chances sociales desiguales para llegar a ser criminal"[74].

Esta afirmación ha sido corroborada, como bien precisa LAMAS PUCCIO: "con la gran cantidad de estudios criminológicos que se han llevado a cabo en los últimos años, que muestran la vinculación existente entre la patología social y altos niveles de criminalidad, particularmente centralizada en los marginales que no disponen de los medios necesarios"[75].

Los factores vinculados al estado socio-económico de la persona (raza, indumentaria, atributos sociales, etc.) resultan ser los más relevantes al momento de determinar el círculo de sospechosos de un hecho criminal[76]. Su utilización se aprecia desde la etapa policial, hecho que resulta trascendente si tenemos en cuenta las falencias del modelo pro-

---

TIE, Nils/ SHOHAM, Shlomo/ FREEMAN, J. (en adelante: CHRISTIE, Nils y otros). "Estereotipo de Delincuente y Estigmatización", en: *Anuario del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Nº 5, 1973, p. 209.

[73] SCHÜNEMANN afirma que tanto la Criminología como la Dogmática penal creyeron ver en la criminalidad de la marginalidad y la miseria "la esencia de la conducta desviada y socialmente nociva"; en: SCHÜNEMANN, Bernd. "La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea, trad. Enrique Peñaranda y Mercedes Pérez", en: Mazuelos Coello, Julio (Comp.). *Derecho penal económico y de la empresa*, San Marcos, Lima, 1996, p. 84.

[74] BUSTOS RAMÍREZ, Juan & BERGALLI, Roberto. Op. Cit., p. 71.

[75] LAMAS PUCCIO, Luis. "Criminalidad económica y política criminal", en: *Revista del Foro,* año LXXXIV, Nº 2, Lima, 1987, p. 157.

[76] Por tal motivo Shlomo SHOHAM señala: "el ciudadano que llama la atención de sus conciudadanos sobre sí mismo, será un sujeto estereotipadamente sospechoso"; en: CHRISTIE, Nils y otros. Op. Cit., p. 249.

cesal peruano que obliga al operador de justicia penal a fundamentar sus pronunciamientos en lo actuado durante la fase prejurisdiccional, contenido en el atestado policial[77]. De esta manera, la llamada "policialización de la investigación del delito"[78], no hace sino acentuar las distancias sociales, lo que motiva que el costo del delito afecte a los más débiles[79].

Los sujetos de condición social pobre aparecen estigmatizados, colocándose sobre ellos la etiqueta de "delincuente", hecho que produce una peligrosa aproximación al Derecho penal de autor, rechazado por la disciplina jurídico-penal moderna[80], en la medida que la intervención del sistema punitivo se fundamenta en patrones referidos a la conduc-

---

[77] HURTADO POZO, José. "Derechos humanos y lucha contra la delincuencia", en: *Themis. Revista de Derecho*, Nº 35, Lima, 1997, p. 173.

[78] ORÉ GUARDIA, Arsenio. "Sobre violencia, justicia y eficacia: el Proyecto del Código procesal penal", en: *Themis. Revista de Derecho*, Nº 32, Lima, 1995. Dicho proceso se consolida con la promulgación del Decreto Legislativo Nº 52 –Ley Orgánica del Ministerio Público– y del Decreto Legislativo Nº 126, el primero otorga al Ministerio Público la función de orientar la investigación policial, vigilando e interviniendo en ella (Art. 9º de la L.O.M.P), mientras el segundo admite la validez probatoria del atestado policial con intervención del Ministerio Público (modificando el Art. 62º del Código de procedimientos penales); sin embargo, como advierte HURTADO POZO: "Las insuficiencias materiales y personales del Ministerio Público, van a impedir, en la práctica, una real y eficaz intervención y vigilancia del Ministerio Público que es la única razón que podrá legitimar al Atestado Policial como elemento probatorio de la responsabilidad"; véase en: HURTADO POZO, José. *El Ministerio Público*, segunda edición, Eddili, Lima, 1984, pp. 102-103.

[79] LAMAS PUCCIO, Luis. Op. Cit., p. 156.

[80] Nuestro Código penal vigente precisa en su Título Preliminar, Artículo VIII, "la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho…", en consecuencia, recusa cualquier tipo de responsabilidad referida a la conducción de vida del autor de la infracción penal, lo que constituye una innovación importante respecto al criterio adoptado por el legislador penal del año 1924 que en dicho Código consideraba la reincidencia como criterio vital en la determinación de la pena aplicable al caso justiciado (Arts. 42, 51.2 y 111 del referido cuerpo de leyes).

ción de vida del imputado[81]; así las cosas, el delito tendrá una naturaleza eminentemente social y definitorial, será el control social el que defina al delincuente[82].

El Derecho penal adquiere así una función instrumental, en tanto sirve como elemento defensor de un sistema de clases sumamente desigual e injusto para las clases sociales menos favorecidas[83]. Este hecho ha sido denunciado por un sector importante de la disciplina criminológica y penal contemporánea, quienes han advertido la profunda vinculación existente entre el poder político, que ostenta la capacidad de definición del delito y, "consecuencialmente –en términos de BUSTOS RAMÍREZ–, de dirigir y organizar"[84] y el poder económico, principal interesado en que esta capacidad de definición sea dirigida contra

---

[81] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "Libertad personal, seguridad pública y sistema penal en la Constitución de 1993", en: *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 1994, p. 11.

[82] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Manual de criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, Espasa Calpe, Madrid, 1988, pp. 583-594.

[83] Así se ha pronunciado BARATTA al afirmar, sobre las teorías del conflicto desarrolladas en función del etiquetamiento social: "las teorías del conflicto sobre la criminalidad someten a cuestionamiento, el principio del interés social del delito natural, poniendo en evidencia que en el origen de los procesos de criminalización primaria (formación de la ley penal) y secundario (aplicación de la ley), no aparecen intereses generales fundamentales para una determinada sociedad o directamente para toda la sociedad civilizada, sino más bien, intereses de los que son portadores los grupos que detentan el poder"; en: BARATTA, Alessandro. "Criminología y dogmática: pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal", en: Mir Puig, Santiago (Ed.). *Política criminal y reforma del Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1982, p. 36.

[84] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Política criminal y Estado", en: *RPCP*, Nº 5, Lima, 1997, p. 129; de la misma opinión: ANIYAR DE CASTRO, Lola. "Sistema penal y sistema social: la criminalización y la decriminalización como funciones de un mismo proceso", en: Prado Saldarriaga, Víctor/ Bojorquez Padilla, Uldarico/ Edgar Solis Camarena, *Derecho penal. Parte general (materiales de enseñanza)*, Grijley, Lima, 1995, p. 43.

las capas menos favorecidas del ente social[85]. En este punto resultan dignas de mención las palabras de Roberto BERGALLI, que no hacen sino ratificar nuestro pensamiento: "se ha producido una ampliación de la cobertura del SP –Sistema Penal– hacia aspiraciones que estaban presentes de manera informal y extendidas de forma masiva en vastos sectores de las sociedades. Semejantes aspiraciones tenían por fin el control del contenido y del desarrollo de posiciones económico-jurídicas dominantes"[86].

El desigual proceso de selección criminal, tan cuestionado por la llamada criminología crítica, se encuentra fuertemente vinculado a las estructuras sociales y los procesos de producción y distribución, los mismos que se corresponden "con las relaciones desiguales de poder y propiedad en la sociedad"[87]. La criminalidad aparece pues como una

---

[85] Así la profesora salmantina Laura ZÚÑIGA ha precisado: "La criminalidad es una definición creada desde el poder para controlar a los sectores más deprimidos de la sociedad"; véase: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal en el Perú?", en: *RPCP*, Nº 5, Lima, 1997, p. 334. En la misma línea de ideas CARO CORIA, al afirmar: "tratándose de ciudadanos marginales, los operadores del Derecho penal dejan sentir todo el 'peso de la ley', los etiqueta, los criminaliza, los vulnera", en: CARO CORIA, Dino Carlos. *La Protección Penal del Ambiente*, Lima, 1995, p. 48. No obstante, en la actualidad ha matizado el tono contestatario con el cual propuso la descriminalización de las infracciones medio ambientales; sobre su postura actual: CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho Penal del Ambiente, delitos y técnicas de tipificación*, Gráfica Horizonte, Lima, 2000, pp. XL y ss.

[86] BERGALLI, Roberto. "La violencia del sistema penal", en: *RPCP*, Nº 5, Lima, 1997, pp. 119-120. La misma línea argumentativa es sostenida por PEÑA CABRERA: "La política criminal y el Derecho penal se endurecen al colaborar en el desarrollo, o por lo menos, en la conservación del orden capitalista", en: PEÑA CABRERA, Raúl. "Política legislativa antiterrorista en el Perú", en: *Debate penal*, Nº 3, Lima, 1987, pp. 377-378.

[87] YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. "Nociones básicas sobre criminología y sistema penal", en: *Separata de Criminología*, Comisión Episcopal de Acción Social, Lima, 1990 p. 5.

especie de "bien negativo" distribuido desequilibradamente, perjudicando siempre a las clases sociales menos favorecidas[88].

La convergencia de intereses de orden político y económico en el proceso de selección y definición criminal, encuentra su más patente manifestación en el ámbito de la distribución de la riqueza. Conforme han observado estudios empíricos[89], la distribución de la riqueza nacional ha sido sumamente desigual. Si observamos la evolución del sistema económico-financiero peruano, contenidas en un estudio realizado por DE LA CRUZ GAMARRA, tendremos que al año 1984, éste se encontraba concentrado en sólo cinco grupos económicos integrados por no más de 25 familias en las que la riqueza nacional se había centralizado. Aunque esta información data de hace aproximadamente treinta años, lo cierto es que la desigual distribución de la riqueza, más que disminuir, ha aumentado, por lo que las conclusiones del estudio de Víctor DE LA CRUZ GAMARRA se mantienen vigentes.

La selectividad por parte del sistema penal aparece de tres maneras, tal como claramente ha precisado ANIYAR DE CASTRO:

1. Se criminalizan conductas que se identifican con la forma de vida de los sectores más deprimidos de la colectividad.
2. Se criminalizan individuos que pertenecen, de manera preferente, a los sectores más empobrecidos.
3. Se utilizan, como forma de criminalización, sanciones de corte estigmatizante. Así la prisión, cuyos efectos deteriorantes son ampliamente reconocidos, aparece como "un elemento de criminalización que funciona en espiral para los miserables"[90].

---

[88] CARO CORIA, Dino Carlos. *La protección penal del ambiente*, p. 60.

[89] DE LA CRUZ GAMARRA, Víctor. "Los delitos socio-económicos en el Proyecto de Código penal peruano de 1990", en: A.A.V.V. *Derecho penal. Libro homenaje a Raúl Peña Cabrera*, primera edición, Ediciones Jurídicas, Lima, 1990, p. 279.

[90] ANIYAR DE CASTRO, Lola. Op. Cit., pp. 45-46.

El ciudadano de un nivel social bajo que se vea envuelto en problemas de naturaleza criminal resultará atrapado en una especie de red de la que le será muy difícil escapar. La intervención punitiva del Estado a partir de una acción policial, iniciada en virtud a patrones que colocan como sospechoso del delito al individuo pobre, constituye para aquel una especie de "círculo vicioso", el denominado "*self fullfilling prophecy*"[91], que se prolonga con el pronunciamiento jurisdiccional, cuyas resoluciones encuentran su fundamento en los actuados a nivel pre-jurisdiccional. Posteriormente, el internamiento del procesado o penado en establecimientos penitenciarios de efectos altamente desocializadores[92], contrarios a la finalidad preventivo especial de la ejecución penal, no hace sino agravar la situación social del individuo que absuelto o condenado e incorporado al grupo social, resulta segregado en mérito al estigma que sobre él pesa.

Es así como inducido el sujeto etiquetado adopta el rol de delincuente asignado, haciéndose más vulnerable frente al proceso de selección criminógena propio del sistema penal.

Nuestras observaciones se reafirman con el análisis de las estadísticas penitenciarias que demuestran que la selección criminógena se dirige, principalmente, a los desposeídos. Entre los años de 1978 y 1997, el porcentaje de internos en los establecimientos penitenciarios del país por delitos contra el patrimonio ha fluctuado entre el 45% (1978) y 34.38% (1997) del número total de internos[93].

---

[91] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Op. Cit., p. 585.

[92] Véase: MUÑOZ CONDE, Francisco. "La prisión como problema: resocialización versus desocialización", en: *Derecho penal y control social*, Jerez, 1985.

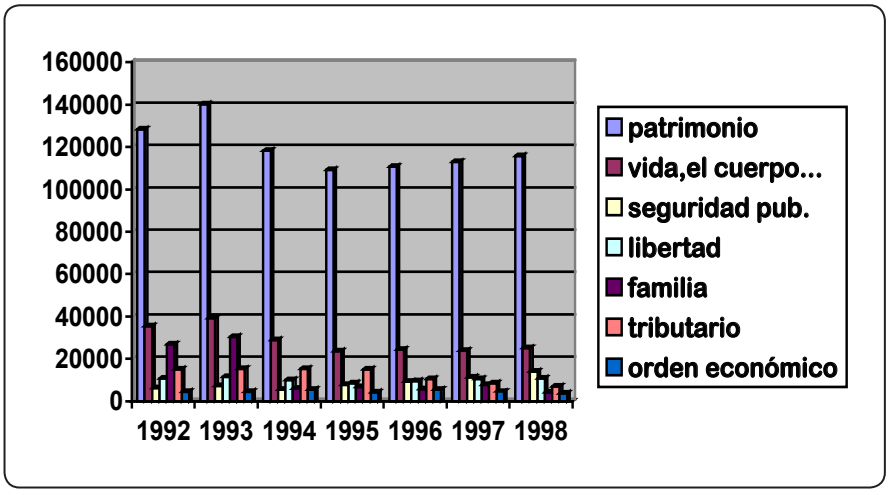
[93] PEDRAZA SIERRA, Wilfredo & MAVILA, Rosa. *Situación actual de la ejecución penal en el Perú. Primera aproximación empírica*, Consejo de Coordinación Judicial, Lima, 1998, pp. 43 y 291; igualmente: PEDRAZA SIERRA, Wilfredo. "Evolución de la población penal nacional entre 1978 y 1988", en: A.A.V.V. *Derecho penal. Libro homenaje a Raúl Peña Cabrera*, pp. 465 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, p. 58; ZAFFARONI, Eugenio Raúl.

Las estadísticas de intervención policial abonan nuestra tesis, durante los años 1992 a 1998, han sido siempre las intervenciones por delitos contra el patrimonio las más constantes.

En el gráfico 1[94] es posible observar, a manera de ejemplo, la diferencia substancial existente entre las intervenciones policiales por delito contra el patrimonio y otras figuras delictivas como los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, los delitos contra la seguridad pública, delitos contra la libertad, delitos contra la familia, delitos tributarios y, finalmente, los delitos contra el orden socio económico.

El gráfico 2 no hará sino mostrar las cifras globales de las intervenciones policiales por delitos durante el periodo 1992-1998, lo que permite observar, de manera más palpable, la incidencia del estado social del sujeto en los procesos de selección criminal.

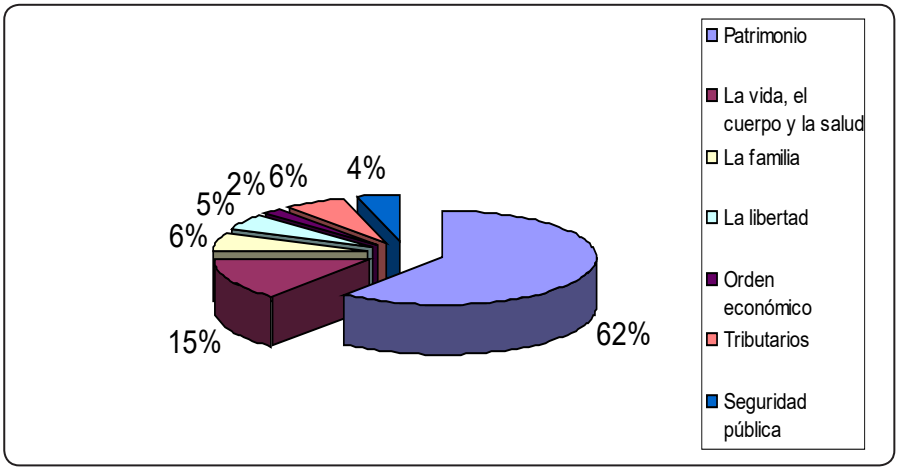
Gráfico1



"La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo", en: *Themis. Revista de Derecho*, Nº 35, Lima, 1997, pp. 179 y ss.

[94] Los gráficos 1 y 2 han sido elaborados sobre la base de la información contenida en la publicación del Instituto Nacional de Estadística e Infor-

Gráfico 2



En España se ha observado también la selectividad con la que ha actuado el sistema penitenciario, en esa línea se han manifestado RÍOS MARTÍN y CABRERA CABRERA, quienes han precisado, respecto al sistema carcelario español: "Esta institución, en su funcionamiento, actúa selectivamente sobre los grupos sociales más carenciales, sobre aquellos que se encuentran alejados de unos niveles mínimos de calidad de vida, y que son, por tanto, más vulnerables social y económicamente"[95].

El fenómeno expresado constituye el reflejo de los procesos de selección criminógena[96] propios del orden latinoamericano, con un plu-

---

mática del Perú (INEI): "*Perú: Estadísticas de violencia y seguridad pública, 1998-1999*", cuya fuente es, en este caso, la estadística proporcionada por la Policía Nacional del Perú.

[95] RÍOS MARTÍN, Julián-Carlos & CABRERA CABRERA, Pedro-José. "La cárcel: descripción de una realidad", en: *Cuadernos de Derecho penitenciario*, N° 5, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, p. 16.

[96] Los procesos de selección criminógena resultan consecuencia de las circunstancias sociales, las mismas que, tal como anota ROXIN, determinan más el "como" que el "si" de la criminalidad: "cuando clases enteras de la población mueren de hambre, aparece una gran criminalidad de la pobreza;

ralismo cultural sumamente marcado[97] y se corresponde con la teoría del *"labelling approach"* (etiquetamiento o reacción social)[98], en cuya virtud la delincuencia aparece "como consecuencia de procesos de atribución de roles a una persona a través de un proceso dinámico de interacción entre el individuo y la sociedad que origina en aquel una autoimagen correspondiente a la que los demás tienen de él"[99].

La teoría del "*labelling approach*" ha aportado, como bien ha subrayado GARCÍA-PABLOS DE MOLINA: "un análisis *realista y dinámico* de la cuestión criminal"[100], a la vez que ha constatado que el paradigma "etiológico" no otorga una base suficientemente sólida en el estudio de la desviación criminal.

---

cuando la mayoría vive en buenas condiciones económicas, se desarrollará una criminalidad del bienestar", en: ROXIN, Claus. "El desarrollo del Derecho penal en el siguiente siglo", en: el mismo. *Dogmática penal y política Criminal*, trad. Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1998, pp. 443 y ss.

[97] MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 153. Sobre el pluralismo jurídico en nuestro país: DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "Pluralismo jurídico: posibilidades, necesidad y límites", en: *RPCP*, Nº 4, Lima, 1994.

[98] Al detalle sobre dicha teoría: BECKER, Gary. *Outsiders: Studies in the sociology of deviance*, New York, 1963; TANNENBAUM, Frank. *Crime and the community*, New York, 1938; ERIKSON, Kai. "Notes of sociology of deviance", en: *Social problems*, Nº 9, 1962, pp. 307 y ss.; LEMERT, Edwin. *Human deviance, social problems and social control*, New York, 1972; en la doctrina nacional: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Introducción a la Criminología*, reimpresión de la primera edición, Grijley, Lima, 2000, pp. 53 y ss.

[99] BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Op. Cit., p. 58; BARATTA, Alessandro. Op. Cit., pp. 35 y ss.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl Op. Cit., pp. 179 y ss.; YON RUESTA, Roger. "Notas sobre la pena de multa en los delitos financieros", en: *Libro de ponencias del II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, pp. 394 y ss.

[100] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Op. Cit., p. 604.

La teoría del etiquetamiento ha mostrado además una importante atención al impacto criminógeno provocado con la reacción social, esto es, los efectos que puede generar en el sujeto de la intervención penal la selección de los órganos de control de la criminalidad, la denominada "desviación secundaria".

Esta desmesurada atención a la "desviación secundaria" ha dejado de lado el análisis que esta teoría podría proporcionar respecto a los procesos propios de la "desviación primaria"[101], resultando de tal forma el punto central de las críticas planteadas sobre la fórmula teórica del "etiquetamiento".

Los cuestionamientos resultan dirigidos principalmente, como hemos advertido, hacia las posturas de corte radical y se centran en su incapacidad para dar respuesta a la cuestión sobre las condiciones de la conducta desviada, pues si entendemos al delito como resultado de una definición, resultaría lógico explicar también el porqué de la inclinación del control social hacia un lado y no hacia el otro[102]. En suma, han sido las insuficiencias para explicar el origen de la desviación uno de los puntos más débiles de la teoría del etiquetamiento.

Ha sido también objeto de enjuiciamientos negativos el excesivo papel que se otorga al carácter definitorial del delito. HASSEMER se ha mostrado crítico en este aspecto y estima que el hecho que la justicia penal se integre al control social no quiere significar que lo conduzca, lo que llevado a ulteriores consecuencias llevaría a confundir "desviación primaria" y "desviación secundaria"[103].

---

[101] *Ibid.*

[102] GIBBS, J. "Conceptions of deviant behavior: The old and the new", en: *Pacific Sociological Review*, N° 9, 1966, pp.11-13; HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho penal*, trad. Francisco Muñoz Conde & Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984, p. 85; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Op. Cit., p. 604.

[103] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Op. Cit., p. 605.

Otra de las críticas a la teoría del etiquetamiento se centra en su aparente correlación con la carrera criminal, muchas carreras criminales se han iniciado, según quienes sostienen esto, sin que el delincuente haya sido en algún momento etiquetado.

En este sentido, MOSER precisa que el etiquetamiento se limita a dar cuenta de una realidad, el etiquetamiento formal puede resultar consecuencia de un etiquetamiento material pretendido por el propio sujeto estereotipado[104]. De ello se deriva que algunos autores como SILBERMAN sostengan que las personas etiquetadas resultan ser en realidad responsables de los delitos que se les atribuyen[105], en consecuencia, el etiquetamiento no hace sino constatar un hecho cierto, cual es la responsabilidad penal del sujeto estigmatizado.

Los críticos a las teorías del etiquetamiento han relativizado los supuestos efectos negativos generados con la estigmatización, en tanto constituyen situaciones no constatables empíricamente. En este punto, debe subrayarse el hecho que los estudios practicados sobre las consecuencias negativas del "*labelling*" se han pronunciado en ambos sentidos, es decir, algunos de ellos han evidenciado la existencia de efectos criminógenos en los sujetos etiquetados, en tanto otros han mostrado lo contrario, esto es, la ausencia de efectos posteriores al proceso de selección criminal[106].

A pesar de las críticas, considero que la teoría del etiquetamiento mantiene en nuestro país plena vigencia en el ámbito de los procesos de criminalización de los delitos tradicionales, principalmente aquellos vinculados al ámbito patrimonial, no obstante, es importante destacar algunos matices en aras de trazar una línea coherente en la aplicación de los procesos de criminalización en nuestro país.

---

[104] MOSER, T. *Jugendkriminalität und Gesellschaftsstruktur*, Frankfurt, 1970, p. 17.

[105] SILBERMAN, Ch. *Criminal violence, criminal justice*, New York, 1978, p. 254.

[106] Detenidamente: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Op. Cit., pp. 606-607.

En principio, debe afirmarse que en virtud a las características del proceso penal peruano, la acción del sistema de justicia penal nacional tiene su punto de partida en la intervención policial que a su vez encuentra su origen en las características sociales del sujeto investigado, sin embargo, aun cuando en muchos casos la situación social de una persona juegue en su contra y los haga objeto de la intervención punitiva estatal, es también cierto que en muchas ocasiones dicha acción persecutoria encuentra un sustento fáctico, en tanto el estigmatizado resulta en realidad culpable de los hechos que se le atribuyen.

No obstante, aun cuando en algunas ocasiones la criminalización secundaria basada en patrones socio-culturales del intervenido, coincida con una realidad fáctica (intervenido = culpable), son muchas las ocasiones en las que la acción criminalizadora tiene como único efecto la estigmatización del agente y la asunción de un rol delincuencial que originalmente no tuvo.

Es por esa razón que los postulados de la criminología crítica han cuestionado la propia existencia del Derecho penal, apostando –los más radicales– por la abolición de la disciplina punitiva, al considerar que el Derecho penal cumple una función definitorial guiada por los intereses de los grupos sociales y económicos más poderosos.

La experiencia en el ámbito de la criminalidad ha constatado una verdad que no admite dudas y es que la delincuencia no es exclusividad de una clase social determinada, sino que existe más allá de las divisiones sociales, por lo que la teoría del etiquetamiento o de la reacción social pierde eficacia, limitándose, como BAJO FERNÁNDEZ señala, al campo de la delincuencia tradicional[107].

Es la existencia de criminalidad en otras clases sociales la que evita justamente la defensa del abolicionismo penal, conforme propugna algún sector de la criminología crítica; "abolición" significa "inacción" frente a los problemas de criminalidad existentes, lo correcto es, según

[107] BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Op. Cit., p. 58.

entendemos, partir de dicha realidad criminológica para luego dotar a la dogmática de los medios adecuados y con los cuales dirigir los lineamientos político-criminales para la eficaz persecución y represión de la delincuencia económica y lograr que dichas desigualdades en los procesos de criminalización desaparezcan gradualmente.

Los estudios iniciados por SUTHERLAND han demostrado la existencia de criminalidad en las clases superiores de la colectividad, por lo que "el delito ya no es más, por tanto, patrimonio de los pobres, sino que atañe a todas las capas existentes de la sociedad"[108], generando que hoy en día el discurso criminológico y jurídico penal haya desviado sus debates hacia este tipo de criminalidad, bajo la denominación de "delincuencia económica". Por tal razón resulta absolutamente válida la afirmación de PÉREZ DEL VALLE cuando señala que "el origen del estudio de la criminalidad económica en relación con la denominada 'delincuencia de cuello blanco' es indiscutible"[109].

II. DELINCUENCIA ECONÓMICA Y ESTEREOTIPOS

Entendiendo que los fenómenos de criminalidad trascienden los límites fijados por la situación social de la persona, trataremos de visualizar, en primer lugar, si los enunciados estereotipos criminales cumplen algún rol en el ámbito de la criminalidad económica y, posteriormente, establecer si el tratamiento que la ley otorga a los delincuentes en materia económica se corresponde con el que se brinda a los sujetos

---

[108] VILADAS JENE, Carlos. "La delincuencia económica", en: *El pensamiento criminológico II*, Temis, Bogotá, 1983, pp. 221 y ss.; LAMAS PUCCIO, Luis. Op. Cit., p. 158. PARENTI y PAGANI nos ilustran señalando: "uno de los fenómenos que caracterizan la nueva evolución de la criminalidad es justamente su progresiva extensión a todas las clases sociales"; en: PARENTI, Francesco & PAGANI, Pier Luigi. *Psicología y delincuencia*, Beta, Buenos Aires, 1970, p. 11.

[109] PÉREZ DEL VALLE, Carlos. "Introducción al Derecho penal económico", en: Bacigalupo Zapater, Enrique (Director). *Curso de Derecho penal económico*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 24.

estereotipados. Para dar respuesta a estas interrogantes remarcaremos algunas características de este tipo de criminalidad para luego someterlas al análisis respectivo.

En el estudio de la denominada criminalidad económica, resulta indispensable mencionar la figura del sociólogo norteamericano SUTHERLAND[110] quien a través de sus ideas revolucionó y modificó las concepciones imperantes. A SUTHERLAND se atribuye el inicio de esta corriente, orientada al estudio de la delincuencia económica, su conocida obra "*White collar crime*" ("delito de cuello blanco") determinó las bases del estudio de la criminalidad de naturaleza económica.

El sociólogo norteamericano, aunque con los antecedentes de ROSS (1907) y MORRIS (1935)[111], fue quien logró demostrar que los fenómenos de criminalidad no incumben únicamente a los sectores sociales menos privilegiados, por el contrario, la barrera divisoria entre las clases pobres y las pudientes ha sido sobradamente superada. Siguiendo a PINATEL, podemos decir que la "existencia de estos delincuentes 'de cuello blanco' confirma que la criminalidad ya no está confinada a las capas desheredadas de la población, sino que se extiende a las capas superiores y medias"[112], en esta línea de ideas, es evidente que el delito aparece también como reflejo de condiciones sociales que pueden ser consideradas favorables[113].

---

[110] Resaltando el papel de SUTHERLAND en el estudio de la criminalidad económica: MUÑOZ CONDE, Francisco. "Cuestiones dogmáticas básicas de los delitos económicos", en: *Revista Penal*, N° 1, Praxis, 1998, p. 67.

[111] Aunque la expresión "white collar crime" fue acuñada por SUTHERLAND, ya antes ROSS y MORRIS, conforme advierte BERGALLI, prestaron atención a esa categoría de delitos del "upper world" ("mundo superior"); al respecto: BERGALLI, Roberto. "Criminología del white collar crime, forma-Estado y proceso de concentración económica", en: *Tribuna Penal*, N° 2, Medellín, 1984, p. 67.

[112] PINATEL, Jean. *La sociedad criminógena*, trad. Luis Rodríguez Ramos, Madrid, 1979, p. 40.

[113] CHRISTIE, Nils y otros. Op. Cit., p. 212.

El delito de cuello blanco es definido por SUTHERLAND como "el delito cometido por una persona de respetabilidad y estatus social alto en el curso de su ocupación"[114].

Será importante tener en cuenta tres elementos saltantes que contiene esta definición: la comisión de un delito, el estatus social superior que ostenta el agente y el aprovechamiento de su profesión con fines delictivos[115].

Conjuntamente con la aparición del término "*white collar crime*" aparecieron conceptos íntimamente relacionados a la expresión propuesta por SUTHERLAND, así destacan la "delincuencia de cuello azul" y la "delincuencia de caballeros".

La delincuencia de "cuello azul", denominada también "delincuencia ocupacional", se refiere a la criminalidad cometida durante el ejercicio de una actividad laboral no profesional. En principio, existe la impresión de similitud entre los conceptos "*white collar*" y "*blue collar*", empero, las divergencias entre ambos conceptos han sido correctamente graficadas por BERGALLI: "las expresiones de white collar (cuello blanco) y blue collar (cuello azul), son utilizadas para denominar a los empleados y trabajadores respectivamente, es decir, en el primero, a los trabajadores no manuales, y, en el segundo, a los trabajadores manuales".

La "delincuencia de caballeros" (*Kavaliersdelikt*) es la categoría referida a la criminalidad cometida por personas de nivel social elevado, aunque el ilícito penal no se vincule a la actividad profesional realizada por el agente.

Por las implicancias económicas que todos estos conceptos poseen, se suele utilizar el término "criminalidad económica" como concepto glo-

---

[114] Citando a Sutherland: VILADAS JENE, Carlos. Op. Cit., p. 222.

[115] BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. "La delincuencia económica desde el punto de vista criminológico", en: Reyna Alfaro, Luis Miguel (Coordinador). *Nuevas tendencias del Derecho penal económico y de la Empresa*, Ara, Lima, 2004.

balizador, comprendiéndose en él no solo aquellos hechos delictivos que se encuentren referidos a la actividad económica, sino que incluye también a aquellas conductas que afecten intereses, patrimoniales o no, capaces de afectar a un grupo más o menos extenso de sujetos pasivos, de allí que se comprenda dentro de esta categoría conceptual a la criminalidad contra el medio ambiente, contra los trabajadores, contra la propiedad intelectual, etc.

III. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DELITO. APUNTES PRELIMINARES

Hace cuarenta años, la Ley sobre penalización del tráfico de heroína en el Estado de Nueva York (EE. UU), entró en vigencia el 10 de setiembre de 1973, que imponía como pena máxima a la venta de una onza o cantidades mayores la cadena perpetua y era aplicable solo a los mayores de diecisiete años.

Uno de los efectos previsibles y buscados con esa medida fue la caída en el número de vendedores y en la oferta de heroína, con el consiguiente aumento de los precios y dificultad de conseguir el producto. Todo ello se logró.

Pero se produjo también efectos indeseados. Las nuevas penas máximas eran iguales a las que podrían imponerse por homicidio a un agente de policía, de forma que la pena adicional –costo adicional– por matar a un policía era cero. De este modo, más traficantes comenzaron a usar armas, aumentando el número de homicidios. Además, como se había creado el incentivo, muchos traficantes comenzaron a usar a menores de edad –de catorce a dieciséis años– en la venta.

Muchos de estos efectos no deseados pudieron evitarse de haberse tenido en cuenta los posibles efectos - sustitución de aquella medida; de haberse aplicado conceptos elementales de análisis económico del derecho.

El efecto sustitución consiste en el desplazamiento de los sujetos a actividades más provechosas o menos costosas o donde los rendimien-

tos sean mayores- como consecuencia de haber cambiado cualquier elemento relevante para su decisión. En política criminal, el cambio de alguna variable en una actividad puede tener consecuencias en otras actividades[116].

Ejemplos como el anteriormente descrito, revelan las múltiples aplicaciones que el análisis económico del derecho ofrece para la evaluación de las decisiones político criminales[117].

La vieja melodía de la crisis fiscal de los Estados latinoamericanos y de los exiguos recursos destinados a la prevención y sanción de la delincuencia, origina un amasijo de problemas[118] que hacen del sistema penal un medio de control social que opera alejándose flagrantemente

---

[116] SANTOS PASTOR, Juan. "Derecho penal. Política criminal y economía. Un intento de generalización", en: *Estudios de derecho penal. En homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa,* Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1986, p. 539.

[117] Tal es el caso del problema de las penas pecuniarias y la compensación a las víctimas, la redistribución de recursos para minimizar el costo social de la criminalidad, el crimen organizado, la economía del sistema judicial, la política de control de drogas, la pena capital, entre otros. Cfr. BECKER, Gary S. "Crimen y Castigo: un enfoque económico", en: *Microeconomía,* Reproducción de Journal of Political Economy, marzo-abril, 1968; BREIT, William & HOCHMAN, Harold. *Interamericana*, traducido por Carlos A. Givogri, México, 1973; cfr. ROBERT, Philippe. "El impacto económico y social del fenómeno criminal", en: *Capítulo Criminológico*, Nº 5. Facultad de Derecho de Zulia, Venezuela, 1977.

[118] Como el aumento de la "cifra negra" o criminalidad oculta, lentitud de los procesos, baja calidad del servicio público, corrupción de sus operadores, escasa accesibilidad de la ciudadanía. Algunos de estos problemas han sido materia de diversos estudios empíricos en nuestro medio, entre ellos destaca la investigación realizada por el Instituto APOYO entre marzo y mayo de 1993, por encargo de la Agencia Internacional para el Desarrollo de los Estados Unidos, cuyas conclusiones están resumidas en el informe titulado "Indicadores Estadísticos. Sistema Judicial", de mayo de este año.

de sus objetivos formales[119], encubriendo un "discurso perverso"[120].

El objetivo de esta parte del capítulo es ofrecer una panorámica de cómo el análisis económico encuentra, en el modelo político criminal de mínima intervención, una alternativa eficiente al problema de la escasez de recursos estatales.

IV. EL MODELO POLÍTICO CRIMINAL DE MÍNIMA INTERVENCIÓN

Este modelo propone reducir la intervención punitiva, limitándola solo para las más graves infracciones contra los bienes jurídicos fundamentales. Una mejor comprensión de sus alcances implica revisar, aunque brevemente, los aportes de la criminología crítica.

1. Criminología crítica y deslegitimación del sistema penal

Desde un perspectiva macrosociológica, la criminología crítica, a partir de la década de los `60 del siglo pasado, viene orientando su trabajo hacia la deslegitimación de los modelos político criminales aplicados por los Estados, develando su ineficiencia en el control de la criminalidad.

1.1. La criminología crítica

Superando los modelos de la criminología positivista o del paradigma etiológico, y de la criminología liberal, el paso a la criminología

---

[119] Nos referimos a los fines de prevención –Artículo 234 párrafo 2º. de la Constitución de 1979 y Artículos I y IX del Título Preliminar del Código Penal– y de reparación a la víctima. Cfr. YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. "El sentido (o sin sentido) del sistema penal. A propósito de la reforma penal", en: *VI Taller sobre Justicia y Derechos Humanos. Materiales de lectura*, Comisión Episcopal de Acción Social, 1992, pp. 127 y ss., para quien la pena solo cumple una función simbólica, deslegitimada y reproductora de desigualdades e injusticias.

[120] ZAFFARONI, Eugénio Raúl. "Un discurso perverso", en: *No Hay Derecho*, Nº 2, Buenos Aires, 1991.

"crítica", "moderna", o de la "reacción social" tuvo lugar sobre la base de las teorías de la criminalidad y de la reacción penal fundamentadas en el labelling approach y las teorías conflictuales[121].

Desde un enfoque macrosociológico, la criminología crítica historiza la realidad de la conducta desviada y evidencia su relación funcional o disfuncional con las estructuras sociales, con el desarrollo de las relaciones de producción y de distribución[122].

De este modo, el proceso de criminalización reproduce las desigualdades del sistema social, en concordancia con determinadas relaciones de poder. El poder para definir que cosa es delito y que no, quien debe ser reprimido y quien no, está desigualmente distribuido; así como los posibilidades de ser etiquetado con el estatus de criminal; lo cual guarda "correspondencia con las relaciones desiguales de poder y propiedad en la sociedad"[123]. La criminalidad es un "bien negativo" distribuido desigualmente según la jerarquía de intereses fijada en el sistema socioeconómico, y según la desigualdad social entre los individuos.

Por ende, la criminología crítica centra su estudio en los mecanismos de control social, insertos en los conflictos de poder y de intereses. Deviene en una teoría de la criminalización, es decir, del proceso de definición de que se entiende por delito, y de asignación de la etiqueta de criminal a determinados sujetos; es teoría crítica y sociológica del sistema penal, de sus agencias, su ideología y sus funciones.

---

[121] BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, 1ª. ed. en español, Siglo XXI Editores, México, 1986, p. 165; PAVARINI, Massimo. *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Siglo XXI Editores, México, 1983, p. 164.

[122] BARATTA, Alessandro. Op.Cit., p. 166.

[123] YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. "Nociones básicas sobre criminología y sistema penal", en: *Separata de criminología*, Nº. 2, Comisión Episcopal de Acción Social. Diciembre de 1999, p. 5.

De este modo, el objeto de análisis de la criminología crítica abarca los procesos de criminalización primaria –producción de normas–, criminalización secundaria –aplicación de normas por los organos de control penal– y ejecución de las penas y medidas de seguridad.

1.2. Características y funciones del sistema penal

Los estudios criminológico-críticos han puesto de relieve la "miseria del sistema de control penal", el cual ha sido caracterizado de modo genérico como sigue[124] :

1.2.1. Es un modelo fragmentario

Del conjunto de formas de violencia, el sistema penal solo selecciona para efectos del control, básicamente las de carácter interpersonal, sin atender las de naturaleza estructural[125].

Así por ejemplo, deja de lado el carácter desigual y conflictivo de las relaciones de clase, de género y étnico culturales; presupone una falsa igualdad y desatiende los conflictos y formas de violencia producidos por estos modos de relación social.

1.2.2. Efectismo

El sistema penal no considera las causas de los problemas que pretende resolver, solo toma en cuenta algunos aspectos de sus manifestaciones finales y externas en relación a actores individuales.

Ello está evidenciado, por ejemplo, con la represión del terrorismo, el narcotráfico y el aborto.

1.2.3. Selectividad

Manifestada en todos los procesos de criminalización, mediante una selección negativa incriminadora de los sujetos con menor poder

[124] Cfr. YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Nociones básicas*, pp. 6 y ss.

[125] BARATTA, Alessandro. Op. Cit., p. 171.

en la sociedad, convirtiéndolos en "chivos expiatorios" del castigo estatal[126]. Ello se aprecia, por ejemplo, a nivel de la criminalización primaria, con la incriminación de problemas sociales como la ocupación de terrenos para viviendas populares (Artículo 202 del CP), o la venta ambulatoria (Artículo 272 del CP).

Existe también una selección positiva que excluye del control punitivo a los poderosos. Varias investigaciones han evidenciado esto en los procesos de criminalización secundaria y de ejecución de la pena, así por ejemplo, todos los condenados de nivel socioeconómico alto y medio son favorecidos con la suspensión de la ejecución de la pena, quedando en libertad bajo reglas de conducta[127]. Esto significa que la población penitenciaria nacional se compone exclusivamente por ciudadanos o "clientes" de nivel socioeconómico bajo y muy bajo.

Presenciamos un sistema penal que opera desigualmente, en contra de ciertas personas más que contra determinados actos[128].

1.2.4. Excluye alternativas de solución real de los conflictos

El modelo de "tutela penal" es incapaz de contemplar respuestas sociales y políticas que puedan resolver los problemas de fondo[129].

Asimismo, al aceptar solo la alternativa punitiva, excluye las posibilidades terapéuticas, conciliatorias y reparatorias[130]. No resuelve conflictos, y los agrava al expropiárselo a las partes, desprotegiendo a la víctima y victimizando al inculpado.

---

[126] BARATTA, Alessandro. Op. Cit., pp. 171-175.

[127] FUENTE: Apoyo, 1993.

[128] Esto revela que al margen del discurso oficial, existe una práctica constitutiva de un "sistema penal de autor".

[129] YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. "El sentido", p. 130.

[130] HULSMAN, Louk & BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*, 1ª. ed, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 88-90.

1.2.5. Incapacidad de prevenir el daño social

La investigaciones sociológicas han demostrado que las funciones instrumentales del sistema –teorías utilitarias de la pena: prevención general positiva y negativa, y prevención especial positiva y negativa–, no se verifican a nivel de la realidad social, y que por el contrario han sido falseadas, el sistema no resocializa ni intimida, a cambio estigmatiza creando carreras criminales en los prisionizados.

1.2.6. Incapacidad de proteger contra el daño social

La ilusión de la tutela penal hace creer a la sociedad que con la sola tipificación delictiva esta se halla verdaderamente protegida. Así, el Estado y la sociedad se eximen de una intervención realmente resolutoria en el plano político-social. Ello solo da lugar a un reforzamiento ideológico de determinados valores, en quienes ya concuerdan con el sistema, cumpliendo una mera función simbólica, generadora de mayor indefensión ciudadana[131].

1.2.7. Distorsión en la percepción del daño social

Al hacer creer que solo son relevantes los hechos que tipifica, marginando de su intervención verdaderas conductas lesivas de bienes jurídicos fundamentales, como el caso de las múltiples formas encubiertas de discriminación.

1.2.8. Intervención como agencia de violencia "legitimada"

La dañosidad del sistema penal puede ser directamente generada por sus elementos operativos (corrupción, abuso de autoridad, entre otros) o derivada de la tipificación penal (mercados ilegales donde los consumidores devienen en víctimas: narcotráfico y aborto).

---

[131] HASSEMER, Winfried. "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en: *Nuevo Foro Penal*, Nº 51, Temis, Bogotá, 1991, pp. 17 y ss.

2. Modelos político-criminales alternativos

Frente a la deslegitimación del sistema penal, se han consolidado tres tendencias en la discusión sobre el Derecho penal y la política criminal al interior de la criminología crítica: el Neorrealismo de Izquierda, la Teoría del Derecho penal mínimo y el Abolicionismo[132], todos caracterizados por el intento de superar las limitaciones del modelo objeto de la crítica.

2.1. El Neorrealismo de Izquierda

Esta corriente toma su nombre de "realismo" para contraponerse al "idealismo" en que habría incurrido la criminología crítica. Se denomina "de izquierda" para distinguirse del movimiento "Realista de Derecha", que en Estados Unidos e Inglaterra, a principios de los 80 del siglo pasado, exigía mayor represión contra la clase obrera y las minorías étnicas.

Los neorrealistas proponen "tomar en serio el delito". Para ello, la criminología debería regresar a ocuparse de la etiología del delito, dando prioridad a los estudios victimológicos. En el plano pragmático, proponen replantear la relación entre la sociedad y la policía y crear una organización de la comunidad con el objeto de contribuir al enfrentamiento del delito. Asimismo, proponen una línea reduccionista en la política criminal, consistente en descriminalizar ciertas conductas e incriminar otras.

2.2. El Derecho penal mínimo

Se ha desarrollado básicamente en Europa del Sur y en América Latina, no siendo posible encontrar un único modelo de Derecho penal mínimo. En su fundamentación se aprecian razones utilitarias[133], su

---

[132] MARTÍNEZ S., Mauricio. *¿Qué pasa en la criminología moderna?,* 1ª. ed, Temis, Bogotá, 1999, pp. 1 y ss.

[133] Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *El derecho penal mínimo*, Madrid, 1986 (*Diritto e Ragione*, Bari, 1989). Para este autor, el derecho penal mínimo cumple una función instrumental, es la "ley del más débil".

consideración como un programa hacia la abolición[134] y su calificación como límite a la violencia punitiva, mientras exista[135].

La característica central de estas propuestas radica en el reconocimiento de algunas funciones del sistema penal, que ante el fracaso de las formas de control social "extrapenales", se convirte en la "ultima ratio" o última instancia del control formal.

2.3. El Abolicionismo del Derecho penal

Esta corriente, desarrollada principalmente en el Norte de Europa, considera que el control penal ha fracasado en todos sus niveles, por lo que propone abolir las cárceles y el Derecho penal y sustituir dichos instrumentos con intervenciones comunitarias e institucionales alternativas[136].

Una de las diversas tendencias que en su interior se ha desarrollado, fundamenta la abolición en rigorismos morales que rechazan el sufrimiento de la pena[137]. Otra tendencia rechaza la intervención del Estado y la colonización ejercida por el Derecho penal, reivindicando los valores de las sociedades primitivas que privilegian las soluciones privadas[138]. Por último, también se ha fundamentado la abolición, desde un análisis materialista de la sociedad, en el ámbito de las acciones políticas de las clases subalternas[139].

---

[134] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Afa, Lima, 1989.

[135] Cfr. BARATTA, Alessandro. Op. Cit., pp. 223-241; ÍDEM. "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", en: *Nuevo Foro Penal*, No. 34, Temis, Bogotá, 1986, pp. 421 y ss.

[136] Para una visión general: Cfr. FOUCAULT, Michael. *Vigilar y castigar*, 16ª. ed., Siglo XXI Editores, México, 1989.

[137] CHRISTIE, Nils. *Los límites del dolor*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.

[138] HULSMAN, Louk & BERNAT DE CELIS, Jacqueline. Op. Cit., passim.

[139] MATHIESEN, Thomas. "The politics of abolition", en: *Contemporary Crisis*, Nº 10, pp. 371-421.

3. Toma de posición: la opción del Derecho penal mínimo

La vuelta hacia el paradigma etiológico[140] por parte del Neorrealismo de Izquierda, entre otras razones, niega la viabilidad de esta propuesta en la construcción de un modelo garantista.

A su vez, la creencia ciudadana en la función de la cárcel y del sistema penal[141], impide la ejecución de la propuesta abolicionista[142] en el corto plazo[143], reforzando el simbolismo y el "statu quo".

Tal como ha señalado una criminóloga nacional, "no podemos obviar la existencia actual del sistema penal y, sin relegitimarlo, creemos que se trata de usar alternativamente las herramientas que brinda el derecho penal garantista, para reducir la violencia del propio sistema"[144].

Consideramos que ello puede lograrse a través de los postulados del Derecho penal mínimo, como propuesta racionalizadora de la violencia punitiva del Estado que, mediante el favorecimiento de los mecanismos de control extra-penales en la solución de los conflictos, reserva la inter-

---

[140] Que fundamenta el modelo positivista deslegitimado por la criminología crítica.

[141] Aunque sea como medio de venganza privada o de retribución.

[142] Nos basta esta razón de carácter pragmático, por lo que hemos preferido no abordar los problemas filosóficos, sociológicos y políticos que subyacen a esta discusión.

[143] Dicha creencia ciudadana se evidencia en debates como el generado tras la vigencia del D.S. 017-90-JUS, que autorizaba al Poder Ejecutivo indultar a los procesados encarcelados. Opinión bastante generalizada era la de aquellos que afirmaban que la excarcelación propuesta iba a traer como consecuencia inevitable un gran aumento en los índices de la delincuencia (Cfr. los diarios "La República" y "El Comercio" de la época), por lo que se generó un clima de inseguridad ante esta fórmula despenalizadora. Como podrá también recordarse, nada de lo afirmado sucedió.
La opinión pública favorable a la cadena perpetua y a la pena de muerte para los casos de terrorismo, son también ejemplos de la sensación de seguridad ciudadana generada por el sistema penal.

[144] YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. "El sentido", p. 136.

vención penal para las más graves infracciones contra los bienes jurídicos esenciales.

V. LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y EL PODER ECONÓMICO

Si tenemos que el objeto fundamental de estudio de la Criminología es el comportamiento delictivo[145] y las causas que lo explican[146], se encuentra plenamente justificada la inclusión de este apartado sobre *la criminalidad organizada y el poder económico* en el presente acápite dedicado a *la criminología del Derecho penal económico*.

En doctrina y también en jurisprudencia es posible encontrar innumerables conceptos y definiciones acerca del contenido de la criminalidad organizada.

Así, para el profesor alemán Wilfried BOTTKE: "Criminalidad organizada significa la criminalidad de varios miembros de la sociedad, que más que para un hecho concreto, se asocian generalmente por tiempo indeterminado y organizan su actividad criminal como si fuera un proyecto empresarial. La criminalidad que produce beneficios es la criminalidad organizada 'industrial'"[147].

Esta definición, como bien ha dicho FERRE OLIVÉ, resulta sumamente útil en la medida que identifica la criminalidad organizada con una real empresa en funcionamiento, lo que supone un determinado nivel de organización, medios materiales y humanos y la clandestinidad, al menos parcial, de sus actividades[148].

---

[145] Al respecto: GARRIDO GENOVES, Vicente/ STANGELAND, Per/ REDONDO ILLESCAS, Santiago. *Principios de Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 48 y ss.

[146] SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Introducción a la Criminología*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 23.

[147] BOTTKE, Wilfried. "Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania", traducción de Soledad Arroyo y Teresa Aguado, en: *Revista Penal*, N° 2, Praxis, Barcelona, 1998, p. 02.

[148] FERRE OLIVÉ, Juan Carlos. "Blanqueo de capitales y criminalidad organizada", en: Ferre Olivé, Juan Carlos & Anarte Borrallo, Enrique (coords.).

El Tribunal Supremo español ha ofrecido también una definición, al señalar, en sentencia de 19 de enero de 1995, que estamos ante una organización criminal cuando: "los autores hayan actuado dentro de una estructura caracterizada por un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazos que asegura la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas integrantes de la organización y que dificulten de manera extraordinaria la persecución de los delitos cometidos, aumentando, al mismo tiempo el daño posible causado. La existencia de la organización no depende del número de personas que la integren aunque ello estará condicionado naturalmente, por las características del plan delictivo. Lo decisivo es precisamente, esta posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una *empresa criminal*"[149].

Sin embargo, como bien ha puesto de manifiesto ROXIN, el fenómeno delictivo que supone la "criminalidad organizada" no ha sido aún correctamente identificado, motivo por el cual afirma: "por el momento no existe un concepto de criminalidad organizada jurídicamente claro con una mínima capacidad de consenso. Tan solo disponemos de heterogéneas descripciones de un fenómeno que hasta ahora no ha sido abarcado con precisión"[150].

La apreciación hecha por ROXIN es sumamente acertada y nos llevan a considerar –en el actual estado de la discusión– la indeterminabilidad del contenido de la *criminalidad organizada*[151].

Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos, Universidad de Huelva, 1999; remarca también el carácter de "empresa" criminal: GARCÍA RIVAS, Nicolás. "Criminalidad organizada y tráfico de drogas", en: *Revista Penal*, N° 2, Praxis, Barcelona, 1998, p. 23.

[149] FERRE OLIVÉ, Juan Carlos. "Blanqueo de capitales y criminalidad organizada", passim.

[150] ROXIN, Claus. "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", en: *Revista Penal*, Nº 2, Universidad de Salamanca, 1998, p. 65.

[151] En este sentido: GARCÍA RIVAS, Nicolás. Op. Cit., p. 23; implícitamente:

En esta materia –como ha puesto de manifiesto GONZÁLEZ RUS– los autores no han ido más allá de insistir en la importancia y gravedad de la cuestión, describir las notas características de la criminalidad organizada, recoger las aportaciones más significativas de la producción penal de otros países y hacer eco de las definiciones y propuestas de convenios y acuerdos internacionales, en términos genéricos, sin mayores aportaciones[152].

No obstante, creemos que a pesar de la indeterminabilidad del contenido de la *criminalidad organizada*, si es posible –al menos– tratar de identificar cuáles son sus principales notas distintivas, de cara a establecer un punto de partida para la conceptualización del fenómeno.

1. Características de la criminalidad organizada

a) *Carácter colectivo de la criminalidad organizada*.- La nota más identificadora del fenómeno de la criminalidad organizada es probablemente su carácter colectivo, en la medida que supone la existencia de una estructura plurisubjetiva[153].

b) *Ausencia de vinculación a determinados bienes jurídicos*.- La criminalidad organizada supone la afectación de multiplicidad de bienes jurídicos, la variedad de manifestaciones que tiene

---

ANARTE BORRALLO, Enrique. "Criminalidad Organizada: España", en: *Revista Penal*, N° 2, Praxis, Barcelona, 1998, p. 98.

[152] En ese sentido: GONZÁLEZ RUS, Juan José. "Asociación para delinquir y criminalidad organizada (sobre la propuesta de desaparición del delito basada en una peculiar interpretación de la STS de 23 de octubre de 1997 – Caso Filesa)", en: *Actualidad Penal*. Revista Técnico- Jurídica de Derecho penal, N° 27, La Ley, Madrid, 2000; igualmente: PRADO SALDARRIAGA, Víctor. "Criminalidad organizada: Perú", en: *Revista Penal*, N° 2, Praxis, Barcelona, 1998, p. 113.

[153] Destacan esta característica como "básica": CABALLERO BRUN, Felipe. "Criminalidad organizada: Chile", en: *Revista Penal*, N° 2, Praxis, Barcelona, 1998, p. 85; PÉREZ PINZÓN, Alvaro. "Criminalidad organizada: Colombia", en: *Revista Penal*, N° 2, Praxis, Barcelona, 1998, p. 88.

la criminalidad organizada hace también sumamente variable los intereses jurídicos afectados pues –como bien indica Luis Fernando NIÑO- "Ni siquiera la extendida lógica del provecho pecuniario es pauta valedera para brindar homogeneidad a este polifacético fenómeno"[154].

c) *Vinculación de la criminalidad organizada con la corrupción política*.- Otra de las características de la criminalidad organizada más destacada por la doctrina es *la vinculación de este fenómeno con la corrupción política* como medio a través del cual funcionan estas organizaciones criminales[155]. Es que muchas de las actividades propias del crimen organizado solo pueden producirse si existe un poder político encubridor e incluso cómplice de la actividad delincuencial que desarrollan.

VI. CRIMINALIDAD ECONÓMICA E IMPUNIDAD

El desarrollo e importancia adquiridos por la actividad económica en las sociedades modernas ha incidido en la aparición de un catálogo de nuevas formas delictivas, de complejidad extrema y cuya lesividad social aparece sumamente aguda[156], razón por la cual los parámetros

---

[154] NIÑO, Luis Fernando. "Criminalidad organizada: Argentina", en: *Revista Penal*, N° 2, Praxis, Barcelona, 1998, p. 81.

[155] GARCÍA RIVAS, Nicolás. Op. Cit., p. 23; CABALLERO BRUN, Felipe. Op. Cit., p. 85; PEREIRA SCHURMANN, Jorge. "Criminalidad organizada: Uruguay", en: *Revista Penal*, N° 2, Praxis, Barcelona, 1998, p.118; CRUZ CASTRO, Fernando. "Criminalidad organizada: ILANUD", en: *Revista Penal*, N° 2, Praxis, Barcelona, 1998, p. 120.

[156] Un claro ejemplo de la incidencia de este tipo de criminalidad lo podemos observar en la obra de Jean PINATEL quien, analizando el problema de la criminalidad en Francia, detalla el "affaire" Stavisky. Sacha Stavisky, un oscuro personaje de la Francia de los años 20's y 30's, quien al frente de la sociedad de establecimientos "Alex", dedicada a la joyería y las obras de arte, luego de una serie de argucias en el ámbito de los negocios, encubierto por conocidos personajes públicos, fracasa en sus operaciones fraudulentas, siendo por ello procesado. Ante la proximidad de su ruina, Stavisky se suicida, originando un escándalo financiero que provocó mo-

establecidos por el derecho punitivo resultan en extremo opuestos a los lineamientos aplicados por la ciencia penal convencional[157].

En este ámbito de la disciplina jurídico penal es posible apreciar un alto nivel de impunidad. Son muchas las causas de dicho fenómeno, pese a ello, cabe destacar como una de las principales la aparición de nuevas tecnologías que han generado a su vez la formación de nuevas manifestaciones la criminalidad no comprendidas muchas de ellas en el ordenamiento penal sustantivo[158], propiciando grandes dificultades probatorias y de persecución penal lo que ha provocando que un amplio margen de estas conductas quede impune.

Al respecto, acertadamente señala ZAFFARONI: "el impacto de la explosión tecnológica es un problema que la política criminal conoce sobradamente. La técnica siempre es un arma y cada avance fue explotado criminalmente, en forma tal que siempre el criminal esta más tecnificado que la prevención del crimen"[159], es por ello que la normativa vigente en materia penal resulta insuficiente, no solo para los actuales cambios sociales, sino para alcanzar el ritmo evolutivo de la técnica[160]. Sin embargo, este factor de impunidad, como vemos, tiene su origen en la propia "naturaleza de las cosas" y en el cual el papel del Derecho penal se ve sumamente limitado.

---

tines en diversas ciudades francesas y una ola de suicidios en dicho país, situación que alcanzó su punto culminante el 20 de enero de 1934, día en que el cuerpo del consejero Prince, antiguo jefe de la sección financiera del Ministerio Fiscal de la Seine, fue hallado sin vida, víctima de un suicidio; véase: PINATEL, Jean. Op. Cit., pp. 53-57.

[157] PARENTI, Francesco & PAGANI, Pier Luigi. Op. Cit., p. 07.

[158] JESCHECK, Hans-Heinrich. "Origen, métodos y resultados de la Reforma del Derecho penal alemán", en: *ADPCP*, Madrid, 1976, p. 05.

[159] ZAFFARONI, Eugenio. "Consideraciones político-criminales sobre la tutela de los Derechos de Autor", en: el mismo. *Política criminal latinoamericana/ perspectivas y disyuntivas*, Hammurabi, Buenos Aires, p. 133.

[160] FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín. "Delincuencia comercial y delincuencia de cuello blanco. Consideraciones especiales sobre esta delincuencia y factores que la motivan", en: *Gaceta Jurídica*, Nº 25, Lima, 1996, p. 57-A.

En nuestro país cabe destacar que los problemas de impunidad propios de la delincuencia económica y relacionados al proceso de criminalización primaria (formación de la ley penal), han sido en cierta forma superados con la reforma penal de 1991, pues gran parte de las innovaciones realizadas en el denominado Código BRAMONT se refieren a la represión de estas conductas, así el legislador peruano, en la exposición de motivos del texto penal precisa: "La Ley penal no podía permanecer insensible ante la evolución y complejidad de la actividad económica entendida como un orden".

Otro factor de impunidad en el ámbito de la criminalidad económica se vincula a la posición socio-económica de los agentes, ante ellos el control penal aparece ineficiente, pues otorga privilegios que vulneran el principio constitucional de igualdad ante la ley[161], mediante el tratamiento normativo, la imposición y la aplicación de la pena, apreciándose la pasividad de los operadores de justicia penal ante este tipo de personas.

Esta situación ha sido advertida claramente por PINATEL cuando, comentando la situación existente en Gran Bretaña, subraya el tratamiento diferenciado que reciben, por ejemplo, los menores infractores. Cuando estos pertenecen a instituciones educativas privadas de renombre, se privilegian las soluciones de índole privado, como el resarcimiento de las víctimas; por el contrario, si los infractores pertenecen a instituciones propias de las clases sociales menos favorecidas, se recurre inmediatamente a los tribunales de justicia penal[162].

La gran capacidad económica otorga a estos sujetos la posibilidad de participar y activar el sistema de corrupción existente en nuestro

---

[161] Constitución Política del Perú:
"Art. 2: Toda persona tiene derecho:
2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole".

[162] PINATEL, Jean. Op. Cit., p. 45.

aparato jurisdiccional, en todas sus ramas y jerarquías[163]. Abona a ello la idea colectiva generalizada sobre estos individuos, hecho que provoca que sus actividades ilícitas no tengan impacto ni generen reacción social en su contra[164] y que facilita incluso la propia comisión de los delitos[165]. Esta sensación de no-peligrosidad de los delincuentes económicos se debe, en gran medida, a la actuación de los medios de comunicación, al presentar al infractor normativo en materia económica, no como un delincuente sino solo, guiándonos de palabras de GARCÍA y LLERENA, como "personas que han sucumbido a las exigencias de una lucha por la competencia"[166].

La impunidad vinculada a la capacidad económica del delincuente se encuentra vinculada, no a la ya referida "naturaleza de las cosas", sino más bien a la "naturaleza de nuestra sociedad".

Estas son las razones que han llevado al profesor alemán Klaus TIEDEMANN a afirmar que existen "delincuentes" que quedan fuera del alcance de la ley, en virtud a que el ejercicio del poder de definición del delito va dirigido, por la naturaleza de las materias que pretende regular o por la naturaleza social, esencialmente contra aquellos sujetos que carecen de capacidad para influenciar a las instituciones encargadas de los procesos de criminalización (primaria y secundaria)[167].

---

[163] Una situación que, por cierto, no resulta generalizada pero que subsiste en el interior de la administración de justicia peruana.

[164] SAN MARTÍN LARRINOA, Begoña. "Derecho penal económico y delito tributario", en: Mazuelos Coello, Julio (Comp.), Op. Cit., p. 187.

[165] VALDIVIA CHALCO, Rubén. "Perfil criminológico del delincuente económico", en: *Revista Peruana de Derecho. El Jurista,* N° 3, Lima, 1991, p. 22.

[166] GARCÍA, Luis & LLERENA, Patricia. *Criminalidad de empresa*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1990, p. 13.

[167] TIEDEMANN, Klaus. "Delito y abuso de poder", trad. Ana María Spinelli, en: el mismo. *Temas de Derecho penal económico y ambiental*, Idemsa, Lima, 1999, p. 242 y ss.

Esta capacidad de influenciar al legislador, es posible, según TIEDEMANN, debido a que el "delincuente fuera del alcance de la ley" impide al legislador penal la criminalización de determinadas conductas sobre la base del "poder social" que ostenta, dominio que el propio TIEDEMANN define como "la posibilidad de realizar su propia voluntad aun en contra de la resistencia de los otros participantes en la acción social"[168]. En el caso alemán, la influencia del poder social de los "delincuentes fuera del alcance de la ley" en la formación de la ley penal se ha manifestado en la impunidad de los "ententes" (entendimientos de adjudicación), limitándose su represión al ámbito de lo administrativo sancionador[169].

En el ámbito de los procesos de criminalización secundaria, Klaus TIEDEMANN estima que las dificultades de persecución penal se relacionan a la influencia corruptora que ejercen los "delincuentes fuera del alcance de la ley", en la posibilidad de acceder a defensa judicial de mayor nivel y, principalmente, en la complejidad de las materias que el Derecho penal pretende regular, así es que en el ámbito del derecho fiscal, derecho de quiebras, derecho societario, etc., las garantías se transforman en obstáculos para la obtención de la verdad material[170].

---

[168] TIEDEMANN, Klaus. "Delito y abuso de poder", pp. 239-240; en la misma línea: BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, cuarta edición aumentada y actualizada, p. 397 y ss.

[169] TIEDEMANN, Klaus. "Delito y abuso de poder", p. 242.

[170] *Ibid*., p. 244-245.

Capítulo III
EL PROGRAMA PENAL ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Desde ya hace algún tiempo, los penalistas han venido remarcando la influencia que la Constitución ha ejercido sobre el Derecho penal[171], no resulta raro que se hable, como lo hace ARROYO ZAPATERO, de un "Programa penal de la Constitución"[172], DE LA CUESTA AGUADO, de una "Constitución en negativo"[173] o, como se afirma en Francia, que los principios penales configuren un "Derecho Constitucional penal"[174].

---

[171] Ello, como FERNÁNDEZ SEGADO anota, debido a que la Constitución contiene el modelo de formación y manifestación del Estado; así, en: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Aproximación a la ciencia del Derecho Constitucional (su concepto, bimensionalidad, vertiente valorativa, contenido y método)*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1995, p. 210.

[172] De esta manera denomina ARROYO ZAPATERO al conjunto de postulados político criminales derivados de la Constitución. Con mayor detalle en: ARROYO ZAPATERO, Luis. "Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución", en: *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, N° 1, p. 101.

[173] Evidentemente influenciada por la exposición de motivos del Código penal español de 1995 que lo califica como "Constitución negativa"; al respecto: DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz-Tirant lo Blanch, segunda edición, Valencia, 1999, p. 55.

[174] BARBERO SANTOS, Marino. "Estado constitucional de Derecho y sistema penal", en: *Actualidad Penal. Revista Semanal Técnico- Jurídica de Derecho Penal*, año XXIX, Nº 29, Julio, 2000.

Tal ascendencia resulta evidente en la medida que la carta fundamental contiene principios de carácter general y que resultan además vinculantes, tanto para el legislador como para los tribunales, en la conformación del ordenamiento jurídico[175], lo que ha sido bien remarcado por Franco BRICOLA al señalar que la relación entre las leyes penales y las normas constitucionales es un capítulo fundamental de la ciencia del Derecho penal en las que resulta indispensable profundizar[176].

Las directrices constitucionales han marcado su influencia, tanto en los procesos de criminalización primaria, es decir, en la formación de la ley penal, como en los de criminalización secundaria, destinados a la aplicación de la misma.

En cuanto al ámbito de los procesos de criminalización primaria, resulta por demás evidente que el marco constitucional se ha constituido en uno de los bastiones más sólidos sobre el cual se ha elaborado parte importante de la doctrina del Derecho penal que se ha avocado a la determinación del contenido material del bien jurídico, nos referimos específicamente a aquel sector doctrinal que adopta una postura de índole constitucional (estricto o extenso) sobre dicha categoría[177],

---

[175] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ ARROYO ZAPATERO, Luis/ GARCÍA RIVAS, Nicolás/ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos & SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón. *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Praxis, Barcelona, 1996; igualmente: SERRANO- PIEDECASAS, José Ramón. *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, Gráfica Horizonte, Lima, 1999, p. 87.

[176] Citado por: REBOLLO VARGAS, Rafael. "Notas y consecuencias de una lectura constitucional del bien jurídico protegido en el T. XIX, L. II, del Código penal español (Delitos contra la administración pública)", en: Nieto Martín, Adán (Coord.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, volumen II, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/ Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 553.

[177] En la doctrina española: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Honor y libertad de expresión. Las causas de justificación en los delitos contra el honor*, Tecnos, 1987, pp. 15-16; ÍDEM. "El contenido del tipo del injusto" y "reflexiones sobre la problemática del bien jurídico", ambos en:

que se erige así como límite fundamental de la intervención punitiva del Estado[178].

No obstante, si bien la carta fundamental constituye un marco referencial obligado para el legislador penal, ello no significa que solo los intereses resguardados en dicha sede resulten susceptibles de tutela penal, el bien jurídico penal debe ser proveído de un contenido material más preciso y que subraye su carácter garantista. En este sentido, resulta preferible optar por una propuesta de índole sociológico-interaccionista, de mayor eficacia político criminal y a todas luces más seguro[179].

Temas de Derecho penal, Cultural Cuzco, Lima, 1993, pp. 5 y ss. y 54-55, respectivamente; GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el Estado democrático*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, p. 46 y ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. "Bien jurídico y Constitución", en: *Cuadernos de Política Criminal,* N° 43, Edersa, Madrid, 1991, p. 20; GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría)*, Fundación Juan March, Serie Universitaria 201, Madrid, 1983, p. 23; ESCRIVA GREGORI, José. "Algunas consideraciones sobre Derecho penal y Constitución", en: *Papers*, N° 13, Departamento de Sociología de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1980, pp. 141 y ss.; en la doctrina peruana, solo: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, Idemsa, Lima, 1997, p. 71; ÍDEM. *El Derecho de la libre competencia*, San Marcos, Lima, 1997, p. 25; FIGUEROA NAVARRO, Aldo. "El ambiente como bien jurídico en la Constitución de 1993", en: *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 1995.

[178] En virtud al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, derivado del modelo de Estado social y democrático de Derecho que en sede constitucional adoptan España y Perú.

[179] Sobre la concepción que adoptamos: REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Los delitos informáticos. Aspectos criminológicos, dogmáticos y de política criminal*, Jurista, Lima, 2002, pp. 225-226; IDEM. "Reflexiones sobre el contenido material del bien jurídico penal y la protección de bienes jurídicos colectivos", en: *Revista Jurídica del Perú*, año LI, N° 18, Normas Legales, Trujillo, 2001, pp. 187 y ss.; ÍDEM. "Sobre el contenido material del bien -jurídico penal", en: *Revista da Associaçao Mineira de Estudos da Justiça Criminal-Estudos Jurídicos Homenagen ao promotor Cléber José Rodrigues*, Nº 1, año 1, Minas Gerais, 2000, pp. 14 y ss.; MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal*

De allí que la Constitución, a nuestro entender, establezca solo lineamientos genéricos, coordenadas, dentro de cuyos límites debe actuar el legislador, no tratándose pues de una fuente única y exclusiva de bienes jurídicos[180].

En lo referente a los procesos de criminalización secundaria, resulta evidente que estos se concretan a través del proceso penal, en cuyo aspecto –siguiendo a GÓMEZ COLOMER[181]– la influencia viene dada en tres aspectos: en cuanto se refiere a los derechos fundamentales de carácter procesal penal, a los principios básicos reguladores del proceso penal y a las normas que, al regular un proceso constitucional, permiten recurrir al órgano de control de la constitucionalidad (Tribunal Constitucional) por infracción de los derechos constitucionales[182].

El presente acápite tiene como pretensión precisar los alcances y efectos de la Constitución económica peruana en los procesos de criminalización primaria propios del sector del ordenamiento punitivo que

---

en el Estado social y democrático de Derecho, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 162 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Directrices político criminales del Anteproyecto de Código penal", en: Mir Puig, Santiago (ed.), *Política criminal y reforma del Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1982, pp. 321 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, Juan & VALENZUELA BEJAS, Manuel. *Derecho penal latinoamericano comparado*, tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1981, pp. 130-131; CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, Gráfica Horizonte, Lima, 1999, pp. 41 y ss.; ÍDEM. "Sobre la moderna teoría del bien jurídico- penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs", en: *Themis. Revista de Derecho*, N° 35, Lima, 1997, p. 161.

[180] HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, segunda edición, Eddili, Lima, 1987, pp. 37-41; MAZUELOS COELLO, Julio. "El bien jurídico penal", en: el mismo. *Control social y dogmática penal*, Editorial San Marcos, Lima, 1995, p. 72.

[181] GÓMEZ COLOMER, Juan- Luis. "La Constitucionalización del proceso penal español", en: El mismo. *El proceso penal en el Estado de derecho. Diez estudios doctrinales*, Palestra, Lima, 1999, p. 18.

[182] Véase: SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal,* Vol. I, Grijley, Lima, 1999, pp. 49 y ss.

ahora nos ocupa. Esta tarea nos permitirá establecer un nexo (Constitución económica- criminalización) legitimador del propio Derecho penal económico[183].

II. LA DENOMINADA "CONSTITUCIÓN ECONÓMICA" Y EL MODELO DE "ECONOMÍA (SOCIAL) DE MERCADO"

1. La "constitución económica"

La Constitución Política establece, a grosso modo[184], las directivas del modelo económico a seguir así como los principios que regulan la actividad económica y empresarial, fijando –de esa forma– el sistema económico de la sociedad, a través del cual pretenderá "la distribución óptima de la riqueza mediante la explotación más acertada y socialmente adecuada de los recursos limitados"[185].

Los principios reguladores en materia económica constituyen un marco de obligada observancia para el legislador penal quien deberá valorar negativamente las conductas que afecten el cumplimiento de las premisas propias del modelo económico planteado en la Constitu-

---

[183] ARROYO ZAPATERO, Luis. "Derecho penal económico y Constitución", en: *Revista Penal*, N° 1, Praxis, 1998, p. 01.

[184] Decimos esto en la medida que la Constitución, como señala TERRADILLOS BASOCO: "no diseña un modelo económico completo y cerrado, sino ambiguo", con mayor detalle: TERRADILLOS BASOCO, Juan. "Derecho penal de la empresa", en: Mazuelos Coello, Julio (comp.). *Derecho penal económico y de la empresa*, Editorial San Marcos, Lima, 1996, p. 58. De similar opinión es TORRES Y TORRES LARA, en referencia a la Constitución peruana de 1979: "Nuestra Constitución de 1979 opta sin duda por un sistema mas no, por un modelo. El sistema es el de mercado pero el modelo puede variar"; así en: TORRES Y TORRES LARA, Carlos. "El sistema, el modelo y el pluralismo empresarial en la Constitución", en: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, N° 20, Lima, 1986, p. 86.

[185] BOTTKE, Wilfried. "Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania", traducción de Soledad Arroyo y Teresa Aguado, en: *Revista Penal*, N° 2, Praxis, Barcelona, 1998, p. 01.

ción[186], sin que ello signifique – como ya hemos advertido– que los procesos de criminalización primaria deban quedar resueltos únicamente con el recurso a la Constitución, pues si bien las Constituciones modernas poseen un catálogo mas o menos amplio de intereses tutelados, lo cierto es que resulta imposible comprender en la norma fundamental la totalidad de intereses socialmente valiosos[187].

Estas premisas constitucionales en materia económica constituyen lo que se denomina "Constitución Económica" ("*Wirstschftsverfassung*"), en la cual se engloba las concepciones fundamentales del Estado en materia económica y que en el caso peruano se refiere al Título III ("Régimen Económico") de la Constitución Política de 1993.

El término "constitución económica", como LOJENDIO E IRURE anota, fue introducido por BECKRATH, en 1932, con motivo del homenaje al economista y sociólogo Werner SOMBART. A través de dicho término BECKRATH hacía referencia a los preceptos económicos contenidos en las Constituciones posteriores a 1917, dedicados no solo al ámbito de la propiedad, aspecto tratado desde el siglo XIX, sino que introdujo nuevos tópicos relacionados a la intervención estatal en la economía; sin embargo, su desarrollo fue abandonado hasta la década de los 70's[188] del siglo pasado, en que Ekkhart STEIN devuelve dicho

---

[186] De similar idea: ARROYO ZAPATERO, Luis. "Los delitos contra el orden socioeconómico en el nuevo Código penal de 1995", en: *RPCP*, N° 7/8, Lima, 1999, p. 620.

[187] TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. Cit., p. 60; HURTADO POZO, José. Op. Cit., pp. 38 y ss.

[188] LOJENDIO E IRURE, Ignacio de María. "Derecho constitucional económico", en: *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1977, pp. 82-83; del mismo parecer: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 514; OCHOA CARDICH, César. "Constitución y economía de mercado", en: *Derecho*. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 39, Lima, 1985, p. 231; MALPARTIDA CASTILLO, Víctor. "Constitución económica y el Derecho de la competencia", en: *Revista del Foro*, año LXXXVIII, N° 1, Lima, 2000, p. 28.

concepto a un primer plano al definirla como "el sistema económico en su aplicación a la República Federal de Alemania"[189].

Algunos autores como BLUME FORTINI y MALPARTIDA CASTILLO estiman que ha sido Carl SCHMITT, en su obra "Defensa de la Constitución" (1931), quien introdujo dicho término en la literatura jurídica, aunque sin llegar a definirlo[190].

En la praxis legislativa la regulación constitucional del marco jurídico económico aparece por primera vez con la Constitución de Weimar, con la que "comienza el proceso de introducción en los cánones constitucionales de disposiciones referentes al orden económico y social"[191].

Son muchas las definiciones que se han vertido sobre el concepto "Constitución económica", algunas han sido emitidas por economistas y otras tantas por juristas.

Entre los economistas tenemos a RÖPKE y EUCKEN. El primero entiende que: "...así como en el mundo de la Constitución política existen libertades, tolerancias, respetos y contrapesos, así debe existir lo mismo en el mundo de la economía, pues si esta última se convierte en dirigida, estatista, controlada y sujeta, el mismo modelo tarde o temprano se impondrá a la estructura política"[192], por lo que sería imposible concebir un divorcio entre ambas estructuras (política y económica).

---

[189] MALPARTIDA CASTILLO, Víctor. Op. Cit., p. 28.

[190] BLUME FORTINI, Ernesto. "La Constitución Económica Peruana y el Derecho de la Competencia", en: *Themis. Revista de Derecho*, N° 36, Lima, 1997, p. 30; MALPARTIDA CASTILLO, Víctor. Op. Cit., p. 28.

[191] PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge & CARRILLO FLORES, Fernando. *Sector económico y delincuencia económica*, Temis, 1985, p. 67. Ubican igualmente como origen de la "constitución económica" la de Weimar: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel & BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*, Ceura, Madrid, 2001, p. 19.

[192] Citado por: MALPARTIDA CASTILLO, Víctor. Op. Cit., p. 28.

Walter EUCKEN estima que la constitución económica es "la decisión total sobre el orden de la vida económica de una comunidad"[193].

En el ámbito jurídico la definición más trascendente es quizás la hecha por el Tribunal Constitucional español en la sentencia 1/1982, allí se señala:

"En la Constitución española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las constituciones liberales del siglo XIX y de forma semejante a lo que sucede en las más recientes constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la constitución económica formal. Ese marco implica la existencia de unos principios básicos de orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad que está reiteradamente exigida por la Constitución, cuyo Preámbulo garantiza la existencia de un 'orden económico y social justo'"[194].

En la doctrina italiana, GALGANO ha esbozado una definición que parece también bastante acertada. Según dicho autor, la Constitución económica es: "el análisis de las estructuras constitucionales del actual sistema económico y naturalmente de las múltiples conexiones entre la constitución económica y la constitución política"[195]. Como se observa, el autor italiano subraya, al igual que RÖPKE, la estrecha vinculación entre las líneas políticas y económicas de una Constitución.

2. La "economía (social) de mercado" en el Perú

Los principios reguladores de la actividad económica en nuestro país se afilian al modelo económico (social) de mercado, esquema imperante en la mayoría de países del orbe a partir de la caída de los sistemas

---

[193] EUCKEN, Walter. "Cuestiones fundamentales de la economía política", en: *Revista de Occidente*, Madrid, 1974, p. 79.

[194] Citado por: MALPARTIDA CASTILLO, Víctor. Op. Cit., pp. 28-29.

[195] *Ibid*., p. 29.

de economía planificada o de intervención y la renuncia a la posibilidad a una abstención total en el ámbito de la economía[196].

El modelo de economía (social) de mercado resulta aceptado, con algunas variaciones según el país del que se trate, tanto por países desarrollados como por naciones en vías de desarrollo[197] y supone una síntesis de los modelos de economía planificada e intervensionista y los modelos de economía de abstención absoluta o de libertad absoluta[198].

El modelo económico (social) de mercado tiene sus orígenes en la llamada "Escuela de Friburgo", en el pensamiento de ERHARD, quien, como Wilhen RÖPKE anota, inició: "un capítulo en la historia de la economía"[199], aunque en realidad dicha expresión fuera empleada primigeniamente por MÜLLER-ARMACK[200].

Dichos postulados teóricos, sin embargo, no fueron llevados a la práctica sino hasta la reforma monetaria alemana de 1948[201], produciéndose el llamado "Milagro Alemán".

---

[196] En el modelo económico de libertad absoluta, de abstención absoluta, bien dice BOTTKE: "El dinero es prácticamente el gobierno (*Geld ist dem Geltennah*). El dinero tiene valor en el mercado, gobernando todo aquello que es comerciable y está comercializado. Quien tiene dinero y puede disponer de su dinero, tiene poder en el mercado"; véase: BOTTKE, Wilfried. Op. Cit., p. 01.

[197] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *El derecho de la libre competencia*, p. 21; ÍDEM. *Derecho penal económico*, pp. 20-21.

[198] BOTTKE, Wilfried. Op. Cit., p. 02.

[199] RÖPKE, Wilhelm. *Más allá de la oferta y la demanda*, Fomento de Cultura Ediciones, Valencia, p. 42; OCAMPO VÁSQUEZ, Fernando. "La posición de dominio en el mercado: entre el uso y el abuso", en: *Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 10, nota 01, Lima, 1995, p. 305.

[200] KATZ, Ernesto. "Acerca del orden económico de Alemania Occidental y de sus aspectos constitucionales y laborales", en: *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1970, pp. 131-132.

[201] TIETMEYER, Hans. "Las bases históricas de la Economía Social de Mercado en la República Federal Alemana", en: A.A.V.V. *Economía Social de Mercado*, Lima, 1980, p. 32.

Sobre la añadidura del componente "social" al modelo de economía de mercado, han surgido una serie de cuestionamientos. Algunos autores han estimado que estamos solo ante de un "fraude de etiquetas" realizado por los neoliberales en su pretensión de maquillar su modelo de "*laissez faire, laissez passer*" - dejar hacer, dejar pasar-[202]. Para otros autores la incorporación del componente "social" supone una estrategia política destinada a lograr la aceptación del modelo económico de mercado por parte de los sectores de tendencia socialista[203].

Respecto a la cuestión planteada, resulta evidente, en esto coincidimos con SCHWARTZ y von HAYEK, que el término "social" se encuentra destinado a remarcar un componente que es inmanente al modelo económico de mercado, es decir, no es que se hable de una economía (social) de mercado "porque el sistema capitalista necesitara la corrección de hacerse más social de lo que es, sino porque el sistema capitalista o el sistema de mercado, lo consideraba Erhard un sistema social ya de por sí"[204].

Hecha esta aclaración, resulta claro que no es el denominador "social" el que hace al modelo más o menos "social", son las coordenadas constitucionalmente adoptadas las que se encargan de reflejar la existencia de un modelo económico de mayor o menor intervención, de un modelo cerrado o abierto.

El modelo de economía (social) de mercado se encuentra caracterizado, principal, aunque no únicamente, por el papel subsidiario o supletorio desempeñado por el Estado, hecho que se puede sintetizar en la conocida frase: "*The less goverment, the better*" ("El menor gobierno,

---

[202] En este sentido: KATZ, Ernesto. Op. Cit., p. 128.

[203] MESTAECKER, Ernst. "Debates", en: *Democracia y economía de mercado. Ponencias y debates de un simposio*, Instituto Libertad y Democracia, Lima, 1981, p. 226.

[204] SCHWARTZ, Pedro. "El derecho de propiedad como baluarte del hombre y el ciudadano", en: *Democracia y economía de mercado*, p. 150.

el mejor")[205]. Esta concepción económica, como es evidente, se contrapone a los clásicos modelos de intervención, en los cuales el Estado cumplía un papel de "gendarme" de los procesos de producción y distribución de la riqueza[206].

En esta línea de argumentación resulta claro que el Estado asume tan solo un papel coordinador, integrador y supletorio[207], en caso contrario, su intervención podría culminar en la depresión de la actividad del sector privado, provocando efectos negativos en la economía nacional[208].

Otra importante característica del modelo de economía (social) de mercado, resulta ser la libertad de iniciativa privada, recogida por el Art. 58° de la Constitución Política peruana:

---

[205] FRIEDMAN y von HAYEK son claros al determinar el rol estatal en el ámbito económico. Para el primero, es papel del Estado el "mantenimiento de la ley y el orden para impedir el uso de la fuerza de un individuo sobre otro, para hacer cumplir los contratos contraídos voluntariamente, definir el significado de los derechos de propiedad, interpretar y hacer cumplir esos derechos y mantener la estructura monetaria". Von Hayek, en la misma línea de ideas, precisa: "el gobierno debe efectivamente ser irresistiblemente fuerte para aplicar la ley, refiriéndome con ello a las reglas de conducta de los individuos entre sí"; al respecto: FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo y libertad*, Madrid, 1966, p. 45; HAYEK, Friedrich von. *Democracia y economía de mercado*, p. 234. Remarcando también el papel del Estado en el referido modelo económico: FERNÁNDEZ- BACA, Jorge. "El rol del Estado en una economía de mercado: la labor del INDECOPI", en: *Ius et Veritas*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 8, Lima, 1995, pp. 218 y ss., aunque para este autor, siguiendo a LOCKE y HOBBES, la función del Estado en la economía de mercado es la de establecer "un marco legal que defina donde comienzan y donde terminan los derechos de cada individuo".

[206] OCHOA CARDICH, César. Op. Cit., pp. 231-232.

[207] *Ibid*., p. 233.

[208] GUERRERO, Roberto. "La Constitución económica", en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 6, N° 1-4, Santiago de Chile, 1979, p. 81.

> *"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"*

y por el Art. 38° de la Constitución española:

> *"Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación".*

Cabe destacar que la "*libertad de empresa*", en nuestro país, posee una entidad menor que la otorgada, por ejemplo, la Constitución española. El constituyente español, al dictar la actual carta política, concedió un mayor grado de tutela a la "*libertad de empresa*" al comprenderla como derecho fundamental, ante cuya violación podrá recurrirse al órgano de control de la constitucionalidad[209].

---

[209] Constitución española:
"Art. 53°:
1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos.
   Solo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el Artículo 161,1 a).
2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el Artículo 14° y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el Artículo 30°.
3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informara la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen".

La igualdad jurídica entre los competidores es elevada también a rango constitucional. En el Perú, dicho principio se halla contenido en el Art. 2.2 de la Constitución Política, cuyo antecedente es posible ubicarlo en el Art. 112° de la Carta Política de 1979, cuya fuente fue a su vez la Constitución Política de españa.

La Constitución española hace lo propio en su Art. 9.2, aceptando un régimen de igualdad entre la iniciativa privada y la pública, aunque, conforme a lo estipulado en el Art. 128.2 constitucional, puede reservarse a esta última recursos o servicios esenciales y acordar la intervención en empresas por razones de interés general.

Finalmente, cabe mencionar el principio de libre concurrencia, por el cual se garantiza a todos los ciudadanos la libertad de concurrencia en el mercado y se rechazan las conductas que impliquen un abuso de posición dominante en el mercado[210].

"Art. 161°:

1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer.
   a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a esta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.
   b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el Artículo 53,2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.
   c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de estas entre sí.
   d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.
2. El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses".

[210] Constitución Política del Perú:

III. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA PERUANA[211]

La norma fundamental que actualmente rige nuestro país es la Constitución de 1993, que derogó la de 1979, esta última con una marcada influencia de la Constitución española promulgada tan solo un año antes (1978).

La Constitución peruana de 1979 se agrupa dentro del denominado "constitucionalismo social", que caracterizó a la Constitución de Querétaro en México (1917) o la de Weimar en Alemania (1919)[212]. Esta es la línea que, conforme el Prof. BAJO FERNÁNDEZ señala, siguió también la actual Constitución española[213], que, tal como hemos remarcado, influenció en gran medida nuestra norma fundamental. Empero, aunque dicho modelo resultó ser la síntesis ideológica de su tiempo, estamos hablando de 60 ó 80 años atrás, por lo que tal línea ideológica ha perdido vigencia en la actualidad.

"Art. 61º.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.
La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares".

[211] Sobre este punto véase: REYNA ALFARO, Luis Miguel. "Constitución y Derecho penal económico. Breve estudio comparativo a la luz del Derecho español y peruano", en: *Boletín Jurídico de la Universidad Europea de Madrid*, N° 3, Madrid, 2000; publicado también en: *Derecho y Empresa. Revista de Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*, año III, N° 9, Trujillo, 2000, pp. A223-A224.

[212] TORRES Y TORRES LARA, Carlos. *La Constitución económica en el Perú (La economía según la Constitución de 1993)*, Desarrollo y Paz Editores, Lima, 1994, p. 20; IDEM. *Preguntas y respuestas sobre la nueva Constitución*, Desarrollo y Paz Editores, Lima, 1994.

[213] BAJO FERNÁNDEZ, Miguel & BACIGALUPO, Silvina. Op. Cit., p. 19; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. "Derecho penal económico: Desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales", en: Mazuelos Coello, Julio (comp.). Op. Cit., pp. 130-131.

El modelo económico adoptado en la Constitución Política de 1979 era un modelo mixto de tipo social, de economía de mercado social cerrado[214], en este sentido establecía: "La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social" (Art. 115° de la Constitución Política de 1979)[215].

La excesiva intervención estatal en las actividades productivas o de servicios, así como el tratamiento exageradamente desigual otorgado a favor de las inversiones nacionales en desmedro de las extranjeras, hacían del modelo económico adoptado en la Constitución de 1979, inconveniente para enfrentarse con éxito a los nuevos requerimientos económicos, propios del modelo de economía de mercado abierto, plasmado en la Constitución Política vigente.

No existía una verdadera libertad económica ante la posibilidad latente de intervención estatal por cuestiones de "interés social", concepto cuya ambigüedad propició el beneficio de unos pocos grupos económicos mediante subsidios, excesivos costos laborales, otorgamiento de concesiones, etc.[216]

La existencia de monopolios estatales, empleando las palabras de TIEDEMANN, "se reconduce, en gran medida, a la ausencia de competencia, y la miseria económica de numerosos países en desarrollo"[217], circunstancia que, como bien agrega, "se relaciona ante todo con la ca-

---

[214] Sobre el régimen económico en dicha constitución: CHIRINOS SOTO, Enrique. *La nueva Constitución al alcance de todos*, cuarta edición, AFA editores, Lima, 1986, pp. 121 y ss.; GARCÍA BELAUNDE, Domingo. "La Constitución económica peruana (la dimensión económica formal)", en: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, N° 20, Lima, 1986, p. 121 y ss.

[215] Véase: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Derecho penal económico*, p. 33.

[216] DE LOS HEROS, Alfonso. "The Constitucional Reform", en: *Doing business in Perú: the new legal framework*, Promperú, segunda edición, 1994.

[217] TIEDEMANN, Klaus. "Presente y Futuro del Derecho Penal Económico", en: *Debate Penal*, Nº 14, Lima, 1997, p. 145.

rencia de reglas de juego claras y con su aplicación"[218], a lo que se debe el conocido fracaso que en la práctica han tenido los modelos económicos que han recurrido a ellos[219].

A la Constitución Política de 1979 se le debe, no obstante los cuestionamientos realizados[220], el ser la primera carta política nacional que trató sistemáticamente la estructura económica nacional pues si bien anteriores textos fundamentales desarrollaron aspectos propios del ámbito económico, ninguno lo había hecho de forma metódica, lo que motivó un inusual interés por parte de la doctrina nacional especializada[221].

La Constitución Política de 1993, si bien mantiene el modelo de economía social de mercado[222], adoptado por su antecedente de 1979, acoge en cambio una fórmula mucho más abierta[223], sin llegar al liberalismo propio del "*laissez faire*", modelo en el cual el Estado asume una actitud de abstención total, que permitiría la aparición de mecanismos de distorsión del mercado (por ejemplo, los monopolios), la función del

---

[218] *Ibid*., p. 146.

[219] TIEDEMANN, Klaus. "El Derecho penal en la economía de mercado", en: el mismo. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, trad. Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 2000, pp. 56-57.

[220] Detalladamente sobre las críticas formuladas a la constitución económica de 1979: MALPARTIDA CASTILLO, Víctor. Op. Cit., pp. 29-30.

[221] MALPARTIDA CASTILLO, Víctor. Op. Cit., p. 29.

[222] Constitución Política del Perú:
"Art. 58º.- 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".

[223] Críticamente, sobre el excesivo liberalismo del actual modelo económico constitucional: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "El nuevo ordenamiento constitucional del Perú. Aproximación a la Constitución de 1993", en: *Lecturas sobre temas constitucionales*, N° 10, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994, p. 26; BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, tercera edición, Ediciones Constitución y Sociedad, Lima, 1997, p. 347.

Estado es la de resguardar el modelo económico constitucionalmente adoptado.

Son estas las razones que han llevado a MEINI MÉNDEZ a afirmar: "Nuestro orden económico, en tanto economía social de mercado, es una matización intermedia de estos dos modelos económicos –se refiere a la economía liberal y la de intervención– que se acerca mucho más al primero que al segundo"[224]. En la misma línea se ha pronunciado ABANTO VÁSQUEZ, quien precisa: "La nueva Constitución de 1993 vino a reafirmar los principios económicos de la anterior (...). Se observa, sin embargo, una diferencia de grado: la actual Constitución es más liberal que la anterior, pues ha introducido cambios para limitar la intervención estatal en la economía"[225].

Entre las notas características del régimen económico constitucional actualmente en vigencia tenemos:

a) Se pretende eliminar todo tipo de apoyo a los diversos sectores empresariales, sean privados, cooperativos o de tipo social, con excepción del apoyo a la pequeña empresa.

b) La intervención estatal se dirige, principalmente, a las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura[226].

   Esta característica se patentiza, por ejemplo, en el Art. 7° de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley N° 26702) que señala: "El Estado no participa en el sistema financiero nacional, salvo las inversiones que posee en COFIDE como banco de desarrollo de segundo piso".

---

[224] MEINI MÉNDEZ, Iván. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 63.

[225] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico*, p. 34.

[226] Compárese con el Art. 116° de la Constitución Política de 1979.

c) Se robustece la libertad de contratación, impidiendo la modificación de los contratos mediante leyes. La estabilidad y confianza en el ámbito de la contratación son indispensables para lograr mantener la inversión en el país y atraer nuevos capitales.

d) En el ámbito empresarial, el Estado ha dejado de ejercer control en las unidades de producción y de servicios, a diferencia de lo dispuesto en la Constitución de 1979 que exigía a estas, eficiencia y contribución al bien común[227].

   Por ello, es evidente que la actual Ley Fundamental desplaza el control hacia la defensa del consumidor, en este sentido resulta didáctico lo expresado por TORRES Y TORRES LARA: "El centro del Derecho empresarial deja de ser la empresa misma, para trasladarse a la relación 'empresa – consumidor', que es donde el Estado ahora puede jugar un papel más objetivo (Art. 65° Constitución Política). La eficiencia resulta autocontrolada bajo la presión de la competencia internacional y el bien común se concentra fundamentalmente en la calidad y los precios"[228].

e) Se promueve la libertad de competencia mediante la prohibición del abuso de posición dominante en el mercado y monopolios (Art. 61° de la Constitución Política vigente).

IV. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EN EL ORDEN COMPARADO

1. Constitución económica española

En España, el marco constitucional del Derecho penal económico y de la empresa es similar al del Perú, en la medida que se garantiza "la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado" (Art. 38° de la C.E.), adoptándose así una economía de mercado consecuente con

[227] Compárese con el Art. 130° de la Constitución Política de 1979.

[228] TORRES Y TORRES LARA, Carlos. *La Constitución Económica,* p. 33.

el modelo de Estado social y democrático de derecho que en sede constitucional adopta (Art. 1° de la C.E.)[229].

Conforme a lo expuesto líneas arriba, es el Art. 38° de la Carta Magna hispana la que establece el modelo económico a seguir en dicho país; sin embargo, la doctrina española no ha sido coincidente al definir el contenido del mandato establecido en el Art. 38° constitucional, y existen dos posiciones encontradas respecto a su interpretación[230].

Un primer sector doctrinal estima que la Constitución económica española se alinea al modelo de economía de mercado neocapitalista o de competencia imperfecta[231], así se han pronunciado ALZAGA VILLAAMIL[232] y GARCÍA- PELAYO[233], entre otros. A esta postura abona el hecho que la Constitución española confiere distinto grado de reconocimiento al principio de libertad de empresa y al de iniciativa pública o planificación, pues el primero de ellos ostenta el rango de derecho fundamental, lo que inclinaría la balanza a su favor[234].

---

[229] TIEDEMANN, Klaus. "Presente y futuro…", p. 145.

[230] PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge & CARRILLO FLORES, Fernando. Op. Cit., p. 70.

[231] La competencia perfecta, como muchos autores han sostenido, no existe, es solo un modelo teórico a aplicar, de allí que se entienda que la competencia es, por su naturaleza, imperfecta.

[232] ALZAGA VILLAAMIL, Oscar. *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, p. 307.

[233] GARCÍA-PELAYO, Manuel. "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución", en: Ramírez, Manuel (ed.). *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Libros Portico, Zaragoza, 1979, p. 51. Sin embargo, señala que de ello no puede derivarse que la Constitución imponga un determinado modelo económico, lo que solo ha ocurrido en modelos de corte socialista.

[234] BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. "Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales", p. 131; de la misma opinión: TORRES Y TORRES LARA, Carlos. *El sistema, el modelo y el pluralismo empresarial en la Constitución*, p. 85.

El otro sector considera que la Constitución económica española resulta ambigua, de allí que se diga que se mueve dentro de parámetros que pueden ser empleados por prácticamente todos los esquemas políticos; así las cosas, la Constitución española reconocería un sistema de economía mixta, opuesto al capitalismo a ultranza y la planificación total[235], se habla así de un "neutralidad constitucional"[236]. Esto se debería, según entiende BAJO FERNÁNDEZ, al hecho que la Constitución económica española, al igual que los textos constitucionales que le sirvieron de fuente, surgió como consecuencia de la pugna entre diversas fuerzas políticas, todo lo cual derivó en la ambigüedad del actual texto constitucional económico[237].

Si bien las directrices económicas contenidas en la Constitución española puedan admitir varias interpretaciones, lo cierto es que estas tienen un cariz capitalista predominante, sin dejar de tomar en consideración las variantes sociales que se desprenden de esta, como son, si-

---

[235] Al respecto, sin ánimo de ser exhaustivos: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. "La Constitución económica española y el Derecho penal", en: A.A.V.V. *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal, algunos problemas específicos*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 1983, p. 166**;** CARO CORIA, Dino Carlos. Op. Cit., p. 93; CAZORLA PRIETO, Luis, en: A.A.V.V. *Comentarios a la Constitución*, segunda edición, Civitas, Madrid, 1985, p. 729; DE JUAN ASENJO, Oscar. *La Constitución económica española. Iniciativa económica pública "versus" iniciativa económica privada en la CE de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 68; GARCÍA COTARELO, R. "El régimen económico- social de la Constitución española", en: A.A.V.V. *Lecturas sobre la Constitución española*, Tomo I, UNED, Madrid, 1978, p. 83; LUCAS VERDU, Pablo. *Curso de Derecho político, Tomo IV*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 349 y ss.

[236] BAJO FERNÁNDEZ, Miguel & BACIGALUPO, Silvina. Op. Cit., p. 20; PÉREZ DEL VALLE, Carlos. "Introducción al Derecho penal económico", en: Bacigalupo Zapater, Enrique (Director). *Curso de Derecho penal económico*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 26.

[237] BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. "Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales", p. 131.

guiendo a BAJO FERNÁNDEZ[238], las limitaciones presentadas por las exigencias de la economía general y la planificación (Art. 138° y 131.1 C.E.), el principio de la subordinación de la riqueza del país al interés general (Art. 128.1 C.E.), la iniciativa pública bajo el principio del monopolio e intervención de empresas (Art. 182.2 C.E.), la defensa de los consumidores (Art. 51° C.E.), los objetivos de un "orden económico y social justo" (preámbulo de la C.E.), la promoción de la igualdad real y efectiva del individuo y de los grupos a la participación de todos los ciudadanos en la vida económica (Art. 9.2 C.E.) y la participación de los trabajadores en la empresa con fomento de las cooperativas (Art. 29.2 C.E).

En España, desde el año 1977, comenzó a aflorar la llamada "*reforma penal de la Democracia*"[239], con la incorporación al Código penal del delito fiscal, reformado y ampliado con los delitos contables y el fraude de subvenciones, en 1985 y 1995, respectivamente, el delito de control de cambios en 1979, reformado en 1983, delitos de contrabando en 1982, hasta la reforma parcial de 1983 que incorporó la cláusula del actuar por otro (Art. 15° bis del C.P. derogado) y otra para el delito continuado (Art. 69° bis C.P. derogado).

A estas innovaciones legislativas se aunaron otras figuras ya tipificadas en el ordenamiento jurídico penal español, tal es el caso de los delitos contra la seguridad y la libertad de trabajo, delitos contra los derechos intelectuales, entre otras conductas[240].

Es de recalcar que todas estas innovaciones normativas no son producto de la casualidad, sino que se corresponden con las necesidades de

---

[238] *Ibid*., pp. 130-131.

[239] ARROYO ZAPATERO, Luis. "Los delitos contra el orden socioeconómico...", p. 620.

[240] Un estudio pormenorizado del proceso de reforma español (hasta 1992) puede encontrarse en: GRACIA MARTÍN, Luis. "Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de reforma penal en España", en: *RPCP*, N° 2, Cultural Cuzco, Lima, 1993, pp. 327 y ss.

la sociedad hispana que, como ARROYO ZAPATERO anota, tienen su plasmación jurídica en la Constitución Política[241].

Con la dación del Código penal de 1995, llamado por un sector de la doctrina española como el "Código penal de la democracia"[242], se completó en gran medida la intención de coordinar los postulados constitucionales con el ordenamiento jurídico penal, incorporándose una serie de comportamientos delictivos de nuevo cuño. Así, se introdujo algunos fraudes contra la seguridad social, la obtención fraudulenta de fondos, la publicidad engañosa y el abuso de información privilegiada, entre otros delitos no convencionales.

2. Constitución económica italiana

En Italia, la Constitución de 1947 en su Tít. III ("De las relaciones económicas"), desarrolla las estructuras de lo que llegó a denominarse "Constitución económica".

La primera característica que se desprende del análisis del texto fundamental italiano en cuanto al ámbito económico, es el primordial grado de tutela que se otorga al trabajador; así, los arts. 35° a 40° dan cabida constitucional a una importante serie de derechos laborales. Es de destacar el derecho a una justa retribución (Art. 36°), el derecho a una igualdad de trabajo (Art. 37°), la libertad sindical (Art. 39°) y el derecho de huelga (Art. 40°).

Igualmente, aunque en un segundo plano, la Constitución italiana reconoce la libre iniciativa privada (Art. 41°), no obstante, establece limitaciones cuando esta se oponga al interés social.

El derecho a la propiedad es reconocido también en la Ley Fundamental italiana, aunque se trata de un derecho relativo, en tanto se

---

[241] ARROYO ZAPATERO, Luis. "Los delitos contra el orden socioeconómico", pp. 620-621.

[242] ARROYO ZAPATERO, Luis. "El Código penal de la democracia, prólogo a la edición especial", en: *RPCP*, N° 7/8, Lima, 1999, pp. 15 y ss.

permite la expropiación por motivos de interés general en los casos previstos por la ley y mediante indemnización (arts. 42° y 43°).

V. EPÍLOGO

Conforme se ha visto, los lineamientos constitucionales planteados en materia económica significan un referente, aunque no único, esencial y vital en la configuración del orden jurídico penal, que debe asumir las coordenadas constitucionalmente planteadas; de allí que resulte trascendental para el legislador el entendimiento pleno de las estructuras económicas ancladas en la Carta Política.

Este modelo económico constitucional, en el Perú como en España y la mayoría de países de Latinoamérica, resulta ser similar, identidad que se ha dado en virtud a la influencia que la legislación española ha ejercido sobre la legislación peruana y en general sobre todos los países sudamericanos y que además resulta acorde al conocido modelo de economía social de mercado.

Ahora bien, en este entendimiento es que deben alinearse las pretensiones político criminales y el trabajo legislativo en materia jurídico-penal, lo que debe ser subrayado a efectos de lograr un ordenamiento jurídico coherente y acorde con el modelo de Estado social y democrático de Derecho que nuestra Ley Fundamental acoge.

CAPÍTULO IV
POLÍTICA CRIMINAL CONTEMPORÁNEA

I. INTRODUCCIÓN

Ciertamente el mundo del Derecho no es inerte ni estacionario, ni tiene una existencia coercitiva propia porque no es producto de un trabajo de laboratorio; el Derecho es variable y dinámico impuesto por factores extrínsecos de carácter social, político, económico y cultural que van a condicionar la vigencia del sistema jurídico. Como consecuencia lógica e inmediata de esta premisa fundamental, se desprende otra premisa que se produce a raíz de la existencia de nuevas tecnologías, producto de la sociedad de riesgos en que vivimos[243], la intervención del Estado en la economía, etc., que provoca tensión en los cimientos hoy ya no tan rígidos del Derecho penal clásico de corte individualista o liberal-iluminista del siglo XVIII y XIX, desarrollado bajo la óptica de los principios de legalidad, culpabilidad, lesividad y causalidad, no obs-

---

[243] En efecto, como sostiene: ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico. consideraciones jurídicas y económicas*, Idemsa, Lima, 1997, p. 24, "en el segmento de la Parte general del Derecho penal tendría,(…) que responder a riesgos de la vida moderna (p.e. riesgos atómicos, químicos, ecológicos, genéticos) mediante una técnica penal adecuada, mejor dicho, manipulada (tipos abiertos, ley penal en blanco, tipos abstractos y culposos)…"Agrega el mismo autor que el segmento de la Parte especial tendría que seguir la misma suerte de adaptación y es así que los bienes jurídicos tradicionales como p.e. la "vida", "la integridad corporal" o "el patrimonio" tienen que ser protegidos contra nuevas formas de ataque como la "manipulación genética", "la producción o distribución masiva de productos defectuosos" y "fraudes mediante el uso de computadoras respectivamente".

tante la nueva faceta del proceso evolutivo denominado Derecho penal clásico.

La directriz contemporánea trae consigo toda una tendencia neocriminalizadora que puede definirse como un proceso de creación legisferente de conductas delictivas de las cuales el Derecho penal no podía desentenderse, pues ocasionan grave nocividad social, esto es que debe proteger nuevos valores fundamentales de la convivencia que son objetos de un amplio consenso social. Así, en el orden numérico de los artículos de la figura delictiva en la Parte Especial de nuestro Código penal han adquirido positividad delitos como por ej. que atentan contra los Derechos intelectuales (Título VII); Delitos contra el patrimonio cultural (Título VIII); Delitos contra el orden económico (Título IX); Delitos contra el orden financiero y monetario (Título X); Delitos contra la ecología (Título XIII); Delitos tributarios (Dec. Leg. 813), entre otros.

En el marco del modelo de política criminal autoritaria, el *neopunitivismo* como corriente político-criminal se caracteriza por el recrudecimiento y exacerbación del poder punitivo en forma desmesurada, siendo afín a modelos político criminales autoritarios, como la Administrativización del Derecho penal, el Derecho penal de emergencia, la tolerancia cero, el panpenalismo, la expansión del Derecho penal o Derecho penal de segunda velocidad, el Derecho penal del enemigo o Derecho penal de tercera velocidad. Así, sus características más salientes son la supresión total de las garantías, mediante la implementación de un Derecho penal simbólico, omnicomprensivo, omnipotente, omnipresente, deshumanizado, nihilista hacia el saber penal y contraselectivo, que amenaza con abarcar todos los rincones de la vida social[244].

Una de las formas del neopunitivismo es el surgimiento del denominado Derecho penal económico y de la empresa, que es la rama del Derecho penal que ha visto la luz a mediados del siglo XX a raíz del entendimiento de que el enfoque económico es aplicable a todo compor-

[244] Véase: SUEIRO, Carlos Christian. *La política criminal de la posmodernidad*, Ediciones Jurídicas del Centro, Lima, 2010, pp. 53 y 54.

tamiento humano, incluido aquel trasgresor de las leyes penales. El Derecho penal tradicional ha destacado en nuestro medio en los últimos años solo los llamados delitos patrimoniales, sin percibir la actuación de la empresa como entidad funcional autónoma distinta de los miembros que la integran y portadora de un rol específico dentro del sistema social y económico; debido a ello es a partir del Código penal de 1991 que se introduce en nuestra legislación los delitos socioeconómicos[245], cuya proyección todavía se encuentra en giro debido a la poca difusión que estos ilícitos penales han tenido en la doctrina y jurisprudencia nacionales.

Pese a que el Código penal tiene más de 20 años de vigencia y, nuestra jurisprudencia penal económica ha sido escasa durante todos estos años, diversos casos de notoria relevancia social pusieron de manifiesto las insuficiencias de nuestros operadores jurídicos fiscales y judiciales para hacer frente a la criminalidad económica y empresarial. Y es que el estudio de los delitos económicos y empresariales exige una "redefinición o flexibilización de las técnicas clásicas de imputación"[246] instrumentalizadas por el Derecho penal tradicional o "viejo Derecho penal"[247], pero también requiere reglas procesales que aseguren una eficaz y eficiente persecución penal de las conductas lesivas al orden económico y a la actividad empresarial. Al igual que el resto de socie-

---

[245] El Decreto Legislativo Nº 123 de 12 de julio de 1981 llamado "Ley sobre delitos económicos", si bien introdujo en nuestra legislación la nomenclatura, recogía solo una serie de conductas lesivas a los derechos del consumidor (acaparamiento, especulación, adulteración de productos, alteración de precios) sin llegar a concebir la verdadera dimensión del Derecho penal económico, quedando sesgada a una serie de supuestos que tienen una mejor regulación vía extrapenal.

[246] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, Montevideo-Buenos Aires, 2006, pp. 165-188.

[247] Vid. HASSEMER, Winfried. "Viejo y nuevo Derecho penal" en: *Responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 15-47.

dades capitalistas y globalizadas, la nuestra no es inmune a la presencia de empresarios y agentes económicos que en el curso de la actividad productiva afectan intereses tutelados por el ordenamiento penal.

Esta constatación ha motivado que gran parte de los debates académicos e investigaciones científicas en materia de Derecho penal, se orienten al estudio de temas como la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la idoneidad de los tipos de peligro para dispensar tutela a "bienes jurídicos colectivos o supraindividuales"[248], la imputación objetiva y subjetiva de resultados de microlesión, las técnicas de articulación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo frente a la delincuencia económica y empresarial, las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas, las dificultades en el acceso a las fuentes de relevancia para el inicio de la investigación penal, los problemas de organización de las agencias de persecución penal, la presencia de prejudicialidades y requisitos de procedibilidad, las estrategias procesales frente al delito económico, la protección cautelar de las consecuencias jurídicas económicas del delito, así como los aspectos materiales y procesales específicos de los delitos económicos y empresariales en particular.

La doctrina penal incluye en el actual "Derecho penal moderno", a una pluralidad de *nuevos* tipos penales que amplían la intervención penal a ámbitos que, como por ejemplo el de la actividad económica, habían permanecido tradicionalmente y en mayor o menor medida fuera de su alcance, pero también a ciertas *extensiones* del ámbito de aplicación de algunos tipos penales tradicionales (vgr., la estafa de crédito) y de *agravaciones* de las penas de estos[249]. Al tratarse de un Derecho pe-

---

[248] Vid. BUSTOS RAMIREZ, Juan. "Los bienes jurídicos colectivos", en: *Estudios de Derecho penal en Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nº 11, 1986, pp. 147-164.

[249] Véase, en este sentido, por ejemplo, HETTINGER, Martin. *Entwicklungen im Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Gegenwart*, C. F. Müller, Heidelberg. 1997, pp. 3 y ss., pp.11 y ss., pp.16 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión* (n. 19), p. 20.

nal que se encuentra en formación, el proceso correspondiente se puede denominar como "modernización" del Derecho penal. En lo esencial existe acuerdo en describir formalmente al Derecho penal moderno como un fenómeno *cuantitativo* que se desarrolla principalmente en la Parte Especial, y como este desarrollo, según estiman algunos, parece tener el aspecto de una *tendencia* que no encuentra límites, se habla de la existencia de un proceso de *expansión* del Derecho penal.

II. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO

Para instrumentalizar la tutela de los novísimos bienes jurídicos han aparecido en la dogmática penal y en la técnica legislativa la acuñación de nuevos postulados de imputación jurídico-penal, que se sienta en la cresta de la ola del avance científico, que ha dado cabida a algunos paradigmas que caracterizan al pensamiento jurídico-penal contemporáneo. En lo que sigue daremos un breve repaso a lo que a mi juicio son los nuevos paradigmas del Derecho penal:

– En las perspectivas actuales de la dogmática penal como ciencia del Derecho penal por excelencia se evidencia una crisis[250], y

[250] Ya BRAMONT ARIAS, Luis A. *Derecho penal. Parte general,* Tomo I, Lima, 1978, pp. 110 y 111 hablaba de una crisis del Derecho penal liberal, cuando decía lo siguiente: "Por nuestra parte creemos que la eficacia del Derecho penal ha sido, es y será siempre relativa. La razón fundamental está, a nuestro juicio, en que hace uso de un medio irracional en todos sus aspectos como es la pena, para ser aplicada al único ser racional del universo: el hombre. La incorporación de ciertas garantías liberales en el Derecho penal, en el mejor de los casos, ha servido solo para evitar los abusos, pero los usos siguen teniendo el común denominador del castigo, de la retribución. Los juristas y los políticos se afanan en proclamar un derecho penal que sea demócrata y liberal, para ser aplicado, por supuesto, cuando el hombre ya ha caído en el delito; pero cuando hay un esfuerzo por democratizar la sociedad y librarla de la explotación capitalista –de dentro y de fuera– que habrá de beneficiar al hombre libre y al hombre delincuente, entonces no tienen escrúpulos en guillotinar las llamadas garantías liberales. Cae así su propósito de reivindicar al hombre, sino,

para salvar esta situación la dogmática tendrá que ir más allá de la pura exégesis lógica-literal de las leyes, esto es del análisis estrictamente jurídico y que de *lege lata* del *itus positum* (vía hermenéutica) para convertirse en una dogmática creadora o crítica orientada a las finalidades político-criminales, como la única vía que se advierte para el perfeccionamiento del Derecho vigente y así cumplir la función práctica del Derecho penal.

– La imputación culposa deja de ser la hijastra del Derecho penal, como decía BINDING, para ser reemplazada progresivamente por el criterio muy arraigado de imputación dolosa y amenaza en convertirse en parte básica conductual-subjetiva de la sistemática del delito. Quizá se pase en el futuro, en nuestro derecho, de un sistema de *numerus clausus* de regulación culposa que está vigente en el Código penal –Artículo 12º *in fine*– a un sistema de *numerus apertus* de regulación culposa.

---

también la acusación de servir de instrumento para hacer de él un esclavo sumiso de sus explotaciones. No hay Derecho penal liberal verdadero sin democracia social verdadera para todos. Hablar de democracia y liberalidad recién de la rejas para adentro, es una estafa que debe de ser denunciada por quienes han dirigido sus pasos por esa trayectoria esquemática de vida que es la enseñanza universitaria. El Derecho penal está en crisis porque sabe que la pena es inútil; y, porque, la organización social capitalista o semi feudal no permite, ni quisiera, la actualización de sus principios más avanzados. Es necesario, entonces, llegar al convencimiento de que la reivindicación del delincuente y la seguridad social solo serán conseguidas cuando previamente se reivindique al hombre jurídicamente libre, pero que en realidad vive en miserables condiciones de vida: el campesino y el obrero". De la misma forma: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Política criminal y dogmática", en: *El poder penal del Estado, Homenaje a Hilde Kaufmann*, Buenos Aires, 1985, p.113, sostiene que: "En definitiva (…) no se puede hablar realmente de una crisis de la dogmática sino más bien de una revisión de los aspectos que debe considerarse en la elaboración de su contenido. Lo que ha llevado a superar el planteamiento dicotómico de la dogmática como un sistema cerrado de verdades absolutas, para elevarse a un sistema abierto de conocimientos en continua profundización y reelaboración".

- El denominado *Derecho penal del riesgo* se ve como la respuesta *política* del Estado a los conflictos sociales de la sociedad moderna, a la cual se comprende como "sociedad de riesgos" porque ciertas actividades que se realizan en ella gracias al progreso científico y tecnológico, industrial y económico —tecnología atómica, informática, genética, fabricación y comercialización de productos— son portadoras de un gran potencial de creación de grandes riesgos. Retirada del tradicional y vetusto delito de lesión como modificación externa-naturalistica del objeto de protección penal, pues ha caído en desuso como modelo de descripción de injustos ya que la tendencia del tipo de actualidad es la creación del delito de peligro –sobre todo abstracto– visible en todas las legislaciones, concebidas para la protección de bienes jurídicos colectivos, cuya estructura dificulta la aplicación del principio de ofensividad o lesividad o *nulum crimen sine iniuria*).
- Dentro de la amplia problemática que suscita la existencia del Derecho penal económico, sin lugar a dudas la responsabilidad penal de las personas jurídicas y sus órganos de gestión, trastocan la concepción dogmática del injusto personal donde prima, como en el caso peruano, el dogma *"Societas delinquere non potest"*; aun cuando nadie desconoce que existan otros tópicos conexos como pueden ser la delimitación entre delitos y contravención –o sancionador administrativo–, la intensa utilización de las leyes penales en blanco, etc., que conlleva a la "administrativización del Derecho penal".
- La corriente post-finalista enmarcada en la teoría denominada funcionalista[251] con sus máximos exponentes como Claus

[251] Esta orientación actual se origina en la década de los 70 del siglo pasado hasta nuestros días teniendo su origen en Alemania; dirige su filosofía a que el Derecho penal no puede construirse en base a elementos ontológicos-prejurídicos sino que propugna a una "renormativización" de las categorías de las sistemáticas del delito y la orientación de esta a exigencias políticos-

ROXIN que contra su teoría dentro de una concepción teológica–funcional moderada (Escuela de Munich) y Günther JAKOBS que basa su concepción en un funcionalismo sociológico-radical (Escuela de Bonn) y fruto de estas doctrinas aparece la imputación objetiva como el eslabón más avanzado en la relación de casualidad[252].

– Se presencia un renacimiento posicional de la víctima, que se encontraba olvidada por el Derecho penal (material y procesal) y la Criminología, la misma que se canaliza a través de una

---

criminales, no cabe duda que es un desarrollo ulterior del neokantismo. Ha de quedar claro que el factor decisivo en la dogmática dominante viene constituido por consideraciones tecnológico-valorativos. En ese sentido por ejemplo, el pensamiento penal funcionalista de JAKOBS radical) se base en la "teoría sistemática del Derecho", su enfoque sintomatológico implica que la infracción de una norma se estima socialmente disfuncional, ya no porque ponga en peligro o lesione cualquier bien jurídico tutelado, sino porque se cuestiona la "confianza institucional" en el sistema; consecuentemente ya no la culpabilidad.

[252] Se ha definido a la imputación objetiva como la creación de un riesgo jurídicamente relevante (carácter disvalioso de la conducta), la realización del riesgo en el resultado (consumación o tentativa) y la pertenencia de resultado al ámbito de protección de la norma (criterio adicional propuesto por ROXIN). Esta teoría diseñada para delitos comisivos de resultado, sin embargo se propone la extensión de aplicación también a los delitos de mera actividad y delitos omisivos (impropios), también para la teoría de la participación delictiva, tentativa, etc.; por otro lado, si se acepta la estructura finalista del delito se comporta o no el carácter final ontológico de la acción, ella plantea el papel que la imputación objetiva está llamada a desempeñar hasta tres posturas: Para un sector de la doctrina la imputación objetiva es presupuesto constitutivo del tipo legal (tipo objetivo), esto es, la afirmación de que una acción es típica, requiere como paso previo que el resultado sea objetivamente imputable a su autor (ROXIN). Otros autores prefieren hablar de imputación objetiva afirmada ya la tipicidad del comportamiento; desde este punto de vista la imputación objetiva funcionaría a modo de un "segundo correctivo" de tipicidad. (GIMBERNAT ORDEIG). Y hay quienes piensan que la imputación objetiva debe analizarse a nivel de la antijuricidad (BUSTOS RAMÍREZ).

disciplina científica llamada Victimología[253] y su mensaje de la reprivatización de los conflictos. Los avances de tal estudio han alcanzado ribetes predecibles como es encontrar en el comportamiento de la víctima una categoría de carácter dogmático que implica considerarlo dentro de la teoría del delito, como es la reciente victimo-dogmática.

Un segundo ámbito del Derecho penal moderno lo constituye el *Derecho penal económico*. La precisión de sus contenidos es cuestión aún pendiente de aclaración, pero parece haber acuerdo en que aquel es un sector de la Parte especial que agrupa a tipos penales orientados a la protección de "nuevos" bienes jurídicos del orden económico que, generalmente, remiten a sustratos de carácter *colectivo*.

Una tercera manifestación del Derecho penal moderno sería el *Derecho penal de la empresa*. El ejercicio de una actividad empresarial es hoy la fuente principal del dominio social material sobre los bienes jurídicos involucrados en la actividad económica. Autor típico de los delitos económicos es el *empresario* y por esto muchos de estos delitos son tipos *especiales*. El Derecho penal económico se comprende así también como *Derecho penal de la empresa*. Esta perspectiva destaca aspectos de la Parte general, sobre todo de autoría y participación, pues estos con-

---

[253] Esta doctrina tiene su origen con el profesor de la Universidad de Bonn y Yale Hans von HENTING, quien en 1948 publicó su obra intitulada "*The criminal and his victim*", donde por primera vez en las ciencias penales aparece la víctima como factor criminógeno, así el delincuente y la víctima conforman la pareja criminal. Conocida es la frase de VON HENTING cuando decía que las víctimas tienen el delito en sus venas y constituyen la gran "reserva criminal". Más adelante encontramos al jurista Israelí B. MENDELSHON y al jurista español Luis JIMÉNEZ DE ASÚA dedicados al estudio de esta materia. Sin embargo, el movimiento victimológico como doctrina contemporánea se inicia en los 80 cuyo presupuesto y contenido se decanta a favor de una mayor protección de los derechos, interés y necesidades de las víctimas, centrados su discurso, su estudio en los procesos de victimización que realiza el sistema penal (primaria, secundaria y terciaria, y hay quienes piensan que existe una cuarta victimización pero referida al delincuente –carcelería y post carcelería–).

ceptos se han construido para un modelo de criminalidad individual, en tanto que el modelo económico-empresarial involucra a una pluralidad de sujetos que actúan en contextos colectivos conforme a los principios de división del trabajo y de jerarquía. Esta circunstancia ha puesto en jaque a los instrumentos dogmáticos tradicionales[254], que no ofrecen soluciones seguras a los problemas de imputación del hecho cometido a partir de una actividad empresarial (colectiva).

El cuarto ámbito del Derecho penal moderno es el *Derecho penal de la Unión Europea*. La integración europea ha dado lugar a la aparición de "bienes jurídicos europeos" diferenciados de los nacionales. Aunque hoy no existe un *ius puniendi* europeo propio, los bienes jurídicos europeos no están desprovistos de protección jurídico-penal. Por ahora se distingue *de lege lata et ferenda* entre la "europeización del Derecho penal" y el "Derecho penal europeo". La *europeización* se refiere a los diferentes modos y formas de influencia del Derecho europeo en los ordenamientos penales de los Estados miembros.

El quinto ámbito del Derecho penal moderno es el *Derecho penal de la globalización*. El *proceso* de gobalización se basa en la desnacionalización de la economía. Las transacciones económicas internacionales se llevan a cabo ahora en un mercado global dominado por las *empresas transnacionales*. Estas pueden decidir sobre el establecimiento geográfico de sus centros de producción y de distribución de bienes y de servicios en un lugar u otro del globo, y así sobre la elusión de las leyes nacionales (fiscales, laborales y ambientales).

Algunos ven como moderno al denominado *Derecho penal del enemigo*, que habría sido invocado en 1985 por Günther JAKOBS como un postulado político-criminal que posteriormente él mismo y otros han desarrollado. Los delitos de los *ciudadanos* son ocasionales y solo expresión de un abuso o extralimitación en las relaciones sociales legítimas

[254] Véase SCHÜNEMANN, Bernd. "Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität", en: *Wistra*, 1982, p. 42: problemas asimilables al de la "cuadratura del círculo".

en que participan que no les hace perder su *fidelidad* al Derecho ni su e*status* de ciudadano. Los *enemigos* serían individuos cuyas actividades delictivas se desenvuelven fuera de relaciones sociales reconocidas como legítimas.

Otro rasgo importante que afecta ostensiblemente la eficacia del sistema penal peruano es la conveniencia de la aplicación de un "procedimiento" penal convencional (tradicional) a delitos no convencionales (no tradicionales). A todas luces, que en nuestro medio existe todavía un procedimiento penal absolutamente desfasado de la realidad como es la vigencia del Código de procedimientos penales de 1940 (aunque reformado por la Constitución de 1979, Decreto Legislativo Nº 052 – Ley Orgánica del Ministerio Público– y por algunos artículos del Código Procesal Penal de 1991), que sin embargo debe servir para tramitar algunas pretensiones punitivas de figuras especiales de entidad o injustos colectivos o pluriofensivos contenidos en el Código penal vigente. En síntesis, la tendencia prevaleciente de corte "neo" criminalizador es una consecuencia ideológica de los intentos contemporáneos que conlleva hacia una "importación del Derecho penal" de la cual el legislador patrio no podría soslayar en nuestra legislación punitiva.

III. ÁREA DE DESARROLLO DE LAS TENDENCIAS CRIMINALIZADORAS DEL DERECHO PENAL: DESCRIMINALIZACIÓN VS. "SOBRE"/"NEO" CRIMINALIZACIÓN

Las tendencias analizadas se gestan en el marco de un proceso "gris" del Derecho penal actual, caracterizado por dos cuestiones a tener en cuenta para hacer viable los objetivos político-criminales y penales. Nunca antes como hoy, y con mayor intensidad, el Derecho penal viene fomentando un discurso confrontacional entre el criterio racionalizador del principio de mínima intervención o reducción del ámbito de acción del sistema penal y la necesidad de tutelar nuevos bienes jurídicos colectivos o macrosociales, libre competencia, medio ambiente, etc.) o de ultraproteger aquellos bienes jurídicos que forman parte del Derecho penal nuclear (vida humana, patrimonio, libertad, etc.) que le da un contenido criminalizador. En este mismo contexto, podemos señalar

al Código penal español de 1995, ya existen críticas por su desmesurada extensión en instrumentos legislativos como los delitos de peligro abstracto o las normas penales en blanco para proteger bienes jurídicos poco precisos o difusos, características de los que los penalistas de la Escuela de Franckfurt llaman "moderno" Derecho penal, excediéndose del marco cosntitucional respetuoso con los principios básicos del Estado de Derecho[255].

En ese sentido, aunque parezca paradojico, que por una parte, si bien es cierto se ha descriminalizado *de jure* mediante la destipificación[256]. Así algunos delitos superfluos o seudo criminales como por ej. adulterio, riña, piratería y además delitos de bagatela contenidos en el abrogado Código de MAÚRTUA, también lo es el hecho que al mismo tiempo se está percibiendo una "inflación penal" o "hemorragia legislativa" producida por las tendencias criminalizadoras; todo esto sucede en momentos en que el Derecho penal eurocontinental, del cual forman parte los países sudamericanos, en cuanto al diseño político-criminal se enmarcan dentro del modelo alternativo de mínima intervención del sistema de control social punitivo; y precisamente CERVINI[257] señala que

---

[255] Resulta oportuno traer a colación las palabras de GRACIA MARTÍN, Luis. "Política criminal y dogmática jurídico-penal en España", en: *RPCP,* Nº 2, Lima, 1993, p. 384, que alude que "la intervención del Derecho penal en determinados ámbitos se muestra excesiva en el vigente Código penal español y ello es contrario según la opinión ampliamente mayoritaria en nuestra doctrina, a los principios de carácter fragmentarios de Derecho penal y la pena como última ratio".

[256] Sin embargo, también puede descriminalizarse mediante fórmulas dogmáticas que afectan cualquier categoría de la estructura del delito, así a nivel de tipo objetivo puede establecerse restricciones en el bien jurídico, en el sujeto activo (funcionarios públicos, etc.), en el sujeto pasivo, en la acción típica; en el tipo subjetivo, tendencias subjetivas específicas; a nivel de antijuricidad ampliando el catálogo de causas de justificación (consentimiento, etc.); a nivel de culpabilidad (o llamado por nuestro Código responsabilidad) aumentando la edad para la inimputabilidad o el conocimiento del injusto (por ej. el error de prohibición o de comprensión culturalmente condicionado).

[257] Véase: CERVINI, Raúl. *Los procesos de descriminalizacion*, Montevideo,

"no obstante, que si bien la tendencia descriminalizadora es abiertamente dominante en el panorama doctrinario, en el terreno legislativo, por el contrario, muchos países desarrollados participan actualmente de una orientación crecientemente represiva que se traduce en un aumento de conductas punibles".

Como es sabido, los más autorizados y conspicuos representantes en torno al pensamiento del Derecho penal mínimo son Luigi FERRAJOLI quien sostiene que el Derecho penal debe minimizar la violencia y maximizar las garantías, y BARATTA pregona un redimensionamiento del Derecho penal a raíz que la Criminología crítica se transforma cada vez más en sus cuestionamientos del Derecho penal al cual considera como un sistema dinámico de funciones en el que es posible distinguir tres mecanismos susceptibles de análisis separado: el de su producción de normas (criminalización primaria), el de su aplicación (criminalización secundaria) y el de la ejecución de las penas y medidas de seguridad.

Las perspectivas minimalistas en cuanto a sus posibles vías o mecanismos orientados hacia la reducción del sistema punitivo plantean medidas como la descriminalización, despenalización y la desjudicialización. Para lograr el descongestionamiento tanto a nivel sustantivo como procesal resultará legítimo "huir al Derecho penal" en términos de Claus ROXIN cuando los demás mecanismos jurídicos no penales de resolución de conflicto han fracasado, de ahí su naturaleza subsidiaria (*ultima ratio*) que, además implica sustituir la pena por otras sanciones alternativas Asimismo existen otros principios básicos a tener en cuenta al momento de la creación legiferante de delitos (criminalización primaria) como son la fragmentariedad, esto es, proteger solo los ataques más graves a bienes jurídicos más importantes que suele predicarse en la parte especial, y efectividad que resalta la probabilidad de su ocurrencia.

1993, p.164.; el mismo autor agrega lo siguiente ¡Se observa así lo que a primera vista aparece- y muchos autores ven- como un fenómeno de abierta contradicción entre los postulados de la doctrina y la actividad legislativa, dicotomía que produce gravemente perjudiciales sobre la real capacidad de eficacia del ordenamiento penal contemporáneo." (p.165).

Ahora, estos principios teórico-doctrinales han quedado allí, en el imperecedero letargo del papel, y a decir verdad siempre ignorados por el Legislador, sin proyección en la realidad de nuestro país. Para muestra, algunos botones: nuestro Código penal, promulgado por el Decreto Legislativo, Nº 635, vigente desde abril de 1991 entra en una contradicción interna, porque según la propia Exposición de Motivos, nuestro Código abona y se suscribe a la ideología de la moderna política criminal; es decir, y como no podría ser otro modo, por el Derecho penal de mínima intervención [258]; sin embargo su Parte Especial y en leyes especiales se pone en evidencia una mayor carga criminalizante que el Código Penal abrogado de 1924.

Por otra parte, para nadie es novedad que como conjunto está muy arraigada la "crisis" del sistema penal[259], tanto a nivel del subsistema

---

[258] En la Exposición de Motivos del Código se explica sucintamente el porqué de la reforma afirmando: "Es estable reconocer que el Código Penal cuya vigencia cesa, constituyó en su época un paso trascendental en relación a las ciencias penales que le antecedieron. Sin embargo, el paso irreversible del tiempo, con los nuevos avances doctrinales y la expositiva realidad social del país estremecieron su estructura funcional. El fenómeno criminal con los índices alarmantes y las nuevas modalidades violentistas de la desviación social presionaban por mejores propuestas de reacción punitiva..."(...) "... *debería avocarse no solamente a adaptar el Código Penal al sistema político dibujado por la Constitución, sino también a las nuevas realidades de nuestra sociedad y a los avances que presentan(sic) en esta hora la política criminal, la criminología y la ciencia penitenciaria*" (Véase, con mayor detalle: HURTADO POZO, Jose. *Manual de Derecho penal. Parte General*, I, Lima, 2005, pp. 128 y 127) las cursivas son mías. Así también: PAREDES PEREZ, Jorge Martín. *Para conocer el Código penal,* Lima, 1994, p. 40.

[259] En ese sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* Barcelona, 1992, pp. 13 y 14, sostiene que "la crisis, en realidad, es algo connatural al Derecho penal como conjunto normativo o, como mínimo, resulta, desde luego, inmanente al Derecho penal moderno, surgido de la ilustración". Sigue este autor manifestando que "En ellos, en efecto, existe antinomia entre libertad y seguridad (expresada en el ámbito penal en la tensión en la prevención y garantías, o incluso, si se quiere, entre legalidad y política criminal) que empieza a ser resuelta

que está formado por el conjunto de leyes penales, normas procesales, leyes de ejecución y otras disposiciones especiales conexas con el ámbito penal, como también el subsistema institucional de los órganos portadores del sistema normativo, tales como la Policía, el Ministerio Público, el Órgano Jurisdiccional, y también en nuestra realidad el Instituto Nacional Penitenciario (INPE). Ahora el problema hunde sus raíces, con lamentable profundidad, fundamentalmente porque nuestras instituciones de control, están igual o peor contaminadas del virus congénito de la crisis, vale decir que la policía sigue manteniendo una formación autoritaria y militarizada, por su parte el Ministerio Público como órgano persecutor del Delito y el Poder Judicial como órgano decisor, ambos cumplen el papel de "cómplices primarios" de cualquier estrategia coyuntural-excepcional por parte de los gobiernos de turno.

IV. ALGUNAS REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Hemos querido plantear uno de los temas centrales en la agenda del Derecho penal, y siguiendo el *iter* argumentativo de nuestro trabajo y haciendo una apretada conclusión de la tendencia "sobre" criminalizadora se ha detectado lo siguiente: Una de las causas de la existencia de una proclividad, y por ende fracaso del recurso punitivo, es que el Estado exprofesamente distorsiona los conceptos político-criminales y de política penal, reduciéndose en nuestra realidad a esta última, influenciado por actos de venganza colectiva en la ciudadanía y los medios de comunicación; otra causa se debe a la reiterada demagogia, en el sentido de postular que con la agravación de la penalidad se va a eliminar el mal que se quiere atacar, sin tener en cuenta que el Derecho penal es generador de una carga criminógena de violencia. La "sobre" criminalización trasforma el sistema penal hasta llevarlo a una "degeneración" del mismo, pues en su afán de ser operativo y eficaz transgrede garantías y de-

automáticamente a favor de la seguridad; así se detecta ya un principio de crisis". Agrega el mismo autor que "…tal crisis o tensión permanente no constituye, en sí, un fenómeno negativo, al contrario, probablemente es este el motor de la evolución del Derecho penal".

rechos constitucionales (debido proceso, rehabilitación del penado, etc.) que trae aparejadas perniciosos exabruptos, que imposibilitan, o cuanto menos perturban grave e insubsanablemente el Estado de Derecho. Es sintomático que a consecuencia de los elevados índices de criminalidad como el narcotráfico, delincuencia urbana, delincuencia económica, crimen organizado, se llegue en primera instancia a una criminalización (tipificación) y, en segunda instancia se "caiga" en una sobrecriminalización (que implica sobrepenalización), circunscribiéndose a "ultraproteger" bienes jurídicos de carácter personal-nucleares como la libertad individual, sexual, patrimonial, etc.

En ese sentido, también en la tendencia "neo" criminalizadora[260] precisamos las siguientes conclusiones: Si bien esta tendencia ocasiona un proceso de elefantismo de la legislación penal, hay que tener presente que se debe fundamentalmente a una situación de "constreñimiento ideológico" que se respira en toda la atmósfera del Derecho penal comparado en pos de acceder a los nuevos requerimientos que la sociedad inevitablemente plantea. Esta tendencia se caracteriza por tener un trato benigno en la penalidad, y esto, obviamente, favorece la aplicación de una respuesta simbólica, tanto en el plano sustantivo (suspensión de la ejecución de la pena, reserva del fallo condenatorio, la exención de pena, la conversión de la pena, la prescripción, etc.) como en el plano procesal (orden de comparecencia, libertad provisional e incondicional, etc.).

No obstante nos preguntamos: ¿cómo se podría frenar la omnipotencia del Estado en cuanto a las decisiones penales? Este desborde legislativo que es un mal patológico, pues traspasa los límites racionales, se puede frenar en base a una serie e inmediata aplicación del instrumento que tildamos de "terapéutico", como es el principio de mínima

[260] SILVA SÁNCHEZ afirma que "esta tendencia incriminadora, que es muy pluriforme en su interior y por tanto, difícilmente reconciliable a un juicio unitario, adopta en ocasiones la forma de una legislación claramente simbólica o retórica, sin posibilidades reales de aplicación". SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. Cit., p. 16.

intervención del Derecho penal. Toda la legislación penal (abarcando tanto Códigos penales, leyes especiales, procesales, Código de Ejecución, y leyes conexas), para que no sean consideradas como meras hojas "muertas" en el papel escrito al que todos recurren cual oráculo, debe obtener una real y efectiva armonización con la Constitución como vértice superior del ordenamiento jurídico, que moldea los pilares básicos de la estructura y organización de un país, lo que ha venido denominándose la "Constitucionalización del Derecho penal"[261].

Finalmente, y desde el punto de vista futurista, consideramos que la frase fatídica de Gunther STRATENWERTH al mencionar que la historia del Derecho penal es la historia de su paulatina desaparición, es demasiado utópico, más bien y a no dudarlo se puede afirmar que la evolución del Derecho penal estará marcada por que la intervención punitiva se limite a lo mínimamente necesario[262], y que tiene que defenderse a ultranza; no podemos, como dicen los abolicionistas, plantear la "pena de muerte" al Derecho penal pues la sociedad tendría sus días contados, y con esto no pretendemos que el Derecho penal se ocupe de ilícitos de poca gravedad o de injustos bagatelares, sino que exista un criterio

---

[261] PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la Parte general*, Grijley, Lima, 1994, p. 48, "Existe y siempre ha sido así una estrecha relación entre la Constitución y el Derecho penal. El Derecho constitucional y el Derecho penal han nacido y evolucionado juntos, en efecto, las ideas políticas de la Ilustración marcaron el ritmo de las ideas penales y constitucionales al poner empeño en fijar los límites del poder del Estado. Tal vinculación no es fruto acaso del no conyunturalismo, pues precisamente al Derecho penal le cabe la difícil y delicada tarea de emplear el instrumento más temible del poder político, cual es, el recurso de la pena".

[262] En la literatura peruana, CARO CORIA, Carlos. "Sistema penal y mínima intervención: de una función simbólica a una función real", en: *Themis. Revista de Derecho,* N° 27-28, Lima, 1994, pp.184 y ss, plantea como alternativa la aplicación del modelo político criminal de mínima intervención. Su planteamiento central consiste en limitar la actividad punitiva estatal a efectos de dirigirlas únicamente contra aquellas infracciones penales que ocasionen un mayor gasto o costo social. Solo en este sentido el sistema penal cumplirá una función real y no simbólica.

de valoración de los bienes jurídicos al momento de la criminalización de conductas aunque actualmente el Derecho penal se desenvuelva en un contexto en que es insoslayablemente imperativo el afán de ampara nuevos interés, so pena de retroceder en cuanto a la eficacia garantística y quedar perennizado en una función simbólica y demagógica. Es necesario efectuar un enfoque integral (multidisciplinario) sobre la realidad delictiva, ya que solo así se permitirá el desarrollo de una teoría político-criminal tanto formal (en la vía legal) como en la material (en la vía de aplicación) comprometida con una reflexión crítica del *jus puniendi*. Realizar a través de las instituciones competentes, una debida capacitación permanente a los operadores jurídicos (policías, fiscales, jueces) de los nuevos avances de la ciencia jurídica penal como es el Derecho penal de riesgos (peligro), el Derecho penal victimal, entre otros que tienen un amplio espectro para la solución de casos, y que tienen que ser aprovechados.

Todos estos planteamientos necesitados de una profunda evaluación, formarán parte del núcleo del debate jus-penalista, que apunten a que no exista en el plano de la legislación penal leyes indeterminadas con términos vagos de difícil interpretación, de cláusulas generales en los conceptos típicos, dejando al juzgador un amplio margen de discrecionalidad. A este momento, los profesores HASSEMER y MUÑOZ CONDE lo denominan "hacia una tendencia a la desformalización del Derecho penal", es decir un debilitamiento del principio de legalidad, que puede suponer una merma, cuando no eliminación, de estas barreras infranqueables que von LISZT resaltaba a principios de siglo XX.

SEGUNDA PARTE
DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA Y SUS RELACIONES CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Capítulo V
LA ACCESORIEDAD ADMINISTRATIVA DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA (ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO PENAL MEDIOAMBIENTAL)

I. CONCEPTO

Ante la trascendencia de la infracción del precepto administrativo, la misma que tiene implicancias importantes en el plano de la tipicidad como en la antijuricidad penal, el juzgador puede optar, según CARO CORIA[263], por dos alternativas: a) puede realizar un juicio puramente intrasistemático, basado en la interpretación del tipo penal aislado del resto del ordenamiento jurídico, de modo que no otorgue valor alguno a los preceptos administrativos y b) La segunda opción se contrapone a la primera, pues aquí el juez no es indiferente al principio de unidad del ordenamiento jurídico y opta por delimitar la prohibición contemplada en el tipo penal, teniendo en cuenta la regulación administrativa.

En el delito de contaminación ambiental, por ejemplo, se ha seguido la segunda alternativa. En tal virtud, el contexto de la regulación administrativa en la delimitación del injusto penal del Art. 304° CP está, por ejemplo, cuando prescribe que los actos contaminantes infraccionen las "leyes reglamentos o límites máximos permisibles". Dicho de otro modo, lo que está aludiendo es que la protección penal del ambiente es un área primordialmente *ocupado* por el Derecho administrativo[264]. Es lo que se

---

[263] CARO CORIA, Carlos; "El valor de la infracción administrativa en la determinación del riesgo permitido en el Derecho penal económico", en: *Materiales de Enseñanza, Maestría en Derecho penal, Derecho penal económico*, Ciclo 2004-II, Pontificia Universidad Católica del Perú.

[264] HEINE, Günter. "Accesoriedad administrativa en el Derecho penal del medio ambiente", en: *ADPCP*, 1993, p. 292 (Las cursivas son del texto);

llama en doctrina normalmente la "accesoriedad del Derecho penal respecto al Derecho administrativo", que en materia ambiental es una técnica completamente irrenunciable[265], aunque también existen autores quienes se muestran críticos ante tal técnica de la accesoriedad[266]. Por otro lado, la accesoriedad se destaca como modelo técnico-legislativo, porque aunque exista un verdadero peligro o lesión efectiva a los objetos ambientales, resultará irrelevante penalmente si no se infringe las

---

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 504 señala que "La reglamentación administrativa es pues, decisiva para la delimitación del supuesto de hecho típico, hasta el punto que si la conducta no está prohibida y prevista por dicha reglamentación o se produce dentro de límites autorizados por la misma, no tendrá aplicación...".

[265] En este sentido, véase: ESER, Albin. "Derecho ecológico", en: *Revista de Derecho Público*, Vol.II y IV, Madrid, 1985, p. 643; HEINE, Günter. *Derecho penal del ambiente. Especial referencia al Derecho penal alemán,* p.57; MOECKEL GIL, Emilio. "Perspectivas del delito ecológico en el Código penal de 1995. Su prueba en el proceso", en: *CPC*, N° 65, 1998, p. 386; RODAS MONSALVE, Julio. *Protección penal y medio ambiente,* PPU, Barcelona, 1994, p. 224 cuando afirma que "ve en aquella una estructura técnica riesgosa, pero necesaria, dada la índole compleja de determinadas materias que hace inevitable una cierta flexibilización de los presupuestos típicos, la que debe, sin embargo, someterse a restricciones para asegurar que la definición de la conducta prohibida quede en manos del legislador penal en sentido estricto"; DE LA MATA BARRANCO, Norberto. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Barcelona, 1996, pp. 31 y 61. Asimismo, HEINE. "Accesoriedad administrativa en el Derecho penal del medio ambiente", p. 293. (las cursivas son del texto). Este autor admite que "*...para el Derecho penal las consideraciones del ordenamiento jurídico-administrativo sobre daños al medio ambiente son, en gran medida, imprescindibles*".

[266] Véase: SCHÜNEMANN, Bernd. "Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana", traducción de Manuel Cancio Meliá, en: *RPCP*, N° 5, Lima, 1995, pp. 248-249. En nuestra doctrina: REYNA ALFARO, Luis Miguel. "La protección penal del medio ambiente: posibilidades y límites", disponible en: www.unifr.ch/derechopenal/artículos/pdf/Reyna1

normas jurídicas de protección del ambiente. En otras palabras, el principio de accesoriedad administrativa responde a una nueva tendencia en materia jurídico-penal que ha denominarse la "administrativización" del Derecho penal[267]. Además, la pérdida de los contornos precisos de la norma penal y la proliferación de elementos normativos respecto al ámbito administrativo se deben a la inevitable "modernización" de la ley penal[268].

La accesoriedad administrativa, como dice SCHÜNEMANN representa el punto de Arquímedes del Derecho penal del medio ambiente y de amplios ámbitos del Derecho penal económico en su conjunto[269]. Por tal motivo, para apaciguar los poderosos escollos que amenazan la accesoriedad, esta debe sujetarse a tres reglas básicas. En primer lugar, debe primar el principio de *unidad* del ordenamiento jurídico, en el sentido que no puede haber una contradicción entre la prohibición penal y la permisión en sede administrativa. La accesoriedad debe producir una valoración unitaria del Derecho administrativo ambiental y del Derecho penal ambiental, así en frases como "contaminar mediante vertidos residuales" debe producir seguridad jurídica mediante una interpretación unitaria. Como correlato de esto, en segundo lugar, teniendo en consideración el principio de *subsidiariedad* en el ámbito punitivo, el

---

[267] Este fenómeno de la administrativización del Derecho penal es criticado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl /ALAGIA, Alejandro/ SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 11, ya que banaliza el contenido de la legislación legal, destruye el concepto limitativo del bien jurídico, profundiza la ficción de conocimiento de la ley, pone en crisis la concepción del dolo, cae en responsabilidad objetiva y, en general, privilegia al estado con el patrimonio de los habitantes.

[268] GARCIA ARAN, Mercedes. "Algunas características generales del Código penal español de 1995: ¿Hacia la superación del Derecho penal de la codificación?", en: *Gaceta Jurídica*, tomo 49, Lima, 1997, p. 56.

[269] SCHÜNEMANN, Bernd. "¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?", traducción de Teresa Rodríguez Montañés, en: *Jornadas sobre "Reforma del Derecho penal en Alemania"*, Madrid, 1991, p. 45.

Derecho penal no puede penalizar aquellos comportamientos que las normas del Derecho administrativo autorizan. En otras palabras, en virtud del principio de intervención mínima, el Derecho penal reglamenta la actuación accesoria y subsidiaria respecto del Derecho administrativo más en una materia como esta –la ambiental– tan sujeta a una compleja protección de este ordenamiento, lo que supone la previa infracción de normas administrativas antes de dar paso a la sanción penal que, por otra parte, supone atentados ambientales de cierta gravedad. En tercer lugar, resulta evidente que las normas penales (como en el caso del delito de contaminación ambiental) no pueden determinar cuándo comienza exactamente el límite punible contaminante, con lo cual sí, las normas administrativas, a través de los valores-límite, servirían de auxilio.

Concretamente, la accesoriedad administrativa consiste en la intervención de los puntos de vista del Estado y su administración en la determinación de los criterios de control, ordenación, riesgo y valor en el aprovechamiento del ambiente en general. Por ejemplo, el aire es un bien común pero limitado y su utilización y disfrute deberá supeditarse a los superiores intereses de la comunidad frente a los intereses individuales o de un determinado grupo motivados por la explotación económica de la energía o industria. Por eso, allí donde el particular no puede objetiva y responsablemente determinar la ponderación de intereses contrapuestos (riesgo y provecho) y con ello adecuar su comportamiento a dicho cuidado, es donde interviene el Estado.

Dicho de otro modo, la accesoriedad administrativa no es otra cosa que la injerencia del Poder Ejecutivo –a través de reglamentos sectoriales que constituye una delegación legislativa– en las facultades legiferantes del Poder Legislativo. Esta situación de accesoriedad respecto del Derecho administrativo de los tipos penales ambientales se debe fundamentalmente a dos cuestiones: en primer lugar, porque en un ámbito de situaciones conflictivas entre protección del ambiente y desarrollo económico, es el Derecho administrativo quien debe fijar el equilibrio de ambos. En segundo lugar, si se deja al criterio de la administración pública, esta cumplirá una función más especializada, además que sus instrumentos jurídicos son menos "toscos" que los que posee el Dere-

cho penal, entonces, aquel habrá de intervenir para reforzar la ejecución de la decisión administrativa[270]. A toda esta argumentación se agrega el hecho que el delito ambiental viene a ser la confirmación del fracaso de los medios de control extra-penales, por lo que el sistema penal poco o nada puede hacer dentro del proceso de socialización del individuo debido justamente a su carácter secundario del Derecho penal.

Parece evidente que la razón de ser de la accesoriedad administrativa en el Derecho penal ambiental, radica en que solo este debe servir de refuerzo a la regulación administrativa pues es a ella a la que fundamentalmente se reenvía[271]. Por tal motivo, siguiendo a RODRÍGUEZ RAMOS, decimos que la norma penal protectora del ambiente no es un instrumento principal ni primario, es decir no "...es principal el papel de la norma penal, porque solo puede auxiliar a la normativa y a la autoridad administrativa y, en el mismo sentido, no es primaria, sino secundaria en cuanto que cronológica y ontológicamente ha de existir antes o al mismo tiempo la normativa auxiliada que la auxiliante"[272].

---

[270] Crítico, por ejemplo, HERZOG, Félix. "Límites al control penal de los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el Derecho penal en peligro)", traducción de Larrauri Pijoan y Pérez Alvarez, en: *ADPCP*, 1993, p. 320: "La accesoriedad de la Administración en el Derecho penal del medioambiente puede ser interpretada como un sinónimo de tal desintegración: el Derecho penal interviene, con gran anterioridad a la lesión del bien jurídico, bajo la presión de la gran importancia política de la Ecología. Allí el Derecho penal opera, de nuevo, bajo presión económica, de la infraestructura, presión política del mercado laboral y otras presiones propias de intereses contradictorios".

[271] POLAINO NAVARRETE, Miguel. "La criminalidad ecológica en la legislación penal española", en: *Libro homenaje al Prof. Del Rosal*, Madrid, 1993, p. 871; CANTARERO BANDRES, Rocío. "El delito ecológico: análisis del actual tipo penal", en: Terradillos Basoco, Juan (Coord.). *El delito ecológico*, Trotta, Madrid, pp. 62 y ss.

[272] RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. "Alternativas de la protección penal del medio ambiente", en: *CPC*, N° 19, p.145. Apunta, BACIGALUPO, Enrique. *Estudios de la Parte Especial del Derecho penal*, Madrid, 1994, p. 220 que "Es muy frecuente que el Derecho penal opere en este ámbito con un estricto

Ahora bien, la peligrosidad del comportamiento contaminante debe medirse mediante criterios normativos de carácter penal, esto es que "...será necesario tomar en consideración la prescripción administrativa, pero desde una perspectiva penal, es decir que la mera infracción formal no es lo que cuenta, sino la relevancia de puesta para la realización de un delito de peligro o de lesión para la estabilidad del ecosistema"[273].

El problema de la accesoriedad del Derecho penal respecto del Derecho administrativo no puede solucionarse elaborando enunciados categóricos convencionales como "no matarás", "no hurtarás" o "no contaminarás". Esto es, tiene que reelaborarse los enunciados imperativos de la norma primaria que subyace a la ley penal traduciéndose ahora, no en una *prohibición*, sino en términos de *concesión*, es decir, "contaminarás hasta cierto límite". Lo determinante será ponerse de acuerdo en la delimitación normativa entre consumo y conservación, dejando de lado la respuesta punitiva a aquellos actos permitidos o socialmente no lesivos. Tal problemática, como dice SCHÜNEMANN[274], se asemeja a la negociación de un contrato colectivo. Existe una situación extraña porque las partes de la negociación (la generación futura) no está representada y la

---

carácter secundario, es decir, penalizando el incumplimiento de normas de conducta que corresponden a un ámbito que le es ajeno".

[273] CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, Gráfica Horizonte, Lima, 1999, p. 577. Este autor esquematiza su pensamiento en este tema (pp. 297 y 298) pues afirma que se puede construir un modelo penal de mínima intervención y siguiendo su orientación por la antijuricidad material y un disvalor de resultado en el injusto, conduce: 1) excluir una protección absoluta del ambiente. 2) Erigir la tutela en función de límites de tolerabilidad técnicamente definidos, de modo que se permita ciertos niveles de degradación, por encima de los cuales opera la sanción penal tras infringirse el "riesgo permitido". 3) Aceptar como necesaria la técnica de las leyes penales en blanco, de forma tal que el tipo incorpore en la descripción dichos límites de tolerancia.

[274] SCHÜNEMANN, Bernd. "Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho penal del medio ambiente", en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, N° 9-A, Buenos Aires, 1999, p. 633.

segunda parte (los contempladores del ambiente) solo cuentan con una representación muy reducida, de modo tal que la parte negociadora dominante (los consumidores del ambiente) es la que decide lo que estaría dispuesta a conceder a las otras partes si éstas estuvieran representadas en su totalidad.

Se reconoce que la actuación penal en materia ambiental no puede llevarse a cabo de espaldas a lo actuado en otros sectores del ordenamiento jurídico. En efecto, la propia Exposición de Motivos del CP reconoce que la protección del ambiente "*...es un elemento fundamental de la existencia y supervivencia del mundo. Los controles sociales extrapenales y una adecuada legislación administrativa al respecto, deberán operar junto al Código Penal*". Por eso, el principio de estricta legalidad sufre en la materia ambiental una fuerte erosión a causa de la irrupción de una cantidad de normas provenientes de fuentes secundarias. De un lado, es el mismo principio del "equilibrio" entre el bien ambiental y otros innumerables intereses sociales, económicos y productivos en conflicto[275].

Consideramos necesario poner de relieve que en este ámbito y ante la verificación de un hecho lesivo en contra del ambiente natural, generalmente reinará una duplicidad sancionadora: la del Derecho penal y la del Derecho administrativo sancionador. Acá debe tenerse en cuenta lo establecido por el Art. 230. 4 de la LPAG (Ley N° 27444) que describe el principio de tipicidad administrativa, prohibición de la analogía o interpretación extensiva en materia administrativo-sancionadora. En todo caso, deberá establecerse una delimitación razonable de las competencias regulativas con certeza y seguridad jurídica. Será preciso también acatar los principios de orden constitucional como el de *ne bis in idem*[276] en su articulación procesal y material. Este prin-

[275] PALAZZO, Francesco. "Principios fundamentales y opciones político-criminales en la tutela penal del ambiente en Italia", en: *Revista Penal*, N° 4, 1999, p. 70.

[276] Así, DEL CASTILLO FALCON CARO, María. "El delito ecológico en la jurisprudencia criminal española" en: *CPC,* N°59, 1996, p. 516; TERRADILLOS BASOCO, Juan. "El ilícito ecológico: sanción penal-sanción

cipio, como sabemos, impide que un sujeto sea sancionado dos veces sobre la misma infracción cuando exista identidad de sujeto, de hecho y de fundamento.

II. LOS GRADOS DE LA ACCESORIEDAD ADMINISTRATIVA

Las fuentes de riesgo exigen pues la "apertura" del Derecho penal a las reglas extra-penales que gobiernan cada sector de actividad. Esto supone ya un serio obstáculo para la pretensión de configurar un modelo jurídico-penal *autónomo o puro* en materia ambiental. Sin embargo, como se ha dicho, tenemos que seguir encaminados inevitablemente en la "accesoriedad administrativa" como injerencia del Poder Ejecutivo, y esta como se sabe está sujeta a un mayor o menor grado de subordinación respecto a la protección jurídico-penal. Es decir, tendrá que sentarse una posición sobre el grado de dependencia. ¿Acaso será suficiente la violación de las normas administrativas para aplicar los tipos penales correspondientes?, o ¿la aplicación del tipo penal tendrá que realizarse sin tener en cuenta la regulación–y vulneración– administrativa? En el Derecho comparado se admiten las siguientes dependencias:

1.1. Cuando la intervención jurídico-penal es absolutamente dependiente del Derecho administrativo.

Es el grado más dependiente de la accesoriedad extra-penal y se presenta en primer lugar, para cautelar y garantizar el cumplimiento y la ejecución de las decisiones de orden administrativo. Su finalidad está en el reforzamiento de las facultades de control y supervigilancia de las autoridades. Se presenta cuando la norma penal de conducta por sí sola prescribe la observancia de determinadas decisiones de la autoridad administrativa, por consiguiente, el Derecho penal termina por tutelar aspectos meramente formales de la legislación administrativa o bien simplemente *funciones administrativas de prevención o control* en el

---

administrativa", en: Terradillos Basoco, Juan (Coord.), *Delito ecológico*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 87 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS. "Alternativas de la protección penal del medio ambiente", p. 146.

sector ambiental, y desconoce el principio de ofensividad material de los bienes jurídicos (Art. IV del Título Preliminar del CP), y la consiguiente sustitución del *Derecho penal de los valores (y de los desvalores) por un Derecho penal de las funciones*[277]. Sin embargo, el factor preocupante de este modelo reside en la confianza que se tiene respecto de quienes tienen la potestad de sancionar y prevenir los atentados al ecosistema natural, ya que se deja al libre albedrío determinados actos tanto de fiscalización (expedición de licencias, diligencia de inspecciones, etc.) como discrecionales en función a la imposición de sanciones penales[278].

2. Cuando la intervención jurídico-penal es relativamente dependiente de la regulación administrativa

Para este modelo no será suficiente la mera desobediencia o contravención administrativa, sino que hace falta, en función a las consecuencias jurídicas, las posibles repercusiones negativas que puedan acarrear en la salud de las personas como en el mismo ámbito del equilibrio ecológico. La regulación de los delitos ambientales del Código penal peruano se inscribe en este marco. En materia de la contaminación del aire y ruido excesivo, dice TIEDEMANN[279], son únicamente punibles en el Derecho alemán vigente a condición de que el autor infrinja gravemente las reglamentaciones aprobadas por las autoridades competentes para la protección del medio ambiente y con el requisito adicional de que esos actos cambien la composición natural del aire de manera que se vean amenazados la salud humana, los animales, las plantas o las cosas de considerable valor. Por este motivo, se busca que la mayoría de infrac-

---

[277] MORALES PRATS, Fermín. "La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: Ley penal en blanco y concepto de peligro", en: *Estudios penales en memoria del Prof. Dr. José Ramón Casabó Ruíz*, Segundo Volumen, Valencia, 1997, p. 477.

[278] En este mismo sentido: RODAS MONSALVE, Julio. Op. Cit., p. 205.

[279] TIEDEMANN, Klaus. "El Derecho penal alemán del ambiente: cuestiones dogmáticas novedosas", traducción de José Luis de la Cuesta, en: Mazuelos Coello, Julio (comp.). *Derecho penal económico y de la empresa*, San Marcos, Lima, Lima, p. 262.

ciones ambientales se legislen a partir del CP, para obtener una mayor conciencia y prevención en la población.

Ahora, en doctrina se habla de una dependencia relativa respecto al *Derecho administrativo o al acto administrativo*[280]: en la primera, nos hallamos ante un caso de ley penal en blanco, ya que la normativa administrativa es un elemento del tipo objetivo del injusto, por lo que la materia prohibitiva está en la norma penal. En la segunda, en cambio, es el grado más débil de la accesoriedad relativa, por lo que las relaciones penal-administrativas son mediante la referencia a las disposiciones de la autoridad administrativa[281]. En este caso, por ejemplo, sería el Art. 307° del CP –manipulación de desechos– cuando señala como sede del delito "lugares no autorizados".

3. Cuando la intervención jurídico-penal es absolutamente independiente de la administración

En esta hipótesis se quiebra la determinación del modelo equilibrado entre el límite institucional de la gestión administrativa y el necesario respeto que debe guardar el Derecho penal para delimitar la protección del ecosistema natural. Según esta apreciación, se produce un grado de indiferencia estructural de la intervención punitiva hacia la propia legislación administrativa, que como hemos dicho, es consustancial a la protección del ambiente natural, cuando se trata de situaciones irregulares que no pueden ser amparados por ningún sector del ordenamiento jurídico. Se ha destacado además, que los niveles de tolerancia están sujetos a diferentes criterios y evaluación de riesgos por parte de la administración pública. Por ejemplo, las discusiones sobre los están-

---

[280] Así, RODAS MONSALVE, Julio. Op. Cit., p. 206.

[281] Una sujeción irrestricta a la accesoriedad administrativa abarcaría aquella según la cual en Derecho penal han de respetarse incluso aquellas autorizaciones de emisiones contaminantes realizadas por la autoridad administrativa que sean antijurídicas. Es decir un acto administrativo antijurídico tiene validez hasta su anulación por los tribunales contencioso-administrativos, de modo que habría de ser respetado también en el ámbito del Derecho penal.

dares denominados valores-límite no evitan riesgos mortales latentes para la población, son en definitiva, más que decisiones técnicamente disfrazadas sobre riesgos producidos socialmente adecuados y todavía tolerados[282].

4. Toma de postura

Resulta claro que el legislador penal no debe crear modelos autónomos o puros de intervención punitiva en materia ambiental, de espaldas al entramado institucional y normativo preexistente. Por otro lado, cada una de las tres formas de la accesoriedad administrativa plantea problemas dogmáticos específicos y por ello no deberían ser confundidos. Especialmente es de considerable relevancia la cuestión de si la accesoriedad administrativa se vuelve un tema a nivel del tipo o de la justificación. Ahora bien, asumir un modelo de excesiva dependencia con respecto a los presupuestos extra-penales supone indefectiblemente problemas de solapamiento entre los ilícitos penales y los ilícitos administrativos. Por el contrario, optar por un modelo de intervención penal excesivamente autónomo produce una ignorancia de la propia lógica interna del Derecho penal con respecto a cada modelo de actividad que la administración pública está llamada primariamente a controlar y vigilar. Por ello consideramos que ante los diferentes grados de accesoriedad debe ampararse fórmulas de equilibrio en el modelo de intervención penal. Así, pues, asumimos una *dependencia relativa* de las normas administrativas, o mejor dicho, del Derecho administrativo con relación a la regulación penal ambiental. De tal manera que la infracción a las normas administrativas conllevará a un riesgo jurídicamente desaprobado y nada más, restando todavía la determinación de los posibles resultados "típicos" que ella ocasione. Resulta evidente que la accesoriedad debe ser en función estrictamente a las normas del Derecho administrativo y no a actos[283].

---

[282] HEINE, Günther. "Accesoriedad administrativa en el Derecho penal del medio ambiente", p. 298.

[283] En este sentido, la crítica de SCHÜNEMANN, Bernd. "Sobre la dogmática

El Juez si bien aplicará el tipo penal una vez verificada la afectación normativa a cualquiera de los objetos del bien jurídico estabilidad del ecosistema, también es cierto que tendrá que comprobar –previo informe del sector correspondiente– la infracción de las normas de protección del ambiente. En resumen, la función del Derecho administrativo, en el marco de los delitos ambientales, es la de alimentar el contenido de la conducta típica –administrativamente hablando–, pero sin fundamentar una imputación penal, esto es, advertirá si una conducta estará dentro del marco de lo lícito (será un riesgo permitido o socialmente adecuado) y si por el contrario, existe un rebazamiento de dichos estándares reglamentarios; situación que da como resultado que faltará algún grado –ya no de dependencia administrativa– sino de ofensividad en los objetos que representan al bien jurídico-penal. Por ello, la accesoriedad administrativa fundamental del Derecho penal ambiental debe ser *mantenida*. Solo puede preguntarse seriamente qué tan necesarias o apropiadas son las modificaciones de esta accesoriedad[284].

En todo caso, cualquiera que sea el elegido en los grados de accesoriedad administrativa para la coordinación y defensa de los valores ambientales, estas se verán reflejadas positiva o negativamente en la eficacia de los sistemas de integración normativa. Esto es, en la técnica del reenvío (leyes penales en blanco), como una suerte de "causa" a "efecto", respectivamente. Además, tiene que haber una diferenciación entre las prohibiciones que impone el Derecho administrativo ambiental y las que impone el Derecho penal ambiental, aunque actualmente se admiten

---

y la política criminal del Derecho penal del medio ambiente", p. 636, en relación a la accesoriedad respecto del Derecho administrativo no cubre a la llamada accesoriedad del *acto* administrativo porque "…de este modo se estaría sustrayendo la acción misma del Poder Ejecutivo a todo control por parte de la justicia criminal, con lo cual se otorgaría al Poder Ejecutivo la última decisión sobre la conservación de las bases de subsistencia de la humanidad".

[284] TIEDEMANN, Klaus. "Derecho penal ambiental alemán en su contexto europeo y mundial", traducción de Manuel Abanto Vásquez, en: El mismo. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, Lima, 2000, p. 228.

diferentes aspectos a fin de integrarlas unitariamente[285]. El legislador penal debe estar atento a las reglas de funcionamiento extra-penales con el fin de establecer técnicas de tutela que permitan una coordinación del Derecho penal en cada sector, preservando el carácter de *ultima ratio* de la intervención penal. Finalmente, todo esto debe estar globalmente diseñado mediante una política del Estado adecuada[286], a través de una regulación de orden técnico, amplio y completo. Tal diseño servirá no solamente para configurar los vacíos de los tipos penales en bienes jurídicos novísimos, sino también para el eficaz desarrollo con tendencia conservadora y restauradora.

---

[285] En doctrina se ha clasificado la integración de las prohibiciones administrativas-penales en dos:

- § Se habla de una llamada ***prohibición represiva con reserva de liberación***, que ve en la conducta como perjudicial en lo fundamental, sin embargo se prevé la facultad de conceder una *dispensa* bajo determinadas condiciones. Un caso en el Perú sería por ejemplo la Ley 26631 (Art. 2°) mediante los Estudios de Impacto Ambiental y Programas de Adecuación y Manejo Ambiental. Es más, el Derecho penal puede vincularse, sin rupturas, a la valoración legislativa del Derecho administrativo y prohibir igualmente la conducta correspondiente. Solamente debe tomar en cuenta la posibilidad de dispensa del Derecho administrativo. Esta dispensa, para algunos debe ser tratada como causa de justificación.
- § Por otro lado, se habla también de la llamada ***prohibición preventiva con reserva de permisión***. En este caso, puede tratarse de una conducta que por un lado, sea adecuada socialmente según valoración del Derecho administrativo, y por otro lado esté vinculada con peligros considerables. En este caso, la conducta es prohibida por el Derecho administrativo solamente con la finalidad de *controlar* peligros. Por lo que se pide en este nivel de prohibición, una concordancia entre la valoración administrativa y la penal.

[286] Vid., DE VEGA RUIZ, José Augusto. *El delito ecológico*, Madrid, 1994, p. 31.

Capítulo VI
DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

I. GENERALIDADES

En el ámbito del Derecho penal económico y de la empresa, por la complejidad de las materias que se integran en él, es donde se puede observar con mayor claridad las interrelaciones que existen entre el Derecho punitivo y otras ramas del orden jurídico. Así, podemos darnos cuenta, por ejemplo, de la vinculación entre el Derecho penal y el Derecho tributario, Derecho de sociedades o el Derecho de propiedad intelectual.

Muchas de dichas interrelaciones tienen que ver con ámbitos de intervención y regulación estatales en las que se introduce el Derecho administrativo, produciéndose, consecuentemente, conflictos entre ambas ramas del ordenamiento jurídico.

El principio de intervención mínima resulta responsable, al menos en cierta medida, de la revitalización del conflicto entre el Derecho penal económico y el Derecho administrativo sancionador[287], contienda que tiene sus orígenes en el origen mismo del Estado moderno[288]. Y

---

[287] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, Idemsa, Lima, 1997, p. 184; GARCÍA CAVERO, Percy. "Consideraciones críticas a la reforma penal de los delitos concursales", en: *Cathedra.* Revista de los Estudiantes de Derecho de la UNMSM, año III, N° 5, Lima, 1999, p. 230.

[288] SUAY HERNÁNDEZ, Celia. "Los delitos contra la salubridad pública y seguridad del consumo en el marco de las relaciones entre el Derecho

esto debido a que, en virtud a dicho principio, la intervención del Derecho penal queda limitada a la represión de las conductas que lesionen con mayor gravedad o pongan en peligro con mayor potencialidad los bienes jurídicos más importantes, siendo esto así, todas aquellas conductas que no muestren dichos signos de lesividad solo podrían ser sancionadas a través del Derecho administrativo sancionador que supone una menor afectación de la libertad[289].

Esto ha llevado, desde la óptica político criminal, a que la mayoría de aspectos regulados por el Derecho penal económico y de la empresa sean también, primariamente, abordados por el Derecho administrativo sancionador[290].

Por otra parte, la existencia de numerosos tipos penales que recurren al reenvío a normas extrapenales y la constante utilización de términos "jurídico- administrativos"[291], como, por ejemplo, los propios de los arts. 222 y 223 ("*sin autorización*") del CP, sirven para subrayar la vinculación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador.

---

penal y el Derecho administrativo sancionador", en: *RPCP*, N° 7/8, Lima, 1999. p. 915.

[289] De allí que Blanca LOZANO precise que al Derecho administrativo sancionador le corresponde: "el rol de instrumento de control alternativo al derecho penal (...) para colaborar con la justicia en la prevención y punición de los ilícitos menores"; citada por: DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. "Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública", en: *Ius et Veritas*. Revista editada por Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año V, N° 10, Lima, 1995, p. 149.

[290] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. Cit., p. 184.

[291] TIEDEMANN, Klaus. "Relación entre Derecho penal y autorización jurídico-administrativa. Un ejemplo del Derecho penal del ambiente", trad. José Luis de la Cuesta, en: El mismo. *Temas de Derecho penal económico y ambiental*, Idemsa, Lima, 1999, p. 159

Ello ha generado que en algunos sectores del ordenamiento penal, especialmente aquellos propios del Derecho penal de la economía, se hable de una accesoriedad del Derecho punitivo frente al Derecho administrativo[292] y de cuyas consecuencias haremos referencia más adelante o que se considere, como lo hace FOFFANI, que la norma penal se constituya en un "mero instrumento de cierre del sistema de control"[293]. En la misma línea, SILVA SÁNCHEZ ha hecho referencia a la "administrativización del Derecho penal"[294].

Las cuestiones antes referidas plantean problemas en la delimitación de la intervención de ambas ramas del ordenamiento jurídico. El objeto del presente capítulo será el de marcar algunas pautas en la solución de los problemas concurrentes.

II. DIFERENCIACIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

El aspecto cuya solución ha resultado más intrincada para quienes han ingresado al estudio del Derecho penal económico es el de la diferenciación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador que –a decir de BAJO FERNÁNDEZ– es una "vieja cuestión irresoluta"[295].

En la doctrina, algunos autores han apostado por establecer entre ambas ramas diferencias de orden cuantitativo, en tanto que otros

---

[292] TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit., pp. 159 y ss.

[293] Citado por: ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "Los delitos societarios: entre las transformaciones del Derecho penal y del Derecho de sociedades", Ponencia presentada a la I Jornada de Derecho penal de la empresa, texto mimeográfico, Universidad de Lima, 2000, p. 7.

[294] *Ibid*.

[295] BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. "Culpabilidad y persona jurídica", en: Martínez-Buján Pérez, Carlos (Director). *I Congreso Hispano-Italiano de Derecho penal económico*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de la Coruña, La Coruña, 1998, p. 13.

autores han estimado conveniente marcar la diferenciación en el plano cualitativo, por ello es que a continuación se tratará de determinar si la diferenciación es, como indica RUIZ RODRÍGUEZ, de gradación o de especie[296].

Así, para quienes sostienen que la diferencia entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador es de orden cuantitativo, ambas ramas protegen un mismo bien jurídico, la diferencia en realidad radica en la gravedad de las consecuencias jurídicas que corresponden a su lesión o puesta en peligro[297].

Esta postura, en su concepción original, estima que la diferencia entre ilícito penal e ilícito administrativo es de carácter cuantitativo, siendo el legislador quien establece positivamente dicho límite. La razón de esta opción es la ineptitud para configurar un ilícito administrativo distinto cualitativamente del ilícito penal[298].

BACIGALUPO SAGGESE, por ejemplo, estima que el punto de disensión entre el Derecho penal y el Derecho administrativo se ubica en el plano cuantitativo "ya que el único dato que permite distinguir una pena criminal a una sanción administrativa es el órgano del Estado que las aplica"[299].

Si, por el contrario, se entiende que la diferencia es de "especie", aun cuando ambas ramas coincidan en la regulación de un supuesto de hecho, su enjuiciamiento y sanción deberán ajustarse a principios y reglas diversas, propias de cada ordenamiento[300].

---

[296] RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón. *Protección penal del mercado de valores (infidelidades en la gestión de patrimonios)*, Tirant lo Blanch-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Valencia, 1997, p. 223.

[297] RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón. Op. Cit., p. 223.

[298] RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón. Op. Cit., p. 224.

[299] BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1998, p. 237.

[300] RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón. Op. Cit., p. 223.

GOLDSCHMIDT, WOLF y LANGE, algunos de los más conocidos defensores de esta posición, sostienen que la diferenciación entre ambas ramas del ordenamiento jurídico es posible ubicarla en la función que a éstas le corresponde, mientras al Derecho penal le corresponde la tarea de proteger los bienes jurídicos, al Derecho administrativo le toca promover el bien estatal por la administración[301].

Para responder a la cuestión, debemos partir de la idea, ya subrayada por la doctrina y jurisprudencia dominante en España[302], que la potestad sancionatoria del Estado es una sola, de allí que la infracción de la norma penal y administrativa, así como sus correspondientes sanciones constituyen "una misma manifestación del *ius puniendi* del Estado que se articula, con criterios de utilidad, en función de las necesidades concretas de la organización social y política constitucionalmente trazada"[303]. En suma, estamos ante un *ius puniendi* genérico que, como precisa MESTRE: "se articula en dos grandes brazos: el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador"[304]. Esta consideración, como detalla ZUÑIGA FERNÁNDEZ, ha encontrado su "espaldarazo final" en la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso "Osturk"[305].

Ahora bien, dejando constancia que aunque ambas parcelas del ordenamiento protegen bienes jurídicos[306], resulta evidente que la es-

---

[301] SUAY HERNÁNDEZ, Celia. Op. Cit., p. 918; RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón. Op. Cit., pp. 227-228.

[302] SUAY HERNÁNDEZ, Celia. Op. Cit., p. 919.

[303] RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón. Op. Cit., p. 228.

[304] DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. Op. Cit, p. 150; también: ZUÑIGA FERNÁNDEZ, Tania. "La potestad sancionadora de la administración pública. Consideraciones iniciales para un debate doctrinario", en: *Revista Jurídica del Perú*, año LI, N° 21, Normas Legales, Trujillo, 2001, p. XV.

[305] Más detenidamente: ZUÑIGA FERNÁNDEZ, Tania. Op. Cit., pp. XV- XVI.

[306] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *El Derecho de la libre competencia*, Editorial San Marcos, Lima, 1997, pp. 80-81; RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón. Op. Cit., p. 229.

timación, la forma en que se protegen los bienes jurídicos y las consecuencias que acarrea su lesión o puesta en peligro varía en ambas ramas.

El Derecho penal es la rama del ordenamiento jurídico cuyas consecuencias resultan más graves para el infractor de la norma, motivo por el cual su utilización deberá limitarse a la represión y prevención de aquellas conductas que afecten más gravemente los bienes jurídicos estimados como más valiosos. Por el contrario, el Derecho administrativo sancionador interviene ante conductas lesivas a bienes jurídicos de menor entidad o ante conductas que suponen un menor grado de lesividad[307].

Esto, a primera vista, podría llevarnos a afirmar que la diferenciación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador es de índole cuantitativo, no obstante, aunque afirmemos que el Derecho penal y el Derecho Administrativo derivan de un único *ius puniendi*, como bien afirma ABANTO VÁSQUEZ, la sanción penal supone un innegable "reproche ético social"[308], con lo que la diferenciación alcanza también el ámbito cualitativo.

De esta afirmación no se puede desprender, como pretende hacer GARCÍA CAVERO, que el papel que el Derecho penal asume frente al Derecho administrativo es meramente accesorio, con lo cual los criterios de determinación de la responsabilidad, límites, principios y alcances del Derecho penal se encontrarían vinculados a los propios del Derecho Administrativo[309]. Y es que, en verdad, la supuesta accesoriedad del Derecho penal constituye una metáfora conceptual.

Desarrollando esta idea, debemos tener presente que el hecho de trazar identidades cualitativas entre el Derecho penal y el Derecho administrativo y marcar las diferencias, aunque no únicamente en el plano cuantitativo, no tiene por que significar que una de estas ramas prime

---

[307] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *El Derecho de la libre competencia*, p. 81.

[308] *Ibid.*

[309] GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 230.

sobre la otra. Además, el hecho de limitar, a partir de principio de intervención mínima y subsidiariedad, la actuación punitiva no supone una degradación del Derecho penal y su importancia, por el contrario, significa resaltar la función propia del Derecho penal en el Estado Democrático de Derecho, sintetizada en la protección de bienes jurídico-penales merecedores y necesitados de protección.

III. LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVO SANCIONADORA

Si partimos de la idea que entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador existe una diferencia, aunque no únicamente, básicamente de gradación, tenemos que en muchas ocasiones la intervención del Derecho penal se encontrará supeditada a la intervención previa del órgano administrativo sancionador que lleve a determinar si el hecho constituye delito o una mera infracción administrativa.

Para superar estos inconvenientes se ha buscado establecer criterios que sirvan para diferenciar el ilícito penal del ilícito administrativo. Y es que en el ámbito de la actuación penal y administrativa se han producido innumerables inconvenientes en la delimitación de sus respectivos ámbitos de acción, produciéndose la posibilidad, bastante marcada, que un mismo hecho provoque la intervención del sistema de justicia penal y de la administración y, consecuentemente, la posibilidad de violar el principio de "non bis in idem".

Los criterios que pueden ser utilizados para lograr dicha diferenciación son de orden subjetivo o cualitativo u objetivo o cuantitativo[310].

Los criterios de índole subjetivo subrayan la fase interna de la conducta, así se recurre a la incorporación de elementos subjetivos adicionales. Es de resaltar que la utilización de esta clase de criterios, como bien subraya el profesor peruano ABANTO VÁSQUEZ, poco aporta en la tarea de diferenciar el hecho de contenido penal del mero ilícito

[310] En este punto seguimos a ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico*, p. 189.

administrativo pues exigir la presencia de elementos subjetivos adicionales frente a conductas dolosas, en las cuales la intención del agente de lesionar o poner en peligro el bien jurídico se encuentra patentizada. Por el contrario, los elementos adicionales de orden interno suponen una dificultad pocas veces superables en el ámbito probatorio.

Por estas razones resulta preferible, en aras de lograr la correcta diferenciación: "delito - ilícito administrativo", la utilización de criterios de orden objetivo. Una "cláusula de gravedad" o, en todo caso, una "cláusula administrativa" podrían ser esos instrumentos de orden objetivo a los que hacemos referencia[311].

La utilización de una "cláusula de gravedad" fue, ya en 1970, recomendada por la Comisión alemana de expertos para concretar los tipos penales que resguardaban la competencia[312] y su empleo como elemento típico exige su apreciación por parte del juez al aperturar proceso, contribuyendo a evitar su utilización como "arma", por ejemplo, frente a los competidores[313].

Por otra parte, a través de la "cláusula administrativa" se podría hacer que la autoridad administrativa verifique previamente los requisitos para la persecución punitiva. Esta solución, como ha puesto de manifiesto ABANTO VÁSQUEZ, se encuentra adecuada a la complejidad de las materias objeto de regulación[314].

En nuestro país dicha cuestión ha sido respondida de diversas maneras, por lo que podríamos hacer referencia, como indica ABANTO VÁSQUEZ, a un modelo mixto[315].

---

[311] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico*, p. 190.

[312] *Ibid*., p. 190.

[313] *Ibid*., p. 191.

[314] *Ibid*., p. 191.

[315] *Ibid*., p. 188.

En algunos sectores del ordenamiento penal económico nacional se incorporan elementos adicionales al tipo, algunos de orden objetivo, otros de orden subjetivo. Así, por ejemplo, el ahora derogado delito de abuso de poder económico (Art. 232° C.P.) exigía la presencia de "dolo" y "grave perjuicio para el interés económico general"[316].

Para otras conductas la diferencia se marca en el nivel cuantitativo, estableciéndose una cuantía que permite distinguir la infracción administrativa de la conducta delictuosa. Así, por ejemplo, la ahora derogada Ley N° 26461 señalaba que se producía infracción administrativa de contrabando cuando el monto del desfalco no superaba las cuatro UIT[317].

Un tercer grupo de delitos utiliza la actuación administrativa previa para lograr la diferenciación entre delito e ilícito administrativo. Esa es la ruta seguida por nuestro CP en los delitos contra los derechos intelectuales, venta fraudulenta de bienes y los delitos tributarios[318].

Finalmente, en otros tipos penales propios del Derecho penal económico parece que el legislador hubiese considerado que la conducta, por su especial grado de dañosidad, merece siempre encontrarse sujeta al reproche ético-social que corresponde al Derecho penal. En esta línea se ubica el abuso de información privilegiada, la quiebra fraudulenta y los delitos financieros[319].

IV. EL TRASLADO DE LOS PRINCIPIOS PENALES AL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Es ciertamente conocido que, en los últimos años, los principios y garantías propias del Derecho penal han venido siendo trasladados al Derecho administrativo sancionador en el entendimiento que constituye

[316] *Ibid.,* p. 188.

[317] *Ibid.,* p. 188.

[318] *Ibid.*, pp. 188- 189.

[319] *Ibid.*, p. 189.

una manifestación de la facultad sancionatoria del Estado y en virtud a la naturaleza restrictiva de derechos que poseen las sanciones administrativas[320].

Así, ha aparecido un reconocimiento doctrinal y jurisprudencial de ciertos principios informadores del Derecho penal (principio de legalidad, "non bis in idem", culpabilidad, etc.) en el ámbito del Derecho administrativo sancionador que –sin llegar al nivel de garantía propio del Derecho penal[321]– muestran una importante sensibilización a favor de la instrumentalización de un Derecho administrativo sancionador más sensible y garantista.

A continuación informaremos el proceso de traslado de dichos principios.

El punto de partida en dicho proceso de traslado, como es lógico, vino constituido por el principio de legalidad administrativa, previsto ya desde el Art. 25.1 de la Constitución española: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o ***infracción administrativa***, según la legislación vigente en aquel momento". Y es que no solo en materia penal es necesario que los ciudadanos conozcan lo que está prohibido y ordenado[322] y que además sepan qué sanción corresponde a cada infracción.

---

[320] REMOTI CARBONELL, José Carlos. "Reflexiones sobre la actuación de la administración pública en un sistema democrático", en: *Vox Juris*. Revista de Derecho, N° 9, Universidad de San Martín de Porres, Lima, p. 209.

[321] ARROYO ZAPATERO, Luis. "Derecho penal económico y Constitución", en: *Revista penal*, N° 1, Praxis, 1998, p. 6.

[322] GÓMEZ INIESTA, Diego. "Sanciones administrativas y penales. Especial consideración a la manipulación de cotizaciones y a la utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores", en: A.A.V.V. *Libro de Ponencias del II Congreso Internacional de Derecho penal*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, p. 225.

Se plantea aquí la posibilidad de admitir normas administrativas sancionadoras en blanco, probabilidad que ha sido admitida por el propio Supremo Tribunal español (STS de 11 de marzo de 1998, Ar. 2301, Sala Tercera, Sección Tercera). Citamos, para una comprensión correcta de esta cuestión, la crónica de REBOLLO PUIG:

> *"El recurrente, miembro del Consejo de Administración de una entidad bancaria, había sido sancionado por no aplicar los criterios establecidos en una circular del Banco de España en lo referente a la clasificación de riesgos dudosos, lo que a juicio de la Administración competente constituía una infracción del art. 5. p) de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (....). Alegada la insuficiencia de la circular para integrar el tipo, el TS la rechaza porque 'tratándose de relaciones de supremacía o sujeción especial, la infracción de un acuerdo del Banco de España equivale para los Consejeros a la infracción de normas'"*[323].

En nuestro país dicho reconocimiento constitucional unitario no se ha dado[324], el principio de legalidad se encuentra limitado a la materia penal.

El "*non bis in idem*" es un principio general del Derecho[325] que se encuentra vinculado íntimamente al principio de legalidad conforme lo ha dejado sentado el Tribunal Constitucional español mediante la sentencia 77/1983 (fundamento jurídico cuarto) y prohíbe que la persona pueda ser juzgada dos veces por un mismo hecho. El citado principio penal y administrativo, conforme se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo español del 17 de noviembre de 1998, emitida por la

---

[323] REBOLLO PUIG, Manuel. "Crónicas de jurisprudencia: Derecho administrativo sancionador", en: *Justicia administrativa*. Revista de Derecho Administrativo, N° 2, Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 128.

[324] DANÓS ORDÓNEZ, Jorge. Op. Cit., p. 150.

[325] *Ibid.*, p. 155.

Sala de lo Contencioso-Administrativo (sección tercera), siguiendo la línea sentada por la antes referida sentencia constitucional: "conduce a declarar que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos sancionadores, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, dicho enjuiciamiento no puede hacerse con independencia en lo que se refiere a la apreciación de tales hechos, pues es claro que los mismos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado".

La posibilidad de ser doblemente enjuiciado, como bien ha manifestado GÓMEZ INIESTA: "no es un fenómeno nuevo ni único, sino que es consecuencia de la hipertrofia sancionadora administrativa"[326] y, utilizando las expresiones de URQUIZO OLAECHEA: "afecta la seguridad jurídica individual, en cuanto se tiene incertidumbre sobre la intervención del ordenamiento jurídico. La doble persecución carga con el estigma de inseguridad respecto de la validez de un primer resultado y sus alcances frente a una resolución judicial o administrativa"[327]. El profesor nacional estima que en caso de concurrir en la valoración de un mismo hecho una acción penal y una administrativa, esta última deberá encontrarse supeditada a la decisión del operador de justicia penal. Esto permitiría, agrega: "no afectar la seguridad jurídica del individuo sujeto a proceso penal, y ayudará a mantener la coherencia a nivel de los dos ordenamientos: el penal y el administrativo"[328].

En aquellos casos en los cuales un mismo hecho pueda ser objeto de valoración penal y administrativa, esta última deberá ceder frente a la actuación persecutoria en sede penal, debido a que "en el proceso penal se desarrollan todas las garantías y mecanismos de seguridad jurídica"[329].

---

[326] GÓMEZ INIESTA, Diego. Op. Cit., p. 235.

[327] URQUIZO OLAECHEA, José. *El principio de legalidad*, primera edición, Gráfica Horizonte, Lima, 2000, pp. 134- 135.

[328] *Ibid.*, p. 135.

[329] *Ibid.*

Especialmente práctica es la solución adoptada por el legislador penal español en relación al delito de abuso de información privilegiada. El Art. 96° de la Ley del Mercado de Valores española prevé la paralización del procedimiento administrativo sancionador ante hechos con contenido penal al señalar: "El ejercicio de la potestad sancionadora, claro está, será independiente de la eventual concurrencia de delitos o faltas de naturaleza penal. No obstante, cuando se esté tramitando un proceso penal por los mismos hechos o por otros cuya separación de los sancionables con arreglo a esta Ley sea racionalmente imposible, el procedimiento sancionador quedará suspendido respecto de los mismos hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial penal. Reanudado el expediente, en su caso, la resolución que se dicte deberá respetar la apreciación de los hechos que contenga dicho pronunciamiento"[330].

El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador aparece como un intento por hacer desaparecer cualquier rastro de responsabilidad objetiva en dicha rama del ordenamiento jurídico[331], por lo que se recurre a exigir, para la verificación de un ilícito administrativo, la presencia de dolo o culpa en la acción u omisión.

Si partimos del contenido del Art. 12° del C.P. peruano ("Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente

---

[330] Al respecto: RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón & REYNA ALFARO, Luis Miguel (coords.). *La regulación penal del mercado de valores. Estudio comparativo de Derecho peruano y español*, Jurídica Portocarrero, Lima, 2001; RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón. Op. Cit., p. 242; REYNA ALFARO, Luis Miguel. "La utilización abusiva de información privilegiada en el Derecho penal. Análisis del tipo de injusto del Art. 251°-A del C.P. peruano", en: *Cathedra*. Revista de los Estudiantes de Derecho de la UNMSM, año IV, N° 6, Lima, 2000, p. 92.; GÓMEZ INIESTA, Diego. Op. Cit., pp. 235- 239.

[331] GÓMEZ TOMILLO, Manuel & PARDO ALVAREZ, María. "El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador", en: *Actualidad Administrativa*. Revista Semanal Técnico-Jurídica de Derecho Administrativo, N° 2, La Ley, Madrid, 2001.

establecidos por la ley") o del Art. 12° del C.P. español ("Las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley"), tenemos que el elemento subjetivo predominante en el Derecho penal viene constituido por el dolo, hecho que difiere de la significación que este alcanza en el Derecho administrativo sancionador. En esta línea de argumentación, resultan correctas las palabras de GÓMEZ TOMILLO/ PARDO ALVAREZ: "hay que subrayar la diversa significación que dolo y culpa poseen en el Derecho administrativo sancionador y en el Derecho penal. Mientras que en este último sector del ordenamiento jurídico, el hecho doloso constituye el punto de partida originario de las prohibiciones jurídico penales y el culposo, pese a su creciente significación, es un importante fenómeno, pero secundario, la relación se invierte en el Derecho administrativo"[332].

El reconocimiento del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador español se ha visto, en cierta medida, opacado por la exigencia de un deber de diligencia, por lo que, como ha subrayado REBOLLO PUIG: "difícilmente se admite causas exculpantes"[333], citando para comprobar su afirmación una serie de resoluciones, entre las que destacan la STS de 17 de febrero de 1998 (Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 1557°)[334] y la STS de 4 de febrero de 1998 (Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 1816°)[335].

---

[332] *Ibid.*

[333] REBOLLO PUIG, Manuel. "Crónicas de jurisprudencia: Derecho administrativo sancionador", p. 131.

[334] "Ante una infracción consistente en la no revisión de los aparatos extintores, la sancionada alegó que 'no existió por su parte dolo o negligencia que justifique la imposición de la sanción' por haber contratado esas revisiones con otra empresa. La sentencia considera, por el contrario, atendiendo a las circunstancias del caso, que ello no la exonera de responsabilidad; pero, además, hace una afirmación más general: 'Sin embargo, ese hecho que en sí mismo tampoco podría exculparla (...)'"; REBOLLO PUIG, Manuel. "Crónicas de jurisprudencia: Derecho administrativo sancionador", p. 131.

[335] "Ante una infracción por vertidos contaminantes, se declara que '(...) habiendo demostrado la realidad de la producción del evento incriminado,

Este reconocimiento gradual de los principios y garantías en el Derecho administrativo sancionador comparado[336] parece no haber sido observado por el legislador y el operador de justicia administrativa nacional; basta con revisar la legislación y la jurisprudencia para observar la continua violación de estas garantías por parte de la Administración.

Tal situación se ha evidenciado principalmente en relación al principio de culpabilidad que supone la exigencia de dolo o culpa en el sujeto para la imposición de una sanción administrativa. Es por ello costumbre en nuestro país afirmar que en materia administrativa se impone la responsabilidad objetiva.

Así se ha decantado nuestra jurisprudencia sancionadora, el ejemplo más saltante de la opción por la responsabilidad objetiva se ha dado en el ámbito de las contrataciones y adquisiciones estatales. Las resolu-

---

que a pesar de todo faltaba algo por precaver y que no estaba completa la diligencia, debiéndose responder por los vertidos dañosos producidos'. Tampoco admite que el hecho de que lloviera y nevara intensamente los días anteriores fuese 'fuerza mayor excluyente de responsabilidad' pues era previsible en ese lugar y fecha y 'lo previsible es evitable con la debida diligencia mediante la adopción de las precauciones adecuadas (...)'"; REBOLLO PUIG, Manuel. "Crónicas de jurisprudencia: Derecho administrativo sancionador", p. 131.

[336] Esta es, como señala DANÓS ORDÓÑEZ: "la tónica general en el Derecho europeo, en países como Alemania, Francia, Italia, Portugal y Suiza, en los que ya sea la legislación o jurisprudencia han dispuesto la aproximación del Derecho administrativo sancionador al Derecho penal, tendencia que ha sido reforzada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos"; DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Op. Cit., p. 152.
Es por este motivo que, por ejemplo, en la doctrina española, hoy ya no resultan tan válidas las expresiones de GARCÍA DE ENTERRÍA, quien hace más de veinte años atrás precisaba: "...frente al afinamiento de los criterios y los métodos del Derecho penal, el derecho sancionatorio administrativo ha aparecido durante mucho tiempo como un derecho represivo, primario y arcaico (...). Sin hipérbole puede decirse que el Derecho administrativo sancionatorio es un derecho represivo pre-beccariano"; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "El problema jurídico de las sanciones administrativas", en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 10, pp. 409 y 1976.

ciones 221-2000 (Primera Sala Mixta) y 245-2000 (Segunda Sala Mixta) del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, por ejemplo, imponen sanciones administrativas por incumplimiento de contrato sin mayor análisis sobre las causas de dicho incumplimiento.

Otro principio continuamente vulnerado en nuestro país es el contenido en la máxima "non bis in idem", tanto en el plano normativo como jurisprudencial. En el ámbito normativo tenemos el Código Tributario, que nos brinda un ejemplo claro, no solo de indiferencia respecto a la doble persecución, sino de promoción del "bis in idem". El Código Tributario, en su Art. 192°, señala: "La Administración Tributaria, luego de constatar los hechos que presumiblemente constituyan delito tributario, o estén encaminados a este propósito, tiene la facultad discrecional de formular denuncia penal ante el Ministerio Público, sin que sea requisito previo la culminación de la fiscalización o verificación, tramitándose en forma paralela los procedimientos penal y administrativo, y a constituirse en parte civil en el proceso respectivo"[337].

Distinta en cambio es la posición adoptada en la esfera administrativa sancionadora de los procedimientos concursales, la Ley de fortalecimiento del sistema de reestructuración patrimonial previó en su momento una serie de disposiciones para evitar la doble sanción.

Así las cosas, si INDECOPI impuso una sanción administrativa no cabe iniciar la acción penal. Si por el contrario, INDECOPI estima que los hechos tienen contenido penal, deberá inhibirse de pronunciarse en cuanto a la infracción y derivar los actuados pertinentes al Ministerio Público[338].

---

[337] Críticamente: URQUIZO OLAECHEA, José. *El principio de legalidad*, p. 137; DANÓS ORDÓNEZ, Jorge. Op. Cit., p. 155; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, cuarta edición, Editorial San Marcos, Lima, 1999, p. 475.

[338] No obstante, el legislador ha incurrido en una grave omisión al no especificar qué es lo que ocurre cuando el proceso penal no culmina con un

V. LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO-SANCIONADOR

La Ley N° 27444, denominada "Ley del Procedimiento Administrativo General"[339], constituye un importante avance en la ruta por dotar al sistema administrativo sancionatorio peruano de las garantías que lo hagan compatible con el modelo estatal asumido constitucionalmente.

En el Título Preliminar de la LPAG se prevé una serie de principios administrativos entre los que destacan: principio de legalidad y del debido procedimiento, dejando, no obstante, campo para la aplicación de otros principios no citados taxativamente por el legislador.

Con mayor especificidad respecto a los principios inherentes a la potestad sancionadora administrativa, el Subcapítulo I, Cap. II del Tít. IV de la LPAG desarrolla los principios de legalidad, tipicidad, irretroactividad, causalidad y "non bis in idem".

El principio de legalidad es recogido en el Art. 230.1. de la LPAG y establece como exigencia para que se delegue a las entidades de la administración facultad de establecer los ilícitos y sus consecuencias la existencia de norma con rango de Ley que así lo disponga, restringiendo asimismo la posible utilización de la privación de libertad como instrumento coercitivo de la administración.

El principio de legalidad, así configurado, aparece vacío de contenido y se erige como una mera declaración vanal y que de nada sirve al administrado.

---

pronunciamiento sobre la responsabilidad del agente; al respecto, véase: GARCÍA CAVERO, Percy. "Consideraciones críticas a la reforma penal de los delitos concursales", p. 238.

[339] Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" (Separata Especial), el 11 de abril de 2001.

Por su parte, el Art. 230.4. de la LPAG describe el principio de tipicidad administrativa, prohibiendo la analogía o interpretación extensiva en materia administrativo-sancionadora. Empero, el referido precepto faculta la utilización de "disposiciones reglamentarias de desarrollo" a fin de especificar las conductas o determinar las sanciones, lo que supone una facultad de remisión similar a la que se da en las leyes penales en blanco. El principal problema que muestra el principio de tipicidad en la LPAG es la especie de puerta trasera que se ha construido al permitirse "en los casos en que la ley permita" tipificar "por vía reglamentaria".

La construcción del principio de irrectroactividad administrativa en el Art. 230.5. de la LPAG guarda identidad con el principio de irrectroactividad en materia penal previsto en el Art. 6° del C.P. peruano.

Más adelante, el legislador ha desarrollado el principio de causalidad administrativa, que impide responsabilizar a terceros ajenos a la conducta prohibida (Art. 230.8. de la LPAG).

Finalmente, el Art. 230.10. de la LPAG ha desarrollado la garantía del "non bis in idem", que constituye uno de los principios con mayor relevancia en la práctica jurídico-penal. El Art. 230.20. de la LPAG señala textualmente: "No se podrá imponer sucesivamente o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento".

El principio "non bis in idem" administrativo antes descrito, deja sin desarrollar los pasos que debe seguir la administración frente a la existencia de causas idénticas, no obstante, es evidente que será siempre la administración la que debe ceder frente a la intervención punitiva estatal.

Todos estos principios y garantías, empero, serán solo de aplicación supletoria, en virtud a lo dispuesto en el Art. II de la LPAG, en aquellos procedimientos especiales creados y regulados como tales en ley expresa, en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto. Así las cosas, no podrá recurrirse a la LPAG ante la posibilidad de doble sanción (penal y administrativa) prevista

en el ámbito de los ilícitos tributarios por resultar inaplicable frente al Código Tributario.

La LPAG constituye un paso adelante que debe servir de referente para el tratamiento de determinados conflictos entre la autoridad administrativa y el operador de justicia penal.

VI. LAS SANCIONES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Ha sido una constante entre quienes estudian aspectos propios del Derecho penal económico, la prédica de eficacia de las sanciones administrativas en la represión del ilícito administrativo que –eventualmente– podrían suponer la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Esta circunstancia hace necesaria nuestra referencia a las sanciones en el Derecho administrativo.

Las sanciones administrativas, en función a su finalidad, pueden ser clasificadas como: sanciones administrativas de autoprotección y sanciones administrativas de protección del orden general.

Las sanciones administrativas de autoprotección vienen a ser aquellas que se refieren al orden interno y organización de la administración pública. Las sanciones administrativas de protección del orden general, en cambio, pretenden el control del orden social general. En suma, podemos decir que la primera castiga infracciones *ad intra*, en tanto que la segunda reprime ilícitos *ad extra*. Esta distinción, hoy en día, carece de fundamento necesario pues tanto las infracciones internas como las externas constituyen en realidad ataques al orden jurídico general[340].

Con relación a su contenido, Blanca LOZANO ha propuesto la clasificación de sanciones administrativas personales y sanciones administrativas reales. Las sanciones administrativas personales suponen la suspensión o restricción de derechos o actos de reproche; entre estas

[340] DANÓS ORDÓNEZ, Jorge. Op. Cit., pp. 156-157.

podemos mencionar la clausura de locales, la amonestación, etc. Las sanciones administrativas reales vienen a ser aquellas de orden estrictamente pecuniario, destacan la sanción de multa y el comiso. Es evidente que, de ambas, las sanciones administrativas personales han sido las que mayor aceptación han venido teniendo[341].

Otra clasificación de las sanciones administrativas diferencia entre sanciones principales y accesorias. En este caso, es el ordenamiento administrativo el que establece cuáles son las sanciones administrativas principales y las accesorias[342].

Dentro del arsenal de sanciones administrativas, no se puede negar que la multa ha resultado una de las principales abanderadas de la llamada "administrativización del Derecho penal" y es que para muchos autores la eficacia práctica de estas sanciones abona a favor del mero recurso al Derecho administrativo[343].

Algunas normas administrativas, como indica DANÓS ORDÓÑEZ, distinguen entre la multa-coercitiva y la multa-sanción. La multa-coercitiva busca compeler al administrado para que cumpla con una obligación, de allí que una de sus características sea la posibilidad de repetición periódica, sin embargo, la multa-coercitiva más que una sanción parece tratarse de una medida de coerción para lograr la ejecución del acto administrativo[344].

VII. EPÍLOGO.

Las potestades de la Administración Pública se han venido incrementando súbitamente en los últimos años y es que, ante requerimientos de eficacia, un sistema de sanciones como el administrativo resulta

---

[341] *Ibid*., p. 157.

[342] *Ibid*.

[343] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico*, p. 197.

[344] DANÓS ORDONEZ, Jorge. Op. Cit., pp. 157-158.

sumamente útil en la medida que originariamente fue concebido como ayuno de garantías.

Ante este avance del Derecho administrativo sancionador, la doctrina penal se ha visto en la imperiosa necesidad de establecer límites entre dicha rama del ordenamiento jurídico y el Derecho penal, es así que un sector de la doctrina se ha decantado a favor de una diferenciación meramente cuantitativa, en tanto que otros autores apuestan por marcar los límites cualitativamente.

Hemos indicado que el Derecho administrativo sancionador, en sus orígenes, fue concebido como una rama del ordenamiento falto de garantías, empero, hoy en día vemos el traslado continuo de principios y garantías del Derecho penal al ámbito del Derecho administrativo sancionador, de tal forma que principios como los de legalidad, "non bis in idem", culpabilidad, vienen siendo admitidos como exigencias en el Derecho administrativo sancionador.

Este traslado de garantías constituye un importante paso legislativo pues incorpora una serie de principios y garantías en un sector como el administrativo-sancionador, tan falto de éstas.

CAPÍTULO VII
EL PRINCIPIO DE *NE BIS IN IDEM* EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. GENERALIDADES

Los alcances y efectiva vigencia del principio de *ne bis in idem*[345] corresponde a un ámbito poco estudiado en el Derecho penal peruano. Pese a que la doctrina administrativa[346], penal[347] y procesal penal[348] viene destacando su trascendencia desde los años noventa del siglo pa-

---

[345] Un sector de la doctrina se refiere al principio de *non bis in idem*, rótulo que reproduce el Art. 230.10 de la Ley Nº 27444 del Procedimiento Administrativo General (LPAG) y algunas sentencias del Tribunal Constitucional. Sin embargo, como expone MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I*, nota 234, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002, p. 596, el carácter imperativo de este principio solo queda expresado con el latinazgo *ne bis in idem*.

[346] DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. "Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública", en: *Ius et Veritas*, N° 10, Lima, 1995, p. 155; ZÚÑIGA FERNÁNDEZ, Tania. "La potestad sancionadora de la administración pública", en: *Revista Jurídica del Perú,* abril de 2000, p. XV.

[347] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, Idemsa, Lima, 1997, pp. 185-186; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico. Parte Especial*, Idemsa, Lima, 2000, pp. 489-493.; CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal del ambiente*, Gráfica Horizonte, Lima, 1999, pp. 123-129; URQUIZO OLAECHEA, José. *El principio de legalidad*, Gráfica Horizonte, Lima, 2000, pp. 131-143; REYNA ALFARO, Luis. *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pp. 221-223; REAÑO PESCHIERA, José. *Derecho penal bursátil*, Gráfica Horizonte, Lima, 2002, pp. 110-120.

[348] SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*, T. I, 2ª ed., Grijley, Lima, 2003, pp. 104-108.

sado, el reconocimiento legal de este principio ha sido menos rápido, y si bien ahora puede decirse que la legislación ordinaria, en particular el Art. 230.10 de la LPAG y el Art. III del Código procesal penal (CPP2004) aprobado mediante el Decreto Legislativo Nº 957 le otorgan un adecuado desarrollo, acorde con la STC de 16 de abril de 2003 dictada en el exp. Nº 2050-2002-AA/TC, no puede predicarse lo mismo de la legislación administrativa y menos de la práctica sancionatoria de los órganos administrativos y de la jurisdicción penal.

En este contexto, si bien el TC ha fijado los grandes lineamientos sobre la prohibición de la persecución y sanción múltiples, *ne bis in idem*, es aún necesario establecer reglas claras sobre el comportamiento que deben observar los poderes públicos, en particular la administración, para que los alcances del *ne bis in idem* material y procesal cobren efectiva vigencia. Con todo, esta contribución se orienta a destacar aquellos "vacíos" que deben solventarse mediante la regulación legal o la jurisprudencia del TC.

II. CONTENIDO Y FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

Constituciones como la española regulan expresamente el principio de *ne bis in idem* al menos para determinados ámbitos del poder punitivo. Así, el Art. 45.3 de la Carta española recoge parcialmente el principio de *ne bis in idem* en el terreno de la protección ambiental, pues señala que "se establecerán sanciones penales *o, en su caso*, administrativas". Y aunque dicha Constitución no consagra el principio con carácter general, una amplia jurisprudencia del TC español lo deduce del principio de legalidad previsto en el Art. 25.1 de la Carta española. En esa línea, la STC 2/1981, de 30 de enero, señaló que la razón por la que no se incluyó el principio en la Ley Fundamental se debe a su vinculación "con los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el Art. 25 de la Constitución"[349].

[349] MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 98-99. Este criterio del

La fundamentación constitucional que adopta el TC peruano es similar, sigue la línea que establecieron las sentencias 2/1981 y 77/1983 del TC español[350] al considerar que el principio de *ne bis in idem* tiene contenido material y procesal, y diferenciar el sustrato constitucional de cada uno de estos. Efectivamente, según la STC peruano de 16 de abril de 2003, exp. Nº 2050-2002-AA-TC, "El principio *ne bis in idem* tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal"[351].

El **contenido material del *ne bis in idem*** implica la interdicción de la sanción múltiple por lo mismo, y a juicio de la doctrina mayoritaria rige cuando concurre la llamada triple identidad: de sujeto, hecho y fundamento. De modo semejante lo expresa el TC peruano; en la sentencia antes citada señala que "En su formulación material, el enunciado según el cual, 'nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho', expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento".

TC ha sido confirmado por la STC de oct/83 que abunda en la imposibilidad de que la Administración practique actuaciones dirigidas a sancionar hechos constitutivos de delito o falta, efectuando un enjuiciamiento de los hechos distinto al realizado por un Juez o un Tribunal jurisdiccional, Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., PPU, Barcelona, 1990, p. 7. La STC 154/1990 señala que el *ne bis in idem* se sustenta igualmente en el principio de proporcionalidad "que exige mantener una adecuación entre la gravedad de la sanción y la de la infracción".

[350] COBO DEL ROSAL, Manuel & VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pp. 75-76; PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la Parte General*, T I, 2ª ed., Grijley, Lima, 1995, p. 135.

[351] Fundamento 19 *ab initio*.

Se ha destacado la estrecha relación entre el *ne bis in idem* material y la garantía de la cosa juzgada prevista en el Art. 139.13 de la Constitución[352] y en el Art. 90° del CP, pero la cosa juzgada no agota los alcances del principio de *ne bis in idem*[353] el cual se extiende incluso a las sanciones administrativas, aunque no exista una sentencia judicial firme. Acorde con ello, para el TC "el principio del *ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el Artículo 2°, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos, —como lo ha expresado este Tribunal en el Caso Encuestas a Boca de Urna, Exp. N.° 0002-2001-AI/TC, Fund. Jur. N°. 6)— a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica."

De esta forma, el TC peruano considera que el *ne bis in idem* material se fundamenta por un lado en el principio de proporcionalidad vinculado a la llamada "prohibición de exceso", fundamento indiscutible si se tiene en cuenta que imponer más de una sanción por el mismo contenido de injusto implica imponer "una doble carga coactiva"[354] o, dicho de otro modo, se quebranta la regla del Art. VIII del CP de que "la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho" y que exige congruencia entre el contenido del injusto punible y la desvaloración jurídico-social frente al mismo. Como destaca la STC español 2/2003 de 16 de enero de 2003, "dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad

[352] SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*, p. 104.

[353] URQUIZO OLAECHEA, José. *El principio de legalidad*, p. 132.

[354] *Ibid.*, p. 137.

realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente"[355].

El TC peruano recurre asimismo al principio de legalidad[356], más concretamente a las garantías de ley previa y de certeza o determinación, en el sentido que la imposición de más de una sanción por lo mismo, afectaría el conocimiento previo y claro que el ciudadano debe tener de las consecuencias de su conducta, con lo que se recurre al principio de legalidad como garantía de seguridad jurídica, pero también como garantía de que la norma primaria debe satisfacer las funciones de determinación. Y es que, como señala la STC español 142/1999 de 22 de julio, "Correlativamente con el principio de legalidad se alcanza una mayor seguridad jurídica, por cuanto permite que los ciudadanos, a partir del texto de la ley, puedan programar sus comportamientos sin temor a posibles conductas por actos no tipificados previamente. De esta manera, los destinatarios de la norma saben –o tienen al menos la posibilidad de saber– que lo que no está prohibido está permitido, de conformidad con la regla general de la licitud de lo no prohibido".

Pero los alcances del principio de legalidad como fundamento del *ne bis in idem* material, pueden ser más extensos y se proyecta a las relaciones penal-administrativas. La legalidad también implica que una conducta penalmente relevante no puede ser calificada por la autoridad administrativa sino por el Ministerio Público o, en su caso, por la jurisdicción[357]. La administración no puede arrogarse la potestad de conocer un hecho de posible contenido penal. Así lo reconoce la citada STC español 2/2003, según la cual "no puede obviarse el hecho de que

---

[355] Fundamento jurídico 3a).

[356] Dicha vinculación entre legalidad y *ne bis in idem* ha sido destacada por CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal del ambiente*, cit., p. 123, con mayor énfasis URQUIZO OLAECHEA, José. *El principio de legalidad*, cit., p. 132.

[357] JAÉN VALLEJO, Manuel. *Principios constitucionales y Derecho penal moderno*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 29.

con carácter general la administración sancionadora debe paralizar el procedimiento si los hechos pueden ser constitutivos de infracción penal —Art. 7.2 RPS—, y que, en el caso, la administración actuó con infracción de lo previsto en dicha disposición y en el Art. 65.1 LSV. Dicha infracción legal, no obstante, tiene relevancia constitucional por cuanto estas reglas plasman la competencia exclusiva de la jurisdicción penal en el conocimiento de los hechos constitutivos de infracción penal y configuran un instrumento preventivo tendente a preservar los derechos a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador —administrativo y penal— y a no ser sancionado en más de una ocasión por los mismos hechos."[358]

Sobre la llamada **triple identidad**, existe acuerdo en que la identidad de sujeto se refiere al imputado o sancionado, no siendo necesaria la identidad de víctima, agraviado o sujeto pasivo de la infracción[359]. Se discute la posibilidad de acumular sanciones contra una persona jurídica (multa administrativa, por ejemplo) y una persona natural (pena de multa) cuando entre ambas existe una relación de gestión o representación, y la sanción obedece al mismo hecho y fundamento[360]. Si bien en estos casos puede sostenerse en el plano formal que estamos ante personas diferentes[361], de modo excepcional la STC español 177/1999 de 11 de octubre apreció una vulneración al *ne bis in idem* por la condena al representante legal de una empresa por delito ambiental (privación de libertad y multa) y la sanción administrativa contra dicha empresa por infracción a la Ley de Aguas (multa de la misma cuantía). Pero esta no es la postura mayoritaria, aunque se reconoce la imposibilidad de sancionar administrativamente a la persona jurídica e imponer por el mismo hecho

---

[358] Fundamento jurídico 9.

[359] Así, comentando la garantía de cosa juzgada, SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho procesal penal*, Idemsa, Lima, 2004, pp. 354-355.

[360] MAQUEDA ABREU, M. Luisa, en: Zugaldía Espinar, José (dir). *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 292.

[361] El Art. 78° del Código Civil señala que "La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros".

y fundamento alguna de las consecuencias accesorias del Art. 105° del CP, se niega la identidad subjetiva entre la persona jurídica y la persona natural. Así lo pone de relieve la STC español 48/2003, de 12 de marzo, en cuanto la disolución de Herri Batasuna conforme a la Ley Orgánica 6/2002 de Partidos Políticos, para diferenciarla de la sanción penal del Art. 520° del CP español contra las personas físicas que la componen, concluyendo que "tales procesos no se dirigen contra el mismo sujeto".

El TC peruano adopta una perspectiva fáctica cuando se refiere a la "identidad de hecho", noción imprecisa si se tiene en cuenta que en los casos de concurso de infracciones penales, administrativas o penal/administrativa, un mismo hecho puede realizar dos o más infracciones sin que ello lesione el *ne bis in idem*. En tales casos, aunque el hecho sea el mismo, sobre todo en el concurso ideal, no puede apreciarse un *bis in idem* porque cada infracción obedece a un fundamento diferente, no existe identidad de fundamento, siendo posible imponer más de una sanción por el "mismo hecho". Esta constatación permite aseverar que lo decisivo en casos particularmente conflictivos, en lo que ya concurre la identidad de sujeto y hecho, es conocer si se sanciona o persigue al sujeto bajo el mismo fundamento. Así lo destaca el TC cuando señala que "el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido"[362].

El TC define además la "identidad de fundamento" como "identidad de bien jurídico" o "identidad de interés protegido", equiparación problemática porque la prohibición de *bis in idem* no solo debe regir para las infracciones penales que pueden interpretarse, al menos según la doctrina mayoritaria, conforme a la teoría de los bienes jurídicos. El Derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad, se rige más bien por "criterios de afectación general, estadística

[362] Fundamento 19a *in fine*.

en todo caso"[363], por ello la sanción administrativa no requiere la verificación de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación, "aseguran expectativas referidas al funcionamiento global de un sector del tráfico social y tiene como finalidad únicamente que estos sectores no colapsen"[364].

La identidad de sujeto y de hecho no son decisivas para el *ne bis in idem*, y la identidad de fundamento, entendida como identidad de bien jurídico o de interés, no garantiza la vigencia del principio en el caso de las infracciones administrativas. Debe dotarse al *ne bis in idem* material de contenido normativo, la prohibición de sancionar más de una vez debe operar siempre que se trate del **mismo contenido de injusto o de ilícito**, de la misma infracción[365], sin importar si dicho contenido está reflejado en una norma penal o administrativa. En esa perspectiva, en los supuestos de unidad de ley, como sucede en el concurso aparente, no será posible la sanción múltiple, dado que el desvalor del hecho es abarcado en su totalidad por una sola norma. Distinto es el caso del concurso real o ideal de infracciones, en los que el disvalor del evento no es abarcado plenamente por una sola norma sino por varias[366], siendo válido imponer más de una sanción.

Este contenido material del *ne bis in idem* tiene un complemento procesal que, en su sentido más tradicional, implica la imposibilidad de iniciar un proceso penal basado en la imputación de un injusto respecto del cual, en un proceso anterior, existe cosa juzgada. En el ordenamiento

---

[363] GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte General*, Ara, 2003, p. 72.

[364] *Ibid.*, p. 71.

[365] MAQUEDA ABREU, M. Luisa, en: Zugaldía Espinar, José (dir). *Derecho penal. Parte General*, p. 293.

[366] CARO CORIA, Dino Carlos. "Bienes jurídicos colectivos en la 'sociedad de riesgo' y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación del resultado lesivo", en: *II Congreso Internacional de Derecho Penal. Ponencias*, PUCP, Lima, 1997, pp. 71 y ss.

peruano, este sentido del principio está materializado en el Art. 139.13 de la Constitución, los Arts. 78.2 y 90° del CP y el Art. 5° pf. 4 del Código de procedimientos penales. En un plano preventivo, el ***ne bis in idem* procesal** proscribe desde ya, exista o no cosa juzgada, la persecución sancionatoria múltiple por un mismo contenido de injusto, sin importar si los procesos paralelos se desarrollan dentro del mismo sector del ordenamiento jurídico o en dos o más de ellos.

El desarrollo del *ne bis in idem* procesal en la jurisprudencia peruana ha tomado en cuenta la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de septiembre de 1997, relativa al caso de María Elena Loayza Tamayo contra el Estado peruano, la cual estableció que si la jurisdicción militar valoró las pruebas de la conducta imputada y se pronunció sobre los hechos objeto de la acusación, no se permite una posterior persecución, por la misma conducta, mediante la jurisdicción común[367]. De modo semejante, la STC de 2 de julio de 1998, Exp. Nº 109-98-HC/TC, relativa al caso *Dante Damas Espinoza*[368], determinó que el sobreseimiento dictado por la jurisdicción penal ordinaria, que calificó las infracciones imputadas como delitos comunes, impide la realización de otro proceso conducente a una condena ante la jurisdicción militar. El Tribunal, con adecuado criterio, estimó que el principio "*non bis in idem*" (sic), aunque carece de reconocimiento constitucional expreso, "constituye una garantía inmanente al contenido esencial del derecho al debido proceso penal", el cual deriva del Art. 139.3 de la Constitución y del Art. 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos[369]. La Corte Constitucional expresó asimismo que el Art. 139.13 de la Carta Magna reconoce la cosa juzgada o *res iudicatia*, la que, más allá de ser un principio que informa la actuación funcional de los órganos jurisdiccionales, también guarda estrecha relación con el debido proceso, de forma que "supone, a título de derecho constitu-

---

[367] Sección XV, Fundamentos 66 y ss.

[368] Boletín de Jurisprudencia del Diario Oficial "El Peruano" de 29 de septiembre de 1998.

[369] Fundamento 7.a.

cional, la prohibición de que un individuo con resolución absolutoria y firme pueda verse sometido a un nuevo proceso judicial en que se juzgue los mismos hechos que motivaron la inicial sentencia"[370]. Tal conclusión del Tribunal, aunque marcó un camino importante de cara a la interdicción del *bis in idem*, era imprecisa pues no se trataba de prohibir en general el juzgamiento múltiple por los mismos hechos, lo que sería válido por ejemplo en el concurso ideal de infracciones, y es que el *ne bis in idem* impide la persecución y sanción múltiples por el mismo contenido de injusto.

La doctrina del TC ha quedado zanjada en la sentencia de 16 de abril de 2003, exp. Nº 2050-2002-AA/TC, donde señala que "En su vertiente procesal, tal principio significa que 'nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos', es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo)"[371]. Y en cuanto al fundamento constitucional, siguiendo la línea de la citada sentencia de 2 de julio de 1998 y lo expuesto por un sector de la doctrina[372], el TC señala que "El derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, esto es, el principio del *ne bis in idem* procesal, está implícito en el derecho al debido proceso reconocido por el Artículo 139º, inciso 3), de la Constitución", añadiendo que "Esta condición de contenido implícito de un derecho expreso, se debe a que, de acuerdo con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos y libertades fundamentales se aplican e interpretan conforme a los tratados sobre derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte. Y el derecho al debido proceso se

[370] Fundamento 7.b.

[371] Fundamento 19.b.

[372] SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*, pp. 85 y ss.

encuentra reconocido en el Artículo 8.4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, a tenor del cual: '(...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas: (...) 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos'"[373].

Dicha perspectiva ha sido ratificada por las SSTC de 14 de abril de 2003, exp. Nº 0729-2003-HC/TC[374] y de 24 de noviembre de 2004, exp. 2868-2004-AA/TC[375], que además se remiten al Art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por sentencia firme de acuerdo a ley y el procedimiento penal de cada país". Pero a diferencia de la STC de 16 de abril de 2003, en estas la Corte Constitucional señala que el principio de *ne bis in idem*, incluyendo su perspectiva material, deriva del derecho al debido proceso; la STC de 14 de abril de 2003 en particular sostiene que "el derecho de no ser sancionado dos veces por un mismo hecho o el de no ser procesado dos veces (*non bis in idem*), constituye un contenido implícito del derecho al debido proceso".

Se ha relacionado el fundamento constitucional del *ne bis in idem* procesal con la doctrina norteamericana del "*double jeopardy*" que se erige en la V Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos adoptada en 1791, según la cual "tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito". Elocución a raíz de la cual se interpreta jurisprudencialmente que todo ciudadano, al margen de su inocencia o responsabilidad, no puede ser sometido múltiples veces al riesgo de la pretensión punitiva estatal. Lo contrario significaría tolerar una ilimitada intromisión pública sobre la esfera de libertad y seguridad de la persona. El Estado tiene una sola oportunidad para perseguir y sancionar a un ciudadano por la realización

[373] Fundamento 18.

[374] Fundamento 2.

[375] Fundamento 3.

de un injusto, "si la pierde, ya no puede ejercerla, así se invoquen defectos técnicos o diferentes perspectivas jurídicas para resolver el caso"[376].

La Suprema Corte de los Estados Unidos ha afirmado que esta garantía protege al individuo contra procesamientos y castigos múltiples por el mismo delito[377], con lo que en estricto el *double jeopardy* se relaciona tanto con el *ne bis in idem* procesal como con el material. En el caso *Green contra los Estados Unidos* (1957) se señaló que "la idea subyacente, de profundo arraigo por lo menos en el sistema angloestadounidense de jurisprudencia, es que no se debe permitir que el Estado, con todos sus recursos y autoridad, emprenda intentos repetidos de condenar a un individuo por un presunto delito, exponiéndolo a la vergüenza, gastos y molestias además de obligarlo a vivir en una condición permanente de ansiedad e inseguridad y de que con ello aumenta la posibilidad de que, aún siendo inocente, se le declare culpable"[378]. Más específicamente, en el fallo de *Carolina del Norte contra Pierce* (1969), sostuvo"que la garantía de la Quinta Enmienda contra el doble proceso (…) se compone de tres protecciones constitucionales separadas. Protege de un segundo procesamiento por la misma ofensa, después de una absolución. Protege de un segundo procesamiento por la misma ofensa, después de una condena. Y protege contra castigos múltiples por la misma ofensa"[379].

La relación entre *ne bis in idem* procesal y *double jeopardy* ha sido destacada en la STC español 2/2003, donde se expresa que "en la STC 41/1997, de 10 de marzo (FJ 6), recordamos que "la LECrim, en los arts. 954 y siguientes solo admite el recurso de revisión en favor del reo, a semejanza de otros ordenamientos continentales". A ello añadimos "que esta decisión legislativa es fruto de consideraciones constitucionales,

---

[376] SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*, p. 106.

[377] En adelante WITT, Elder. *La Suprema Corte de Justicia y los derechos individuales*, Gernika, México, 1995, pp. 285 y ss.

[378] *Ibid*., p. 286.

[379] *Ibid*., p. 287.

profundamente arraigadas en el respeto a los derechos fundamentales y al valor superior de la libertad, lo pone de manifiesto el simple dato de que en la V enmienda de la Constitución norteamericana se consigna la interdicción de someter al reo a un doble juicio penal (*double jeopardy*). Las razones que en aquel país se aducen como fundamento de esa interdicción son semejantes a las que el legislador español avanzaba, en la exposición de motivos de la LECrim, para justificar la proscripción de la absolución en la instancia, cuyo significado es análogo al de la prohibición de la revisión 'contra reo': evitar que el ciudadano sea 'víctima de la impotencia o del egoísmo del Estado', evitarle las 'vejaciones' que resultarían de una situación de permanente inseguridad y, en fin, no dispensarle un trato incompatible con la condición de 'ciudadano de un pueblo libre'"[380]. De modo similar, la STC peruano de 14 de abril de 2003, exp. Nº 0729-2003-HC/TC, señala que "en su vertiente procesal, el principio *non bis in idem* garantiza que no se vuelva a juzgar a una persona que ya lo haya sido, utilizando similar fundamento. Y ello con la finalidad de evitar lo que la V enmienda de la Constitución Norteamericana denomina *double jeopardy*, es decir el doble peligro de condena sobre una persona", y añade que "este principio contempla la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras, la proscripción de ulterior juzgamiento cuando por el mismo hecho ya se ha enjuiciado en un primer proceso en el que ya se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada"[381].

El primer reconocimiento general del principio de *ne bis in idem* material se aprecia desde el año 2001 en el Art. 230° num. 10 de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), según el cual "la potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (…) 10. *Non bis in idem*.- No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se

[380] Fundamento 3.b.

[381] Fundamento 3.

aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento". Con ello se dio un paso importante a favor del reconocimiento del *ne bis in idem* material en un momento en que el TC aún no había desarrollado sus alcances y como lo hiciera recién en la sentencia de 16 de abril de 2003 ya citada.

Pero la LPAG no introdujo el sentido del *ne bis in idem* procesal, lo que fue advertido por la Comisión Especial Revisora del Código Penal creada por la Ley Nº 27837 y que en el Anteproyecto de abril de 2004 de reforma de la Parte General del CP propuso introducir como Art. IX del Título Preliminar la regla siguiente: "Nadie podrá ser procesado, ni sancionado mas de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas" (pf. 1), "El Derecho penal tiene preeminencia sobre el Derecho administrativo" (pf. 2). Dicha regla fue adoptada sin más por la Comisión de Alto Nivel que elaboró el nuevo Código procesal penal de 2004 (CPP2004), promulgado mediante el Decreto Legislativo Nº 957. El Art. III del Título Prelimar establece del mismo modo: "Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El Derecho penal tiene preeminencia sobre el Derecho administrativo" (pf. 1), a lo que añade que "la excepción a esta norma es la revisión por la Corte Suprema de la sentencia condenatoria expedida en algunos de los casos en que la acción está indicada taxativamente como procedente en este Código" (pf. 2).

Esta nueva regulación adopta en esencia la doctrina del TC sobre el *ne bis in idem*, contempla el contenido material ("Nadie podrá ser (…) sancionado más de una vez") y procesal ("Nadie podrá ser procesado (…) más de una vez"), y señala como presupuesto la triple identidad ("por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento"). La norma extiende además su eficacia tanto "para las sanciones penales y administrativas", cabiendo deducir que no solo prohíbe el *bis in idem* al interior del ordenamiento penal y administrativo, sino también, conforme ha zanjado el TC, cuando la pluralidad de sanciones y persecuciones sancionatorias derivan de ordenamientos distintos

como el penal y el administrativo, ambos son expresiones del mismo *ius puniendi* estatal y el Estado, más allá de su forma de organización y división de poderes es un solo ente, solo puede sancionar y perseguir una vez.

Poco clara es la regla de que "El Derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo". En la discusión de la Comisión Especial Revisora del Código Penal no existía acuerdo sobre el modo de evitar que la administración se arrogue competencia sobre un caso de posible relevancia penal, de modo que persiga y sancione libremente sin poner el hecho en conocimiento del Ministerio Público o del Poder Judicial y sin abstenerse de seguir conociendo el caso. Para la Comisión esta práctica generalizada de la administración pública podía conducir a que hechos de relevancia penal queden sancionados como simples infracciones administrativas, mediante procesos más rápidos y en lo que la sanción sea menos grave y no se refleje toda la desvaloración jurídico-social del hecho. La Comisión no adoptó la propuesta de introducir una regulación expresa sobre los deberes de la administración de abstenerse y notificar el hecho al Ministerio Público cuando éste pudiera tener connotación penal, tampoco el planteamiento de regular los efectos para la administración de las decisiones que adopte la autoridad penal. A falta de un mejor acuerdo se consideró suficiente expresar la "preeminencia del Derecho penal" que en la "voluntad" del prelegislador o proyectista significaba que la autoridad penal, el Ministerio Público o el Juez, tiene la competencia exclusiva sobre la calificación penal y en el caso del Poder Judicial el poder de vincular a la administración con sus decisiones.

III. *NE BIS IN IDEM* Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Los problemas más comunes de aplicación del principio de *ne bis in idem* se presentan en ámbitos previamente reglamentados por el Derecho administrativo, por ejemplo en la regulación de la actividad económica o en el ejercicio de la función pública. El TC ha venido desarrollando el contenido del *ne bis in idem* sobre todo a partir de casos

en los que imputa a la administración pública haber impuesto más de una sanción por el mismo contenido de injusto a funcionarios públicos.

No se discute que la potestad sancionadora de la Administración y el Derecho penal, son manifestaciones de un mismo *ius puniendi* estatal[382]. Como indica la STC de 16 de abril de 2003, Exp. 2050-2002-AA/TC, reiterando lo expuesto en el Exp. N° 1003-1998-AA/TC, "la aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración. Como toda potestad, en el contexto de un Estado de Derecho, está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, de los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales", por ello para el TC "la administración, en la sustanciación de procedimientos administrativos disciplinarios, está vinculada al irrestricto respeto de los derechos constitucionales procesales y a los principios constitucionales (v.gr. legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad) que lo conforman"[383]. Ello ha permitido que el poder sancionador de la Administración progresivamente se venga adecuando a límites similares a los que rigen la imputación penal y procesal penal, como lo evidencia el Art. 230° de la LPAG que impone como principios de la potestad sancionadora administrativa los de legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad, entre otros cuya constitucionalización planteó el Art. 2° del Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución de 5 de abril de 2002, como concretos límites al *ius puniendi* administrativo[384].

---

[382] POLAINO NAVARRETE, Miguel. "Derecho penal criminal y Derecho administrativo sancionador", en: *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, N° 7/1989, pp. 55 y ss.; SÁNCHEZ LAMELAS, Ana. "Derecho administrativo sancionador y Derecho penal: consideraciones en torno a los principios de garantía", en: *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*. Vol. I. Universidad de Cantabria, 1993, pp. 383 y ss.

[383] Fundamento 13.

[384] "Artículo 2.- Límites de la potestad punitiva del Estado.
El Estado al ejercer su potestad punitiva debe respetar los principios de constitucionalidad, legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, resocialización

La discusión relativa a la identidad de garantías en el ordenamiento administrativo sancionador y el penal como expresiones de un mismo *ius puniendi*, es relativamente reciente en Perú[385]. El debate tampoco está terminado en el Derecho comparado, aunque se acepta que el ejercicio sancionador por parte de la administración debe someterse básicamente a los límites del Derecho penal[386], se discute la intensidad de dicho sometimiento, en el sentido de si la regla general de la menor gravedad de las sanciones administrativas –al menos no pueden acarrear la privación de libertad– y las necesidades de eficacia de la intervención administrativa, pueden fundamentar la exigencia de garantías más flexibles que las del sector penal[387]. Por ese camino, se resguardaría un núcleo básico de garantías para el *ius puniendi* administrativo, como los principios de legalidad y culpabilidad, pero se renunciaría a otras como la lesividad o la legalidad procesal, en pro de una mayor eficacia.

El TC no ha sido ajeno a esta flexibilización, en la referida sentencia de 16 de abril de 2003 expresó por ejemplo, en relación a los derechos de los miembros de la Policía Nacional en los procesos disciplinarios, que

---

y humanidad, en el ámbito penal, procesal y penitenciario, así como el debido proceso. Dicha materia será regulada mediante ley orgánica.
No se podrá imponer sanciones administrativas que directa o indirectamente importen privación de la libertad y deberá respetar los principios mencionados en el párrafo anterior en cuanto les sea aplicable".

[385] DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. "Notas sobre la potestad sancionadora de la administración pública", pp. 149 y ss.; ZÚÑIGA FERNÁNDEZ, Tania. "La potestad sancionadora de la administración pública", p. XV; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico*, p. 185.

[386] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "La autotutela. Los límites al poder sancionador de la administración pública y los principios inspiradores del Derecho penal", en: *Revista de Administración Pública,* N° 126/1991, pp. 253 y ss.

[387] CID MOLINE, José. "Garantías y sanciones (argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)", en: *Revista de Administración Pública,* N° 140/1996, pp. 131 y ss.; PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho penal. Parte especial. T. III. Delitos económicos,* Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, pp. 167-168.

"no considera que el derecho de defensa en tales casos deba ser ejercido en idénticas condiciones a las del proceso penal ordinario. Ello porque, como antes se ha indicado, 'en el ámbito militar, (...) el procedimiento de carácter disciplinario no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos judiciales, pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la no reacción frente a las infracciones de la disciplina militar'. Pero tal singularidad justifica el extremo opuesto, es decir, que no sea de recibo el reconocimiento y respeto del derecho a no quedar en un estado de indefensión total", y en esa medida, "el Tribunal considera que es lícito que el legislador realice un tratamiento diferenciado en función del tipo de falta que se cometa. Y así, por ejemplo, si se trata de una falta leve, disponga que la autoridad o superior que tenga competencia para sancionar una falta leve deba seguir un procedimiento preferentemente oral, en el que se verifique la exactitud de los hechos, se garantice el derecho de defensa y, de ser el caso, la resolución de sanción adoptada le sea notificada por escrito al procesado. Y, en caso se trate de una falta grave, que el procedimiento sea escrito y que se garantice el derecho de defensa, además de otras garantías absolutamente imprescindibles con el tipo e intensidad de la sanción que pudiera imponerse".[388]

Este debate no afecta la vigencia del principio de *ne bis in idem* en el ámbito administrativo, reina acuerdo en que la interdicción de la sanción o persecución múltiple por un mismo contenido de injusto es una garantía irrenunciable en todo ejercicio punitivo[389]. Por ello uno de los aspectos más controvertidos, especialmente de cara al sentido de la legislación, radica en la vinculación a este principio cuando la persecución o sanción opera en distintos ordenamientos sancionatorios, es decir en el penal y el administrativo[390].

---

[388] Fundamento 14.

[389] TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., & AGUADO I CUDOLÀ, V. *Derecho administrativo sancionador*, Cedecs, Barcelona, 1995, pp. 71 y ss.

[390] *Ibid*., pp. 77-79.

Pese a la consagración general del *ne bis in idem* en el Art. 230.10 de la LPAG y en el Art. III del CPP, y la fuerza vinculante de la jurisprudencia del TC, la legislación administrativa no suele reconocer su eficacia y no pocas veces contiene declaraciones de que la sanción administrativa se impondrá paralelamente a la penal. Por ejemplo, el Art. 190° del Código Tributario señala que "las penas por delitos tributarios se aplicarán sin perjuicio del cobro de la deuda tributaria y la aplicación de las sanciones administrativas a que hubiere lugar", de lo cual parece deducirse, como en efecto sucede en la práctica tributaria, que ante una misma infracción es posible acumular una sanción penal y otra administrativa. Pero no puede aceptarse que esta regla especial, propia del sector tributario, deba imponerse a la regla general del Art. 230.10 de la LPAG, y menos aun que toda norma posterior a la LPAG que independice la sanción penal de la administrativa ha derogado la garantía del *ne bis in idem*. El fundamento constitucional del *ne bis in idem* condiciona la interpretación de la legislación ordinaria, con lo que solo tienen asidero constitucional aquellas interpretaciones de la legislación administrativa compatibles con la proscripción del *bis in idem*.

Conforme a ello, tampoco debe interpretarse sin más que reglas como la del Art. 190° del Código Tributario son inconstitucionales, el Art. VI pf. 1 del Código Procesal Constitucional y la Segunda Disposición Final de la Ley Nº 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, instauran el principio de conservación según el cual la inconstitucionalidad es la *ultima ratio*, antes deben agotarse los medios de interpretación conocidos a fin de superar la posible inconstitucionalidad[391]. La STC de 11 de julio de 2002, exp. Nº 1124-2001-AA/TC, estableció la necesidad de que "la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución"[392]. Este principio, previsto como presupuesto para la inaplicación de una ley inconstitucional por parte de los

[391] CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código procesal constitucional*, Ara Editores, Lima, 2004, p. 69.

[392] Fundamento 13.c.

jueces, rige también para la administración pública. Más allá del debate de si la administración puede o debe ejercer un control difuso como el que se reconoce expresamente a los jueces desde la Constitución (Art. 138 pf. 2)[393], el principio de supremacía constitucional que rige el procedimiento administrativo (arts. III, IV.1.1, V.2.1 de la LPAG)[394] obliga a la administración a modular sus prácticas e interpretaciones normativas a principios de arraigo constitucional como el de *ne bis in idem*. En esa perspectiva es suficiente una interpretación restrictiva del Art. 190° del Código Tributario, la posibilidad de que "las penas por delitos tributarios" se apliquen sin perjuicio "de las sanciones administrativas a que hubiere lugar" debe limitarse a los casos en los que no se viola el *ne bis in idem*, por ejemplo de concurso ideal entre una infracción administrativa y otra penal en los que la sanción múltiple se sustenta en injustos de diferente contenido[395].

Un aspecto particularmente problemático es el de las llamadas **relaciones de especial sujeción entre el sujeto actuante y la administración**. Como se ha señalado anteriormente, excepcionalmente el TC ha tolerado la acumulación de sanciones provenientes de diferentes órdenes cuando ellas obedecen a diferente fundamento, es decir si se protegen bienes jurídicos distintos. En la jurisprudencia constitucional española la coexistencia de una sanción penal y otra administrativa, por el mismo hecho, se ha permitido cuando el sujeto se encontraba en una "relación de especial sujeción" con la administración, en cuyo caso el *ius puniendi* ejercido por esta no sería el "genérico del Estado"[396].

---

[393] Favorable a esta tesis, DEL POZO, Claudia. *Control difuso y procedimiento administrativo*, Palestra, Lima, 2005, pp. 173 y ss.

[394] *Ibid.*, pp. 94 y ss.

[395] CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal del ambiente*, pp. 128-129.

[396] Pese a que el Art. 415.3 de la LOPJ español de 1985 señala que "En ningún caso un mismo hecho sancionado en causa penal podrá ser objeto de un posterior expediente de responsabilidad disciplinaria", la STC de 27 noviembre de 1985 precisa que el principio de *ne bis in idem* "no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que

Pero la propia delimitación de este tipo de relaciones no ha sido clara en la jurisprudencia del TC español, así lo reconoce la STC 132/2001, de 8 de junio, cuando recuerda que "de las denominadas 'relaciones especiales de sujeción' –también conocidas en la doctrina como 'relaciones especiales de poder'– se ha ocupado ya este Tribunal en anteriores ocasiones, no ocultando que, como se dijo en la STC 61/1990, FJ 6, la distinción entre relaciones de sujeción general y especial es en sí misma imprecisa"[397]. Esta imprecisión no ha sido superada, apenas se ha señalado que "es posible reconocer situaciones y relaciones jurídico-administrativas donde la propia Constitución o las leyes imponen límites en el disfrute de los derechos constitucionales, llámense tales relaciones de 'especial sujeción', 'de poder especial', o simplemente 'especiales'", y que en todo caso "la categoría 'relación especial de sujeción' no es una norma constitucional, sino la descripción de ciertas situaciones y relaciones administrativas donde la Constitución, o la ley de acuerdo con la Constitución, han modulado los derechos constitucionales de los ciudadanos". Entre ellos "el derecho a la legalidad sancionadora del Art. 25.1 CE –del cual deriva el *ne bis in idem*– y aunque este precepto no contempla explícitamente ninguna situación o relación administrativa especial, de la concurrencia del mismo con otras normas constitucionales sí se puede concluir que la propia Constitución contiene una modulación del derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito de ciertas relaciones administrativas especiales"[398].

Así, se ha reconocido la especial sujeción en relación con un preso[399], con un Policía Nacional[400], con un arquitecto colegiado[401], in-

---

los contemplen, por ello, desde perspectivas diferentes", Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*, p. 7, también la STC 2/1987.

[397] Fundamento jurídico 4.

[398] *Ibid.*

[399] STC 2/1987, de 21 de enero, fundamento jurídico 2.

[400] STC 69/1989, de 20 de abril, fundamento jurídico 1.

[401] STC 219/1989, de 21 de diciembre, fundamento jurídico 3.

cluso respecto a un detective privado con autorización administrativa aun cuando aquella relación administrativa especial no tuviera base directa en la Constitución o en una ley conforme con la Constitución[402]. Sin embargo, y como parte de lo que puede considerarse una tendencia a no restringir el ámbito de la legalidad bajo el argumento de la especial sujeción, la STC español 132/2001 consideró que "ningún precepto constitucional, ni tampoco una ley conforme con la Constitución, prevén, ni explícita ni implícitamente, la limitación de derechos constitucionales en un ámbito económico como el de los concesionarios de expendedurías de tabaco"[403], negando con ello la trascendencia de la especial relación existente entre el concesionario y el Estado derivada de la mera concesión.

La imposición de límites a la acumulación de sanciones en los casos de sujeción especial no es reciente en la jurisprudencia del TC español, se ha exigido que "el interés jurídicamente protegido" por la infracción administrativa "sea distinto" al de la infracción penal "y que la sanción sea proporcional a esa protección"[404]. Asimismo se ha declarado que si "la ley sancionadora ha de contener los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer"[405], entonces, "con independencia de cómo se denomine la relación" que une por ejemplo a la titular de la concesión con la administración, "no hay fundamento alguno" para que la infracción por la que se sancionó a la recurrente "carezca de la cobertura legal que, con carácter general, exige el art. 25.1 CE"[406].

---

[402] STC 61/1990, fundamento jurídico 8.

[403] Fundamento jurídico 4.

[404] STC 234/1991 de 10 de diciembre, fundamento jurídico 2.

[405] SSTC 3/1988, de 21 de enero, fundamento jurídico 9, 101/1988, de 8 de junio, fundamento jurídico 3, 341/1993, de 18 de noviembre, fundamento jurídico 10, 60/2000, de 2 de marzo, fundamento jurídico 3, STC 132/2001, fundamento jurídico 5.

[406] STC 132/2001, de 8 de junio, fundamento jurídico 4.

También en una perspectiva claramente restrictiva, la STC español 26/2005 de 14 de febrero[407], ratifica lo expuesto en la STC 234/1991 de 10 de diciembre[408] en el sentido que "la existencia de esta relación de sujeción tampoco basta por sí misma, sin embargo, para justificar la dualidad de sanciones. De una parte, en efecto, las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación (vid., entre otras, SSTC 2/1987, 42/1987 y, también STC 61/1990)".

Con todo, la sanción múltiple bajo los argumentos de la especial sujeción, distinto bien jurídico o fundamento, no se considera una alternativa plausible[409]. La ausencia de una determinación exacta de estos criterios, podría constituir una puerta abierta para un ejercicio múltiple y desproporcionado del *ius puniendi*. Por esa razón, en la doctrina española se observa la tendencia hacia una mayor delimitación material del *ne bis in idem*, en el sentido de impedir siempre la pluralidad de sanciones frente al mismo contenido de injusto[410]. Este principio fundamenta

---

[407] Fundamento jurídico 3.

[408] Fundamento jurídico 2.

[409] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico*, p. 185; GARCÍA ALBERO, Ramón. «*Non bis in idem*» *material y concurso de leyes penales.* Barcelona, Cedecs 1995, p. 64.

[410] GARCÍA ALBERO, Ramón. Op. Cit., p. 64; CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 151; DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier. "La garantía del *ne bis in idem* y el Derecho penal económico", en: *Ponencia en el III Congreso Internacional de Derecho Penal*, realizado en Lima en 1998, inédito.

la unidad de sanción en el llamado concurso aparente de normas pero, *a contrario sensu*, acudiendo al mismo sentido material del concurso ideal de delitos, permite una excepcional acumulación de sanciones en los supuestos de concurso de infracciones penales y/o administrativas.

La jurisprudencia del TC peruano no se ha vinculado expresamente a la doctrina de las relaciones de sujeción especial, aunque adopta consecuencias similares, sobre todo en el ámbito disciplinario policial y militar. Solo excepcionalmente se ha recurrido al argumento de la especial sujeción como medio para justificar la restricción o modulación de derechos distintos a los que derivan del *ne bis in idem*.

La STC de 10 de julio de 2002, Exp. Nº 866-2000-AA/TC, señaló que "Por su propia condición de derechos constitucionales su ejercicio no es ilimitado, puesto que sus excesos son susceptibles de ser sancionados. Los límites que pueden establecerse por el ejercicio de estos derechos son varios y, como regla general, se determinan tomando en consideración la naturaleza de los derechos en cuestión. No obstante, en determinados supuestos, el legislador puede fijar una diversa clase de límites a tales libertades, límites cuya justificación se encuentra en las **relaciones especiales de sujeción** bajo las que se encuentran determinados individuos. Tal es el significado particular, precisamente, del inciso d), Artículo 23° del Decreto Legislativo N.° 276 y del Artículo 138° del Decreto Supremo N.° 005-90-PCM, que, con relación a los servidores públicos, señala la necesidad de contar con autorización del superior jerárquico para ejercer las libertades de expresión e información"[411]. El TC no ha derivado de esta argumentación consecuencias lesivas de derechos fundamentales, consideró por el contrario que "naturalmente, tal restricción no puede entenderse en el sentido de que el referido servidor público no pueda ejercer, sin más, dichas libertades, pues ello supondría vaciarlas de contenido. En la medida en que los límites especiales derivados de una relación de sujeción especial tienen por propósito garantizar la efectividad de los intereses públicos a los que sirve una

[411] Fundamento 3, negrita añadida.

dependencia pública, los alcances de esta limitación deben entenderse concretamente referidos a esos intereses públicos cuya efectividad se persigue asegurar con la limitación de los derechos constitucionales. Dicho en otras palabras, ni la presencia de estos límites especiales supone que los servidores públicos no puedan ejercer sus libertades informativas, ni que cualquier tipo de información relativa a su empleador quede prohibida de difundirse"[412].

Menos clara es la STC de 5 de agosto de 1999, Exp. Nº 0993-1997-AA/TC, según la cual "tratándose de personas jurídicas, el ejercicio de determinados derechos, como el de ejercer libremente la profesión de abogado, puede encontrarse afecto a unos límites derivados del **principio de sujeción especial**, por virtud del cual se exige del asociado a un Colegio Profesional, entre otros aspectos, no socavar el principio de lealtad para con la institución a la que se pertenece; y, por tanto, cada vez que este principio se vea resentido, reconocer la facultad de la entidad afectada a establecer mecanismos correctores de dichas conductas anómalas"[413]. Pero el poder sancionador de los colegios profesionales no ha sido reconocido para efectos del *ne bis in idem* por la STC de 17 de octubre de 2005, Exp. N° 3167-2004-AA/TC, para la cual si "el proceder del demandante ha dado lugar a una sanción administrativa del Poder Judicial, que a su vez configura una conducta que atenta contra el Código de Ética del Abogado", "no se trata de una sanción administrativa sino de una impuesta por un Colegio Profesional, en tanto que el proceder del demandante atenta contra los deberes del abogado en su ejercicio profesional."[414], "por lo que (…) no se ha vulnerado el principio *non bis in ídem*"[415].

Estos precedentes no delimitan la noción de relaciones de sujeción especial ni justifican una desvinculación del principio de *ne bis in idem*,

---

[412] Fundamento 4.

[413] Fundamento 7, negrita añadida.

[414] Fundamento 7.

[415] Fundamento 9.

pese a lo cual se ha consolidado una tendencia favorable a la acumulación de sanciones penales y administrativas en el caso de funcionarios públicos, partiendo del presupuesto que ambas satisfacen funciones distintas que justifican una independencia plena. La STC de 26 de enero de 2005, Exp. 3944-2004-AA/TC declara que "tampoco se ha vulnerado el principio *non bis in ídem,* puesto que la responsabilidad penal es independiente de la responsabilidad administrativa, en que incurrió el demandante, por haber cometido graves irregularidades en el desempeño de sus funciones"[416]. Según la STC de 20 de abril de 2005, Exp. Nº 1204-2005-AA/TC, no se aprecia violación "del principio *ne bis in idem*; más aún cuando, de conformidad con el Artículo 25° del Decreto Legislativo N.° 276, los servidores públicos tienen, además de la responsabilidad administrativa, la civil y penal, por el cumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público"[417]. Más tajante es la STC de 28 de junio de 2005, Exp. N° 3363-2004-AA/TC, que considera "que las responsabilidades penales y administrativas en que puede incurrir un servidor o funcionario son independientes; razón por la cual, la existencia de un proceso penal no enerva la potestad de la administración para procesar y sancionar administrativamente, por los mismos hechos, al servidor o funcionario que ha incurrido en falta disciplinaria"[418].

De esta manera, como reconocen las SSTC de 25 de noviembre de 2004, exp. Nº 310-2004-AA/TC[419] y 29 de abril de 2005, exp. 3862-2004-AA[420], se consolida la criticable interpretación expuesta en el Caso Víctor Hugo Pacha Mamani, Exp. Nº 094-2003-AA/TC, según la cual "lo que se resuelve en el ámbito administrativo disciplinario es independiente del resultado del proceso penal al que pudiera ser sometido

[416] Fundamento 4.

[417] Fundamento 4.

[418] Fundamento 3.

[419] Fundamento 4.

[420] Fundamentos 4 y 5.

un efectivo policial por habérsele imputado la comisión de un hecho penalmente punible; debido a que se trata de dos procesos distintos por naturaleza y origen (...); el Tribunal asume (...) que el proceso administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una inconducta funcional, mientras que el proceso jurisdiccional conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad penal". Tal interpretación no puede aceptarse, una acumulación de sanciones que se justifique en diferencias formales –el origen de la sanción o el carácter de inconducta funcional del ilícito administrativo– o naturalistas entre las infracciones penales y administrativas, violenta la prohibición de *bis in idem*. Aunque en ocasiones podrá reconocerse la diferencia de intereses o bienes protegidos por el ilícito administrativo o penal, en cuyo caso estará justificada, como en el concurso ideal de delitos; la imposición de varias sanciones no puede aceptarse sin más y a priori que las sanciones penales y administrativas son independientes y autónomas.

Por ese motivo debe superarse el precedente derivado de la STC de 28 de diciembre de 2004, Exp. 3194-2004-HC/TC, según la cual "se ha reconocido expresamente, en el Artículo 168° de la Constitución, que 'las leyes y reglamentos respectivos [...] norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional', lográndose de esta forma constitucionalizar la potestad disciplinaria a las instituciones castrenses, como en este caso corresponde a la Marina de Guerra del Perú. A través de esta norma, se busca mantener indemne el orden y la disciplina castrenses de sus miembros dentro de la entidad. Entonces, en la Norma Fundamental se ha reconocido ambas posibilidades de sanción, cada una con un fin excluyente, tal como consta en la propia norma referida a la disciplina castrense: según el Artículo 57° del Decreto Supremo 003-82-CCFA, Situación Militar del Personal de Técnicos, Suboficiales y Oficiales de Mar de las Fuerzas Armadas del Perú, se sancionará por faltas graves 'independiente de la sanción penal que le correspondiere si el hecho o hechos que se le imputan están previstos como delito por la ley'. Esta diferencia de naturaleza entre estos tipos de sanciones ha quedado plenamente establecida para el caso de autos (…) Por tanto,

no ha existido afectación al principio *ne bis in ídem* en el presente proceso, pues la medida disciplinaria impuesta tiene un objeto distinto al del proceso penal iniciado"[421]. Lo criticable de esta sentencia no es el reconocimiento del poder disciplinario de las Fuerzas Armadas y Policiales, sino la inusitada asunción de que las sanciones administrativas son independientes de las penales, en este caso porque así lo declara un Decreto Supremo del año 1982.

Si el TC asume consecuencias similares a las que derivan de la tesis de las relaciones de especial sujeción, tesis que solo ha reconocido aisladamente, se tiene que el principio de *ne bis in idem* se postula en la práctica como una garantía plena de los particulares y no de los funcionarios públicos, contra quienes suele invocarse permanentemente el argumento formal de que las sanciones penales son diferentes de las administrativas. Dicho de otro modo, los funcionarios solo tendrían garantizada la prohibición de dos o más persecuciones penales por lo mismo y de dos o más persecuciones administrativas por el mismo injusto, no estando proscrita una persecución penal y otra administrativa aunque se verifique la triple identidad, porque se asume o se presume que ambas cumplen distintos fines o sirven a la satisfacción de intereses o bienes jurídicos diferentes. Esta solución discrimina a los funcionarios, les otorga un trato desfavorable por la restricción del derecho a ser perseguidos y sancionados solo una vez por el mismo contenido de injusto, y que está prohibido por el Art. 2.2 de la Constitución. Si bien el funcionario está vinculado a una posición de garante de la cual derivan un conjunto de deberes especiales o institucionales conforme a su concreto ámbito de competencia[422], de ello no se deduce la eliminación

---

[421] Fundamento 6.

[422] SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. "Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios", en: *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública*, Grijley, Lima, 2001, pp. 160 y ss.; CARO JOHN, José Antonio. "Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber", en: *Anuario de Derecho Penal 2003*, pp. 57 y ss.

del contenido esencial del ese derecho fundamental a no ser perseguido ni sancionado más de una vez por lo mismo. La vinculación a estos deberes institucionales no puede significar la pérdida automática de las garantías de legalidad, proporcionalidad, debido proceso y cosa juzgada que dotan de fundamento constitucional al principio de *ne bis in idem*.

Con este punto de partida deben superarse interpretaciones formales que derivan por ejemplo del texto literal del Art. 243° de la LPAG que, bajo el rótulo "Autonomía de responsabilidades", establece que "las consecuencias civiles, administrativas o penales de la responsabilidad de las autoridades son independientes y se exigen de acuerdo a lo previsto en su respectiva legislación" (num. 1), de forma tal que "los procedimientos para la exigencia de la 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" (num. 2). Estas reglas parecen oponerse al sentido del Art. 230.10 de la LPAG que regula expresamente el *ne bis in idem* material, aunque su eficacia se limita al ámbito de la responsabilidad de los funcionarios, como puede deducirse de la ubicación sistemática del Art. 243 en el Capítulo II ("Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de la administración pública") del Título V ("De la responsabilidad de la administración pública y del personal a su servicio") de la LPAG, a diferencia del Art. 230.10 que se incardina en el Título IV ("De los procedimientos especiales") de la Ley, en el Capítulo II dedicado al "Procedimiento Sancionador", Subcapítulo I referido a la "Potestad sancionadora". Pero este ámbito restringido de aplicación, "a las autoridades" y "personal al servicio de la administración pública", tampoco puede desvincularse de la prohibición constitucional del *ne bis in idem*, aunque el Art. 243 reafirme la "autonomía de las responsabilidades" y la independencia de las consecuencias penales y administrativas. De la literalidad de estos enunciados no se deduce un mandato de acumulación de sanciones por el mismo injusto, por lo que deben interpretarse conforme a dicha proscripción constitucional.

La **administración debe respetar los términos de la cosa juzgada**, conforme a lo previsto en el Art. 139 nums. 2 y 13 de la Constitución, no

puede modificar los hechos previstos en una sentencia condenatoria o absolutoria. Si la jurisdicción penal concluye que los hechos son inexistentes o no están probados, ningún otro órgano público, jurisdiccional o administrativo, puede pretender acreditar lo contrario mediante otra investigación y debe tener por inocente al ciudadano frente a los hechos imputados[423]. Así lo establece la plurialudida STC de 16 de abril de 2003, exp. Nº 2050-2002-AA/TC, señala que "Como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional de España (STC 47/1981), «(...) El principio *non bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico pueda producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, *pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos*, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado» (cursivas agregadas). Lo que significa que, en el supuesto de existencia de una dualidad de procedimientos, el órgano administrativo queda inexorablemente vinculado a lo que en el proceso penal se haya declarado como probado o improbado"[424].

En esa misma perspectiva, la STC de 25 de noviembre de 2004, Exp. 2322-2004-AA/TC, establece que "es aplicable al presente caso, *mutatis mutandis*, el criterio establecido por este Tribunal en la citada STC 2050-2002-AA/TC, en cuyo fundamento N.º 17 (…) se señaló que si la sanción disciplinaria (…), con independencia de la imputación de haber cometido un delito, se adopta como consecuencia de haberse infringido además intereses legítimos de la institución policial, (…), entonces, cualquier sanción administrativa que pudiera imponerse, solo

---

[423] VIVES ANTÓN, Tomás. *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 361.

[424] Fundamento 19.b.

podrá darse una vez finalizado el proceso penal, pues si bien en sede judicial no se sancionará por la comisión de una falta administrativa, sino por la comisión de un ilícito (penal), sin embargo, la autoridad administrativa está vinculada por los hechos declarados como probados en sede judicial"[425]. De igual forma, la STC de 28 de diciembre de 2004, Exp. 3194-2004-HC/TC, en relación a las "consecuencias de una posible irresponsabilidad penal", concluye que "la base fáctica del proceso penal y el procedimiento administrativo es una sola", aunque "cabe una situación particular: que la persona sea absuelta en vía procesal penal por falta de pruebas sobre los hechos denunciados. Es decir, que la base fáctica de los procesos sea declarada insubsistente en sede judicial. Ante tal situación, ¿qué sucedería con la sanción disciplinaria impuesta? La respuesta no es del todo sencilla. Sin embargo, para el caso concreto, si se demostrase que el inculpado no participó del hecho delictivo imputado, la sanción disciplinaria debería seguir lo decidido en el proceso penal"[426].

Ahora bien, se debate el caso de la sentencia absolutoria que considera probados los hechos que se imputan, y que no cabe la responsabilidad penal porque es aplicable al caso uno de los diversos argumentos jurídicos que bloquean dicha responsabilidad, como la imputación objetiva, la falta de atribución del dolo o una causa de justificación. Dado que el Derecho administrativo sancionador impone un estándar menos exigente para la sanción, podría sostenerse que es posible afirmar la responsabilidad administrativa siempre que se respeten los hechos probados y no se contradiga la calificación jurídica establecida por la jurisdicción. Así por ejemplo, no se violaría el *ne bis in idem*, si un ciudadano es absuelto del cargo de peculado (Art. 387° del CP) porque se determinó que no actuó con dolo sino con negligencia, tras lo cual es sancionado por la administración porque las normas disciplinarias sí sancionan el

[425] Fundamento 7.

[426] Fundamento 7.

comportamiento negligente[427]. Sin embargo, aunque en ese caso no se violaría el contenido material del *ne bis in idem* porque se impone una sola sanción, sí se contraviene la prohibición de perseguir más de una vez por lo mismo, (el *ne bis in idem* procesal) pues se estaría sometiendo al imputado a un doble riesgo real para sus intereses[428].

La administración debe abstenerse de intervenir o de proseguir el procedimiento sancionador cuando los hechos que investiga son susceptibles de ser calificados como delito. En tales casos, la autoridad administrativa debe remitir lo actuado al Ministerio Público[429] o a la autoridad judicial si ésta ya viene conociendo el hecho. El Art. 159.5 de la Constitución establece que el ejercicio de la acción penal compete al Ministerio Público y el Art. 139.2 pf. 2 reconoce la primacía de la jurisdicción, por lo que solo en apariencia hace falta una regulación general que zanje a nivel legislativo a quien corresponde evaluar el carácter administrativo o penal de la infracción.

Un intento de regular estos aspectos, aunque solo para el ámbito de los procedimientos concursales[430], ya se observaba en el último pf. de la 11ª Disposición Complementaria de la Ley de Reestructuración Patrimonial (LRP), D. Leg. Nº 845, introducida por la Ley Nº 27146 de 24 de junio de 1999, y luego en el Art. 131 de la Ley General del Sistema Concursal (LGSC), Ley N° 27809 de 8 de agosto de 2002. Dichas normas contenían dos reglas: **i)** si se ha impuesto sanción administrativa al infractor, ya no cabe el inicio de la acción penal por tales hechos, y **ii)** si a criterio de la Comisión la infracción reviste especial gravedad, esta

---

[427] URQUIZO OLAECHEA, José. *El principio de legalidad*, pp. 136-137.

[428] VIVES ANTÓN, Tomás. *La libertad como pretexto*, p. 334. Igual, SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*, p. 105.

[429] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico*, p. 195.

[430] Vid. CARO CORIA, Dino Carlos. "Los delitos concursales en el Derecho penal peruano. Alcances de la Ley de reestructuración patrimonial y de la nueva ley general del sistema concursal", en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 3/2002, pp. 142 y ss.

debe inhibirse de pronunciarse sobre el caso y poner los actuados a disposición del Ministerio Público para los fines correspondientes.

La regla **ii)** quebranta la legalidad, abre paso a la "oportunidad administrativa" porque permite que un órgano administrativo, la Comisión, califique la relevancia penal del hecho y derive el caso a la Fiscalía solo si según su "criterio" es de especial gravedad, tolerándose con ello que hechos de verdadera trascendencia penal sean directamente sancionados por la administración. Pero la administración carece de la facultad constitucional de pronunciarse sobre la relevancia penal del hecho, y lo contrario implica una intrusión en las competencias del órgano fiscal, prohibida por el tipo de usurpación de funciones del Art. 361° del CP. Del mismo, modo, el deber de comunicación al Ministerio Público surge con la mera duda sobre la trascendencia penal del hecho, su inobservancia puede adquirir sentido en el marco del tipo de omisión de denuncia del Art. 407° del CP. Con mayor énfasis, si el caso ya es de conocimiento del Poder Judicial, el órgano administrativo debe abstenerse de conocer el hecho. Según el Art. 139.2 de la Constitución "ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional", y la inobservancia de este precepto puede realizar el delito de avocamiento indebido previsto en el Art. 410° del CP.

La regla **i)** tampoco está exenta de polémicas, regula el caso más sensible a la percepción jurídico-social de las consecuencias del hecho: **la evitación de una persecución penal cuando el mismo injusto ya ha sido objeto de sanción administrativa.** El modo como se instaura en la normativa concursal puede criticarse, parece consolidar una regla de supremacía administrativa frente a la titularidad de la acción penal que compete al Ministerio Público[431], pero de ello no se deduce que estemos ante una regla constitucionalmente incorrecta. Si el ciudadano es perseguido por la administración y esta impone la sanción, y luego se tiene que el hecho tenía trascendencia penal, la incorrecta elección del Estado de haber instado primero la sanción administrativa no puede imputarse

[431] *Ibid.*, p. 145.

al ciudadano, al particular no le corresponde asumir las consecuencias negativas de los errores o malas decisiones de la administración.

No obstante lo anterior se discute si el ne bis in idem material requiere o no la efectiva reiteración sancionatoria, no bastando la mera declaración de imposición de la sanción, sino la efectiva ejecución de más de una sanción. La jurisprudencia del TC español se decantó inicialmente por privilegiar la seguridad jurídica, estableciendo que la simple declaración de imposición de una sanción es suficiente para que esté prohibido imponer y ejecutar otra u otras por el mismo contenido de injusto. Así, la STC español 177/1999, de 14 de octubre, señaló que correspondía determinar "si los Tribunales penales, al tener constancia de la sanción administrativa por los mismos hechos que estaban enjuiciando, debieron absolver al acusado para no incurrir en el *ne bis in idem*, o entendiendo que su primacía judicial no podía ser cedida, actuar de la manera condenatoria reflejada más arriba, es decir, imponiendo al acusado las penas privativas de libertad y pecuniarias contenidas en el fallo condenatorio"[432]. Para el TC, "irrogada una sanción, sea esta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurran las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento. Es este núcleo esencial el que ha de ser respetado en el ámbito de la potestad punitiva genéricamente considerada, para evitar que una única conducta infractora reciba un doble reproche aflictivo"[433]. En ese sentido, considera que "no cabe oponer, para enervarla, la circunstancia de que la administración (…), como organismo autónomo competente para el ejercicio de dicha potestad sancionadora, incumpliera su deber legal de suspender el procedimiento sancionador y dar traslado del hecho a la jurisdicción penal por (…) fuese constitutivo de delito, (…). Tal incumplimiento producirá, en su caso, las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevea, pero su inobservancia nunca podrá alterar el contenido

[432] Fundamento Jurídico 2.

[433] Fundamento Jurídico 4.

del derecho fundamental al *ne bis in idem* del sujeto infractor (Art. 25.1 C.E.), ajeno por completo a dicho incumplimiento, y en cuya esfera jurídica no debe repercutir el mismo. Además, cumple recordar que no estamos ante un conflicto jurisdiccional trabado entre los órganos de la administración autonómica y los del orden jurisdiccional penal, susceptible de dirimirse con arreglo a criterios de prevalencia de uno u otro poder público, sino, más sencillamente, ante la improcedencia de una condena penal, pronunciada en relación con una conducta cuya sanción administrativa firme se había ya producido, constándole esa circunstancia a los Tribunales sentenciadores que, al condenar, ocasionaron un doble resultado aflictivo proscrito por el derecho fundamental cuyo amparo nos impetra el recurrente"[434].

Esta tesis no ha predominado en el Derecho penal constitucional español, el pleno del TC ha impuesto la solución contraria en la STC 2/2003, de 16 de enero[435], estableciendo por un lado que la vulneración del *ne bis in idem* material requiere la efectiva reiteración sancionatoria, no bastando la mera declaración de imposición de la sanción, de modo que si el órgano judicial descuenta la sanción administrativa de la pena impuesta, ya no existe una sanción desproporcionada, no advirtiéndose violación al *ne bis in idem* material. Para el TC español, "la inexistencia de sanción desproporcionada en concreto, al haber sido descontada la multa administrativa y la duración de la privación del carné de conducir, permite concluir que no ha habido una duplicación —*bis*— de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente proscrito por el Art. 25.1 CE. Frente a lo sostenido en la STC 177/1999, de 11 de octubre (Fj 4), no basta la mera declaración de imposición de la sanción si se procede a su descuento y a evitar todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa sancionadora para considerar vulnerado el derecho fundamental a no padecer más de una sanción por los mismos hechos con el mismo fundamento. En definitiva, hemos de precisar que

---

[434] Fundamento Jurídico 5.

[435] JAÉN VALLEJO, Manuel. *Estudios de Derecho penal*, Panamá Viejo, Panamá, 2005, pp. 74-75.

en este caso no hay ni superposición ni adición efectiva de una nueva sanción y que el derecho reconocido en el Art. 25.1 CE en su vertiente sancionadora no prohíbe el "doble reproche aflictivo", sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecido por el mismo sujeto"[436].

La sentencia establece además que con dicho descuento no se viola el *ne bis in idem* procesal pues la interdicción constitucional de doble procedimiento sancionador solo se incumple si los dos procedimientos han sido sustanciados con las debidas garantías, por lo que un primer procedimiento tramitado sin respetar la prioridad legal del orden jurisdiccional no impide un segundo procedimiento sancionador. Y es que "la interdicción de doble procedimiento sancionador solo se incumple si los dos procedimientos han sido sustanciados con las debidas garantías, de modo que un primer procedimiento tramitado sin respetar la prioridad legal del orden jurisdiccional penal no impide un segundo procedimiento sancionador (…). La sencillez del procedimiento administrativo sancionador y de la propia infracción administrativa, y la naturaleza y entidad de las sanciones impuestas, impiden equiparar el expediente administrativo sancionador (…) a un proceso penal a los efectos de entender que el recurrente ha sufrido una vulneración de su derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento sancionador"[437].

Con ello, el TC se refiere a la relevancia del órgano sancionador que conoce los hechos en primer lugar, afirmando la competencia exclusiva de la jurisdicción penal para sancionar en casos de concurrencia aparente de infracciones administrativa y penal, dejando claro que en caso de dualidad de ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, por la administración y la jurisdicción, las resoluciones dictadas en esta no pueden ceder ante las dictadas en aquella. Luego, y como corolario, señala que del *ne bis in idem* no deriva siempre la anulación de la segunda sanción que se impone o del segundo procedimiento sancionador. Para

[436] Fundamento Jurídico 6.

[437] Fundamento Jurídico 8.

el TC español si "los hechos reunían los elementos para ser calificados de delito, la administración no podía imponer la sanción correspondiente a la infracción administrativa, que devino inaplicable. La subsunción de los hechos en la disposición administrativa se efectuó, entonces, desconociendo el principio de legalidad sancionadora (Art. 25.1 CE) y la competencia exclusiva de la jurisdicción penal para ejercer la potestad punitiva (Art. 25.1 CE en relación con el Art. 117.3 CE)"[438]. A ello suma el TC una segunda razón "la declaración de responsabilidad penal se efectúa en un proceso en el que rigen garantías específicas integradas en el derecho a un proceso con todas las garantías (Art. 24.2 CE) que repercuten en el contenido del derecho a la presunción de inocencia (Art. 24.2 CE), mientras que la declaración de responsabilidad por infracción administrativa se realiza en un procedimiento en el que tal derecho se aplica de forma modalizada, lo que implica un menor contenido garantista del mismo"[439]. Y "estas diferencias, que no empañan la legitimidad constitucional del ejercicio de la potestad sancionadora de la administración, sin embargo, determinan que, en caso de dualidad de ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, por la administración y la jurisdicción penal, las resoluciones dictadas en esta no puedan ceder ante las dictadas en aquella", de forma tal que "ni siquiera la determinación fáctica realizada en el procedimiento administrativo sancionador puede considerarse que ha sido objeto de pronunciamiento definitivo en estos casos de concurrencia de infracciones administrativa y penal, pues dicha acotación jurídica de los hechos ha tenido lugar por un órgano público del que no puede predicarse la imparcialidad en el mismo sentido en que se predica y exige de los órganos judiciales y sin sujeción a las garantías de inmediación, oralidad y publicidad en la valoración de la prueba"[440].

Esta postura del TC español no puede merecer una valoración positiva. Resta eficacia a las actuaciones sancionatorias de la administra-

[438] Fundamento Jurídico 9.

[439] Fundamento Jurídico 10.

[440] Fundamento Jurídico 10.

ción cuando se arroga las competencias del Ministerio Público y de la jurisdicción penal, pero convalida la segunda persecución y sanción impuesta por la jurisdicción incluso cuando la administrativa ya se impuso y se ejecutó. De esta manera, la efectiva vigencia del derecho ciudadano a que se respete el *ne bis in idem* depende de la corrección del procedimiento administrativo y de la sanción que se imponga en ese ámbito, con lo que la extensión de un derecho fundamental que el Estado debe respetar y proteger, halla sus límites en la conducta previa del propio Estado. Esto se opone tanto a la dimensión individual o subjetiva que el TC peruano dispensa a los derechos fundamentales, reconocimiento de esferas de autonomía que demandan la abstención estatal[441], como a su dimensión objetiva, en tanto valores materiales de todo el sistema jurídico nacional[442]. Y es que si los poderes públicos deben garantizar la vigencia del *ne bis in idem* y uno de ellos (la administración) impone una sanción fuera del marco legal, por error, exceso o actuación fraudulenta en el procedimiento administrativo (imposición de la sanción administrativa para evitar la sanción penal), no se justifica que el Estado mantenga indemne sus potestades persecutorias y correctivas en la jurisdicción penal. No se imputa al Estado, sino al ciudadano, las consecuencias negativas de su indebida actuación sancionatoria. Esta solución a favor de la persecución estatal es además desproporcionada, no estamos ante la necesidad de ponderar la extensión de dos derechos fundamentales, sino de garantizar el equilibrio entre un derecho fundamental y la potestad sancionadora del Estado ante un hecho negativo del propio Estado: la sanción administrativa indebidamente impuesta.

IV. PARTICULARIDADES DEL *NE BIS IN IDEM* EN EL PROCESO PENAL

No existe acuerdo en relación a si el principio de *ne bis in idem* impide una nueva persecución penal en los siguientes dos casos: **i)** cuando

---

[441] CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Palestra, Lima, 2005, p. 334.

[442] *Ibid.,* p. 335.

el Ministerio Público decide no formular denuncia penal y esta decisión queda firme, y **ii)** cuando el Juez Penal dicta auto de no ha lugar a abrir instrucción o proceso penal y este queda firme.

El primer caso **(i)** es el menos problemático. A juicio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la decisión del Ministerio Público de no promover acción penal puede considerarse como un caso especial de cosa juzgada. El Informe Nº 1/95 relativo al Caso 11.006 de 7 de febrero de 1995, asunto Alan García Pérez, señaló que "la acusación constitucional que hizo lugar a la formación de una causa en contra de Alan García se basaba en cuatro hechos presuntamente tipificados en el delito de enriquecimiento ilícito. Sometida dicha acusación al Fiscal de la Nación, este inició acción penal en contra del ex-Presidente, fundándola en uno solo de los hechos y desistiendo los otros por entender que los mismos eran sospechas que no tipificaban el delito ni acreditaban responsabilidad". En ese sentido, la Comisión consideró que "la decisión del Fiscal no promoviendo la acción penal mediante la denuncia o el requerimiento de instrucción correspondientes, al estimar que los hechos que se le pusieron en su conocimiento no constituyen delito es un acto de esencia típicamente jurisdiccional –como toda actividad del Ministerio Público en el proceso– que adquiere el carácter de inmutable e irreproducible surtiendo los efectos de la cosa juzgada, una vez firme. De este modo, al igual que una decisión judicial recaída, es definitiva y en consecuencia trasciende en sus efectos con caracteres prohibitivos para procesos futuros basados en los mismos hechos materia de la decisión". De ese modo, "En el caso bajo análisis, como bien se señaló supra, el Fiscal en su resolución, por un lado, desestimó tres de los hechos incluidos en la acusación constitucional y por el otro, promovió la acción penal por el hecho restante. Durante el trámite del proceso, ni el peticionario ni el Gobierno han señalado si el pronunciamiento del Fiscal, en cuanto se refiere al desistimiento, fue recurrido ante instancia superior; por este motivo, la Comisión debe presumir que no habiendo sido apelada, la resolución del Fiscal fue consentida y en consecuencia adquirió carácter de firme". En esa línea de ideas, la Comisión concluyó que "la decisión del Fiscal que desistió tres de los hechos denunciados

inicialmente por no ser constitutivos de delito, al quedar firme puso fin a la pretensión punitiva del Estado en relación a los hechos que fueron materia de la resolución. La iniciación de una nueva persecución penal fundada en el mismo objeto de la denuncia anterior transgredió el principio que prohíbe la múltiple persecución penal y en consecuencia, el Artículo 8, inciso 4, de la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica"[443].

Esta interpretación amplia de la cosa juzgada ha tenido alguna acogida en la jurisprudencia peruana. La sentencia de habeas corpus de 11 de octubre de 2004 del 33º Juzgado Penal de Lima, Expediente 706-04-HC, confirmada por la Primera Sala Penal Para Procesos con Reos en Cárcel mediante sentencia de 13 de diciembre de 2004, expediente de Habeas Corpus Nº 315-2004, declaró fundada la demanda de habeas corpus por considerar, entre otros motivos que la decisión de una Fiscalía Provincial de no formular denuncia en el pasado, confirmada por la Fiscalía Superior, había adquirido la calidad de cosa juzgada, quedando el propio Ministerio Público impedido de instar una nueva persecución penal por los mismos hechos, aunque se atribuya delitos distintos y se recurra a nuevas pruebas. Sin embargo, en otros casos, como el de Alberto Kouri Bumachar –video Kouri/Montesinos– o el de discoteca Utopia –múltiples denuncias contra los directores de la empresa que operaba la discoteca–, el Ministerio Público consideró como regla general que la decisión de no ejercer la acción penal no constituye cosa juzgada sino simple cosa decidida, por ser la Fiscalía una entidad administrativa y no jurisdiccional, como erradamente sostuvo el Informe Nº 1/95 de la Comisión Interamericana.

En la doctrina procesal, impera que las resoluciones del Ministerio Público de no promover la acción penal no constituyen cosa juzgada[444]. Se trata de una cosa decidida, la cosa juzgada demanda una decisión

---

[443] Item V.3 del Informe Nº 1/95.

[444] ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 335.

judicial dentro de un proceso regular, que en todo caso impide que la misma persona sea perseguida nuevamente por los mismos hechos[445]. Pero como precisa SAN MARTÍN CASTRO, "Las excepciones a esa prohibición, que impide nuevas denuncias por los mismos hechos, son de dos órdenes: a) que se aporten nuevos elementos probatorios; y b) que se demuestre que la denuncia anterior no fue debidamente investigada. Por consiguiente, el Fiscal frente a una denuncia tiene que establecer, primero, si ha sido o no desestimada por el otro órgano del Ministerio Público; segundo, si la denuncia fue desestimada, la evaluación se circunscribirá a la exigencia de que se encuentre acompañada de nuevos elementos probatorios o de datos que permitirán contar con ellos al más breve plazo; y, tercero, de igual modo, en los supuestos de denuncia repetida, que la investigación realizada anteriormente –por su Fiscalía u otra– sea deficiente, lo que debe advertirse de las razones expuestas por el denunciante y del análisis de los actuados anteriores. Por ende, la cosa decidida es muy relativa, no es absoluta, pues puede obviarse si nuevos elementos permiten optar por la promoción de la acción penal"[446].

Esta perspectiva ha quedado zanjada en el Art. 335° del nuevo Código procesal penal de 2004, Decreto Legislativo Nº 957 de 29 de julio de 2004, que bajo el rótulo "Prohibición de nueva denuncia", establece que "La Disposición de archivo prevista en el primer y último numeral del artículo anterior, impide que otro Fiscal pueda promover u ordenar que el inferior jerárquico promueva una Investigación Preparatoria por los mismos hechos" (num. 1). Sin embargo, "Se exceptúa esta regla, si se aportan nuevos elementos de convicción, en cuyo caso deberá reexaminar los actuados el Fiscal que previno. En el supuesto que se demuestre que la denuncia anterior no fue debidamente investigada, el Fiscal Superior que previno designará a otro Fiscal Provincial" (num. 2).

Se discute si el auto que desestima una denuncia fiscal y declara no ha lugar a abrir instrucción impide una nueva persecución penal (caso

[445] SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho procesal penal*, p. 457.

[446] SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*, p. 495.

ii). El TC ha negado, con carácter general, que dicho auto tenga calidad de cosa juzgada, la STC de 14 de febrero de 2003, exp. Nº 1077-2002-HC/TC señala que conforme al Art. 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, "la prohibición de ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos, requiere la existencia de una previa sentencia firme, en la que se haya absuelto al inculpado", de modo que "la resolución judicial que declaró 'no ha lugar a la apertura de instrucción' no tiene la calidad de una sentencia, esto es, un acto jurisdiccional en virtud del cual se pone fin a la investigación judicial acerca de la imputación de la comisión de un ilícito penal al recurrente, sino la de un simple auto dictado sin mediar investigación judicial ni la realización de un contradictorio previo"[447], no equivale a un "pronunciamiento sobre el fondo del asunto"[448].

En la misma perspectiva, la STC de 11 de mayo de 2005, Exp. Nº 2297-2005-PA/TC, establece "necesario que exista un proceso concluido, es decir que tenga carácter de cosa juzgada, lo que existirá solo cuando, como se menciona en nuestra Constitución, haya resolución ejecutoriada, amnistía, indulto, sobreseimiento definitivo y/o prescripción", y que si "existe un auto de denegación para procesar los delitos (…), no se puede afirmar que en este exista (...) un peligro a la exposición del riesgo de un nuevo sometimiento de quien ya ha sido recurrido por el mismo hecho (...)" (en: *"Garantías Constitucionales en el Proceso Penal.* D. CARRIO, Alejando. 3a edición y ampliada en 1a reimpresión. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 1997. pp. 380-340), pues lo que protege el principio *ne bis in idem*, no incluye las resoluciones que declaran que hay falta de pruebas para condenar a un acusado, sino que protege que una persona que ya ha tenido una sanción, o ha sido absuelto de un delito, no vuelva a ser perseguido por el mismo supuesto. (…) simplemente hay una decisión por la que no se puede presumir la inexistencia de culpabilidad,

[447] Fundamento 6.

[448] Fundamento 7.

sino solamente la inexistencia de argumentos suficientes para abrir la investigación en dicho estado del proceso"[449].

Para un sector de la doctrina nacional estos argumentos son concluyentes[450], se considera que el auto de no ha lugar a abrir instrucción no es cosa juzgada por no equipararse a una sentencia firme: se dicta sin mediar proceso penal[451], investigación judicial ni contradictorio alguno. Pero tales argumentos no pueden considerarse definitivos, son susceptibles de matizaciones que conducen a aceptar que en determinados casos merecen el tratamiento de la cosa juzgada, concretamente cuando el auto de no ha lugar se funda en la falta de relevancia penal del hecho imputado.

La cosa juzgada no se limita, como erróneamente expone el TC, a la sentencia firme, el propio Art. 139.13 de la Constitución extiende la cosa juzgada a los casos de sobreseimiento definitivo, prescripción, amnistía e indulto, y se tiene además que muchas decisiones judiciales distintas a la sentencia ponen fin al proceso penal de manera perpetua, por ejemplo el auto que declara fundada una excepción de naturaleza de acción. Superada esta cuestión formal, debe tenerse en cuenta que el auto que rechaza la denuncia fiscal puede fundarse en distintas razones, como puede deducirse del Art. 77° del CPP, por ejemplo: **a)** insuficiencia de pruebas del hecho imputado, **b)** el hecho imputado no constituye delito, por falta de tipicidad o por concurrir una causa de justificación o de inculpabilidad, **c)** no individualización o insuficiente individualización de los autores y partícipes, **d)** porque la acción penal ha prescrito, **e)** porque concurre alguna otra causa de extinción de la acción penal, como la ausencia de una condición objetiva de punibilidad.

---

[449] Fundamento 4.

[450] Vid. especialmente, CASTILLO ALVA, José Luis. *"¿Constituye cosa juzgada el auto de no ha lugar a la apertura de instrucción?",* en: *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 62/2003, p. 135.

[451] Del mismo modo, ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho procesal penal*, 2ª ed., Alternativas, Lima, 1999, p. 315.

El distinto fundamento de cada uno de estos casos aconseja un tratamiento diferente frente a la cosa juzgada. Como destaca SAN MARTÍN CASTRO, "más allá de acotar que un auto denegatorio de instrucción se expide, en muchos supuestos –y siempre según la jurisprudencia mayoritaria–, en función al análisis de la mera tipicidad o prescriptibilidad de la acción penal, por lo que las pruebas del hecho no son relevantes para su expedición, entonces, es posible considerar que dicha resolución tiene fuerza de cosa juzgada (…) Si el fundamento es semejante al que puede basar una sentencia absolutoria o una resolución de otro tipo, pero que, por unos u otros motivos, equivaldría a una absolución y si esa resolución pasa –o puede pasar– por sucesivos tribunales con competencia para dictar sentencia, se darán los requisitos para atribuir a tal resolución fuerza de cosa juzgada. Tal es el caso (…) del auto que decreta el archivo de un proceso, aún en la fase previa, por entender que los hechos carecen de tipicidad, así como del que rechaza una denuncia"[452].

En todos estos casos, cuando se constata judicialmente la irrelevancia penal de los hechos que se imputan, el auto de no ha lugar a abrir instrucción tiene la condición de cosa juzgada, estando absolutamente prohibido reiterar la persecución penal por lo mismo, aun cuando surgieran nuevas pruebas de ese hecho penalmente intrascendente. La seguridad jurídica, como garantía del Estado de Derecho, impide que la jurisdicción pueda revisar una y otra vez si la ley penal proscribe o no el hecho. En ese contexto son irrelevantes los argumentos del TC de ausencia de una investigación judicial, etapa probatoria o contradictorio, pues la satisfacción de estas condiciones no hará variar el juicio de valor sobre el sentido de la imputación en el Derecho penal. Como reseña SÁNCHEZ VELARDE, "dicha resolución sí genera la calidad de cosa juzgada pues la autoridad jurisdiccional emite un juicio valorativo sobre el fondo del asunto que se evidencia en la decisión de no instruir por un hecho que no constituye delito, máxime si la misma ha sido objeto de

[452] SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*, p. 503.

confirmación por la instancia superior, lo que equivale el sometimiento a un nuevo juicio valorativo"[453].

Debe aceptarse como corolario que si el rechazo de la denuncia fiscal no obedece a un pronunciamiento de fondo, sino por ejemplo a la insuficiencia de pruebas, la falta de un requisito de procedibilidad o la no individualización de los denunciados, entonces no existe cosa juzgada, la persecución podrá renovarse tras superarse la insuficiencia probatoria o satisfacerse el presupuesto procesal respectivo.

[453] SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho procesal penal*, p. 356.

TERCERA PARTE
TÉCNICAS DE TIPIFICACIÓN Y PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA

Capítulo Noveno
LA PROBLEMÁTICA DE LA LEY PENAL EN BLANCO ANTE EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Las construcciones legislativas en el ámbito del Derecho penal tradicional, configurado por los denominados delitos convencionales, se han basado en una realidad extremadamente opuesta a la existente desde hace pocos años atrás; los textos punitivos contemplaban conductas de regulación no muy complejas, lo que se apreciaba en los verbos rectores del tipo ("el que mata...", "el que se apodera...", etc.).

En el siglo pasado, en virtud a la evolución del comportamiento social, se produjo la aparición de nuevas formas de criminalidad ante las cuales el grupo social carecía de formas de protección efectiva, produciéndose la consecuente impunidad de conductas realmente nocivas a la interacción social.

La reacción penal en estos ámbitos de la vida se hacía necesaria, empero, aparecían serios contratiempos al momento de realizar la descripción típica, en la medida que a través del principio de legalidad existe la prohibición de sancionar comportamientos que no se encuentren previamente descritos, de manera inequívoca, en la ley penal y en tanto lo cualificado de los nuevos comportamientos socialmente dañosos, sobre todo aquellos referidos a la actividad económica, producía serios problemas en la determinación de lo punible.

Aparecen así las leyes penales en blanco (*Blankettstrafgesetzen)* o leyes abiertas (*Offenestrafgesetzen*) para determinar aquellos tipos cuyos supuestos de hecho se encuentran establecidos en otra norma, ubicada

en el mismo o en otro cuerpo de leyes, como ilustremente precisa el maestro BRAMONT ARIAS: "La ley en blanco se limita a establecer que un género de conducta debe ser castigado con una determinada pena, delegando la estructuración de la acción punible en otra disposición"[454].

La formulación de la teoría de las leyes penales en blanco o abiertas corresponde a Karl BINDING. Desde que el jurista alemán postuló su esquema primario[455] hasta nuestros días, la fórmula del reenvío ha adquirido trascendental importancia en el moderno Derecho penal, sobre todo en los supuestos de criminalidad económica. La intención del presente capítulo es graficar las implicancias que su utilización ha tenido en la parcela del Derecho penal económico pasando revista previamente al contenido del principio de legalidad penal.

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO PENAL

1. Su origen histórico.

El principio de legalidad, no obstante ser expresado comúnmente en la fórmula latina "*nullum crimen sine lege*" no tiene su origen en el Derecho romano; dicho ropaje fue dado por Anselm von FEUERBACH[456] al postular su conocida *teoría de la coacción psicológica*.

---

[454] BRAMONT ARIAS, Luis. *La ley penal. Curso de dogmática jurídica*, Lima, 1950, p. 23.

[455] El que surge, como anota SERRANO-PIEDECASAS, a propósito de la publicación del primer tomo de su obra "Die normen und ihre übertretung"en 1872, en: SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, Gráfica Horizonte, Lima, 1999, p. 32.

[456] ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General,* tomo I, traducción de Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 146; STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal. Parte General I,* traducción de Manuel Cancio y Marcelo Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 83; BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal. Parte General,* Ara, Lima, 2004, p. 99; COBO DEL ROSAL, Manuel & VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho penal. Parte General,* Tirant

Aunque no se tiene certeza respecto al origen histórico del principio de legalidad, un importante sector de la doctrina afirma que el nacimiento de dicho principio rector del Derecho penal se ubica en la llamada "*Carta Magna*" de Juan sin tierra, en el año 1215, en cuya virtud la aplicación de penas a los hombres libres sólo era posible como consecuencia de un juicio previo, de conformidad a las leyes de su país y ante sus iguales[457]. No obstante, el principio consagrado en la "carta magna" inglesa tenía un sentido distinto, consistente en dar protección a determinadas clases sociales contra la arbitrariedad, por lo que constituía principalmente una garantía de orden jurisdiccional[458].

Su universalidad y real imperio es recién observada en la Declaración Francesa del Hombre y del Ciudadano de 1789 que en su artículo 8º precisaba: "La ley no puede establecer más que penas estrictas y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida con anterioridad al delito y legalmente aplicada". Y es que dicho principio, en su

---

lo Blanch, Valencia, 1999, p. 67; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General,* sétima edición, BdeF, Buenos Aires, 2005, pp. 114/ 203; CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales,* tercera edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 110; POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas,* Grijley, Lima, 2004, pp. 319-320; FIANDACA, Giovanni & MUSCO, Enzo. *Derecho penal. Parte General,* traducción de Luis Fernando Niño, Temis, Bogotá, 2006, p. 75; PADOVANI, Tulio. *Diritto penale,* sétima edición, Giuffre, Milán, 2004, p. 15; CADOPPI, Alberto & VENEZIANI, Paolo. *Elementi di Diritto penale. Parte Generale,* Cedam, Milán, 2002, p. 59; VINCIGUERRA, Sergio. *Diritto penale italiano,* volumen I, Cedam, Milán, 1999, p. 87; RAMACCI, Fabrizio. *Corso di Diritto penale,* tercera edición, Giappichelli Editore, Turín, 2005, p. 70; ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ ALAGIA, Alejandro/ SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho penal. Parte General,* Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 98.

[457] Así, por ejemplo, RAMACCI, Fabrizio. Op. Cit., p. 69.

[458] JESCHECK, Hans- Heinrich & WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho penal. Parte General,* traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Granada. Comares, 2002, p. 140; GARCÍA- PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal. Introducción,* Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 321.

actual dimensión, aparece conjuntamente con la noción de Estado de Derecho, derivada de la teoría ilustrada del contrato social[459].

2. Justificación jurídico- política y justificación jurídico penal del principio de legalidad.

La legitimación del principio de legalidad se encuentra sustentada tanto en fundamentos de orden político (o externos al sistema jurídico penal) como en fundamentos de índole jurídico penal (o internos al sistema jurídico) que deben ser reconocidos conjuntamente para comprender la dimensión real del aludido principio[460]. No debe incurrirse en el error, puesto de relieve por FIANDACA & MUSCO, de privilegiar la justificación técnico penal del principio de legalidad, olvidando o subestimando los aspectos ideológico- políticos del principio de legalidad[461].

2.1. Justificación jurídico- política: El principio de legalidad como *garantía de libertad del ciudadano (seguridad jurídica).*

El principio de legalidad es un mecanismo de aseguramiento de la libertad individual. Ya en su "Espíritu de las Leyes" MONTESQUIEU señalaba: "La libertad del ciudadano depende, pues, principalmente de la bondad de las leyes criminales"[462]. Referencia similar se encuentra en

---

[459] JESCHECK, Hans- Heinrich & WEIGEND, Thomas. Op. Cit., p. 140; MIR PUIG, Santiago. Op. Cit., p. 115; FIANDACA, Giovanni & MUSCO, Enzo. Op. Cit., p. 74; DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito penal. Parte Geral,* tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 166.

[460] DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Op. Cit., p. 167.

[461] FIANDACA, Giovanni & MUSCO, Enzo. Op. Cit., p. 76; implícitamente: CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Op. Cit., pp. 110- 111.

[462] MONTESQUIEU, Charles- Louis de Secondat, *El espíritu de las leyes,* tomo I, traducción de Siro García, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1906, p. 272.

von LISZT cuando aludía al principio de legalidad con la conocida frase de: "*Magna Charta* del delincuente"[463].

Sin duda, el criterio de legitimación del principio de legalidad que menos inconvenientes genera es aquél que le considera un instrumento de garantía de libertad del ciudadano frente a los riesgos procedentes del ejercicio del poder punitivo del Estado[464]. Esta justificación del principio de legalidad exige reconocer la relación entre este principio y el liberalismo político[465].

El liberalismo político, surgido a consecuencia de la ilustración, entendía que la organización política del Estado debe sustentarse en la división de los poderes públicos. Esta división de poderes requería la adopción de un pacto o contrato que permitiese al ciudadano no sólo participar sino fundamentalmente controlar la vida política de la sociedad. Justamente, mediante la función desarrollada por el Poder Legislativo, conformado por los representantes de los ciudadanos, era posible, por un lado, que la ciudadanía participe en la vida política y, por otro lado, que sea posible controlar los posibles abusos provenientes del Poder Ejecutivo[466].

---

[463] VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal. Tomo II*, segunda edición, Reus, Madrid, 1927, p. 80. En la actualidad resulta pertinente la aclaración realizada por BACIGALUPO en el sentido de considerarla, más que *magna carta del delincuente, magna carta del ciudadano*: BACIGALUPO, Enrique. Op. Cit., p. 103.

[464] BACIGALUPO, Enrique. Op. Cit., p. 99; CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho penal español. Parte General,* tercera edición, Madrid, 2002, p. 199; POLAINO NAVARRETE, Miguel. Op. Cit., p. 315.

[465] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* traducción de Perfecto Andrés Ibañez y otros, Trotta, Madrid, 1995, p. 33; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Op. Cit., p. 320; CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Op. Cit., p. 108; MARINUCCI, Giorgio & DOLCINI, Emilio. *Manuale di Diritto penale. Parte Generale,* Giuffre, Milán, 2004, pp. 27-28; PALAZZO, Francesco. *Introduzione al principi del Diritto penale,* Giappichelli, Turín, 1999, p. 201; VINCIGUERRA, Sergio. Op. Cit., p. 87.

[466] MIR PUIG, Santiago. Op. Cit., p. 115.

En ese contexto, sustraída del gobernante la facultad de ejercer el poder punitivo, ahora en manos del legislativo, se evitaba su utilización arbitraria por parte de aquél. El principio de legalidad pretende ser una barrera u obstáculo al poder punitivo que garantice al ciudadano sus esferas de libertad en tanto y en cuanto su conducta responda a las pautas de comportamiento establecidas en la ley penal, cuya creación no se encuentra más en manos del monarca o del Juez[467]. Siendo esto así, la intervención punitiva del Estado, autorizada mediante la ley penal, resulta mucho más predecible y calculable: El ciudadano sólo podrá ser sancionado penalmente por el Estado si ha infringido su ley penal, en la medida prevista en la misma, dentro de un marco procesal predeterminado y conforme a las condiciones de ejecución preexistentes[468]. Esta predictibilidad en el cuando y cómo de la intervención punitiva del Estado se relaciona al denominado *aspecto material* del principio de legalidad que exige del legislador un cierto grado de precisión al momento de crear las leyes penales[469].

2.2. Justificación jurídico- política: El principio de legalidad como *garantía de la división de poderes.*

Si, como se ha reseñado anteriormente, el poder de crear leyes penales es extraído de las manos del ejecutivo y de la magistratura y se confía a favor de los legisladores, quienes –como destacaba BECCARIA- representan a toda la Sociedad única mediante el contrato social[470]. Se produce así una división de funciones entre los diversos poderes del

---

[467] ROXIN, Claus. Op. Cit., p. 144; PALAZZO, Francesco. Op. Cit., p. 201.

[468] SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* JM Bosch, Barcelona, 1992, p. 252; FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 36.

[469] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. Cit., p. 253.

[470] BECCARIA, César. *De los delitos y de las penas,* traducción de Juan Antonio de las Casas, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 218. La referencia a BECCARIA en este punto puede observarse en: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Op. Cit., p. 322.

Estado que permite un contrapeso teóricamente ideal entre los mismos[471].

Esta justificación se relaciona a su vez con el *aspecto formal* que corresponde a la dimensión política del principio de legalidad: Sólo a través de un procedimiento como el que se desarrolla en el Poder Legislativo es posible que la ley pueda contemplar los intereses de las mayorías sin perder de vista los correspondientes a las minorías[472].

2.3. Justificación jurídico- penal: El principio de legalidad como mecanismo de prevención.

Desde la perspectiva jurídico penal, ya FEUERBACH postuló legitimar el principio de legalidad en clave funcional, en tanto mecanismo adecuado para lograr el efecto de *coacción psicológica* que se pretendía lograr con la amenaza de la pena[473]. En tal virtud, entendía FEUERBACH que sólo si cada ciudadano sabía con certeza que la infracción era seguida de un mal mayor, podía éste recibir el efecto coactivo de la pena e inhibirse de ejecutar el comportamiento reprochado por el Derecho penal[474].

Desde la perspectiva de la coacción psicológica y de la prevención, la función garantista del principio de legalidad no sólo poseía un papel secundario sino que resultaba incluso disfuncional para sus propósitos,

---

[471] ROXIN, Claus. Op. Cit., p. 145.

[472] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. Cit., p. 253; MANTOVANI, Ferrando. *Principi di Diritto penale,* Cedam, Milano, 2002, p. 05; DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Op. Cit., p. 167.

[473] ROXIN, Claus. Op. Cit., p. 145; ESER, Albin & BURKHARDT, Björn. *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, traducción de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá supervisada por Enrique Bacigalupo, Colex, Madrid, 1995, p. 50; STRATENWERTH, Günther. Op. Cit., p. 83; JAÉN VALLEJO, Manuel. *Los principios superiores del Derecho Penal*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 09.

[474] BACIGALUPO, Enrique. Op. Cit., pp. 103-104.

de allí que –como advierte SILVA SÁNCHEZ- se tratase de recortar sus alcances[475].

2.4. Justificación jurídico- penal: El principio de legalidad como expresión del principio de culpabilidad.

Otra de las propuestas de legitimación del principio de legalidad se relaciona con el principio de culpabilidad y se puede formularse en los términos siguientes: Si la imposición de una pena puede obedecer solamente a la culpabilidad de su autor, es evidente que aquella requiere la preexistencia de la ley (predeterminación legal) y su conocimiento por parte del autor del delito. De hecho, debe recordarse que dentro de los elementos de la culpabilidad se encuentra el conocimiento de la antijuricidad del hecho lo que, como es evidente, tiene como condición previa la existencia de la ley y su efectivo conocimiento por parte del autor del hecho[476].

3. Consecuencias prácticas del principio de legalidad.

El aforismo latino "*nullum crimen, nullum poena, sine lege*" nos explica únicamente la expresión formal del principio de legalidad, con lo cual su condición de instrumento de protección del ciudadano queda soslayada. Si queremos dotar a dicho principio de contenido garantista debe exigirse que la ley que crea el delito o la pena sea escrita (*lex scripta*), sea previa (*lex praevia*), sea cierta (*lex certa*), y, sea estricta, (*lex stricta*)[477]. Para los propósitos de éstos comentarios, debido a las cercanas relaciones existentes entre las exigencias de *lex certa* y *lex stricta,* ambas serán analizadas de modo conjunto.

---

[475] SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Op. Cit., p. 252.

[476] ROXIN, Claus. Op. Cit., p. 147; BACIGALUPO, Enrique. Op. Cit., p. 102.

[477] Estas exigencias constituyen *su esencia* pues como ha puesto de manifiesto POLAINO NAVARRETE: "no es que las garantías deriven del reconocimiento del principio de legalidad, sino que sin esas garantías no hay principio de legalidad", véase: POLAINO NAVARRETE, Miguel. Op. Cit., p. 325.

3.1. Principio de ley escrita (exclusión de la costumbre como fuente de los delitos y de las penas y reserva de ley)

Con la expresión "no hay delito ni pena sin ley escrita" se alude a la exigencia de formalidad en el origen de la ley que deriva no sólo en la prohibición de la costumbre como posible fuente de los delitos y de las penas (I) sino que determina que la norma creadora (o derogatoria) del delito o de la pena debe poseer rango de ley (reserva de ley)[478] (II).

I. En relación a la primera de las consecuencias de la exigencia de *lex scripta* (prohibición del derecho consuetudinario), esta supone la imposibilidad de crear delitos, agravar sus consecuencias o descriminalizar conductas por medio de la costumbre[479], de lo cual se desprende la segunda consecuencia, esto es, que la determinación del ámbito y medida de lo penalmente relevante se encuentre reservada a la ley[480], cuya creación corresponde al Poder Legislativo.

La exclusión de la costumbre como fuente creadora del Derecho penal esta fundada principalmente en razones de seguridad jurídica: Al provenir la ley de los representantes del pueblo y ser consecuencia de un proceso de gestación, constituye, por un lado, la auténtica expresión de la voluntad popular, dado que toma en consideración –en la medida de lo posible y pese a sus imperfecciones- no sólo los intereses de las mayorías sino también de las minorías, en base a la dialéctica propia del proceso legislativo[481]; y, por otro, se permite que el ciudadano conozca su contenido con cierta antelación debido a la discusión legislativa precedente[482]. Del mismo modo, al proponerse un monopolio a favor

---

[478] MIR PUIG, Santiago. Op. Cit., p. 116.

[479] STRATENWERTH, Günther. Op. Cit., p. 92.

[480] ROXIN, Claus. Op. Cit., p. 140.

[481] FIANDACA, Giovanni & MUSCO, Enzo. Op. Cit., p. 78; MARINUCCI, Giorgio & DOLCINI, Emilio. Op. Cit., p. 29; CADOPPI, Alberto & VENEZIANI, Paolo. Op. Cit., p. 63.

[482] GARCÍA- PABLOS DE MOLINA, Antonio. Op. Cit., p. 339.

del Poder Legislativo respecto a la posibilidad de ser fuente del Derecho penal se evita que el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial ejerzan arbitrariamente el poder punitivo[483].

Quedan por plantearse las siguientes interrogantes a) ¿Es posible, no obstante, que el derecho consuetudinario juegue un rol secundario en la determinación de los ámbitos de criminalización?, b) ¿Es posible que la costumbre determine la descriminalización de los delitos?

a) Respeto a la primera cuestión (rol de la costumbre en la determinación de los ámbitos de criminalización), ésta puede ser planteada, en un primer momento, en relación a la utilización por parte de los Tribunales de criterios no contenidos expresamente en la ley penal pero que son determinantes en la delimitación de ciertos aspectos propios de la responsabilidad penal: Relaciones de causalidad, delimitación entre preparación y tentativa, imputación subjetiva, entre otros aspectos. Pues bien, es evidente –como pone de manifiesto ROXIN[484]- que aunque en ámbitos como los antes reseñados el legislador penal ha dejado espacios abiertos (originados en las dificultades que supone la regulación de ciertos materias y en la intención de no obstaculizar el desarrollo de la dogmática jurídico- penal), los cuales deben ser cubiertos por la Jurisprudencia, ésta no crea leyes penales sino que simplemente las interpreta[485]. En ese contexto, aunque es indudable la trascendencia de la costumbre, por ejemplo, en la determinación del contenido de los

---

[483] MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General,* cuarta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 109; MANTOVANI, Ferrando. Op. Cit., p. 13; FIANDACA, Giovanni & MUSCO, Enzo. Op. Cit., p. 78.

[484] ROXIN, Claus. Op. Cit., pp. 159- 161.

[485] MANTOVANI, Ferrando. Op. Cit., p. 15; PADOVANI, Tulio. Op. Cit., p. 26; corresponde, en este punto, hacer mención a la situación de las sentencias del Tribunal Constitucional que –vía acción de inconstitucionalidad- tiene capacidad de declarar la no vigencia de una norma penal; al respecto: CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Op. Cit., pp. 126-127.

elementos valorativos del tipo penal[486], en la delimitación del riesgo penalmente relevante en ciertas actividades (piénsese, por ejemplo, en la *lex artis* propia del ejercicio de la medicina)[487] o en la determinación de los alcances de ciertas causas de justificación (como el derecho de corrección)[488], como se ha referido, la función desempeñada por la costumbre no es la de *fuente* del Derecho penal sino la de *delimitar* la ley penal[489].

b) Respecto a la segunda cuestión (aplicación de la costumbre para fines de derogación de leyes penales) puede citarse, el ejemplo propuesto por el delito de contumacia promulgado mediante el artículo Nº 2 de la Ley Nº 26641, del 26 de junio de 1996. De hecho, aunque se trata de una norma legal que no ha sido objeto de derogación expresa y, por lo tanto, tiene plena vigencia formal, lo cierto es que existe en los Tribunales penales una especie de consenso en su desaplicación. Pues bien, como destacan FIANDACA & MUSCO, éste dato meramente sociológico no implica que dicho dispositivo haya perdido su vigencia formal, para cual sería necesaria una norma abrogatoria expresa[490].

II. En relación al segundo aspecto (reserva de ley), debe indicarse que esta tiene por propósito establecer una condición en las leyes penales vinculada a su rango y procedencia. En relación a la primera cuestión, la doctrina plantea la cuestión de si el principio de reserva de ley alude exclusivamente a fuentes normativas de carácter primario, leyes

---

[486] GARCÍA- PABLOS DE MOLINA, Antonio. Op. Cit., p. 343.

[487] ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ ALAGIA, Alejandro/ SLOKAR, Alejandro. Op. Cit., p. 101.

[488] JESCHECK, Hans- Heinrich & WEIGEND, Thomas. Op. Cit., p. 143.

[489] En esa línea, la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del 07 de abril de 2009 (Exp. Nº A.V. 019-2001, fundamento Nº 711, p. 618), que, sin embargo, incurre en el error de calificar al "Derecho internacional consuetudinario" como elemento de delimitación en sede de subsunción cuando, en puridad, le aplica como fuente creadora del Derecho penal.

[490] FIANDACA, Giovanni & MUSCO, Enzo., Op. Cit., p. 88.

en sentido estricto (reserva absoluta) o si comprende también a fuentes normativas secundarias, como los decretos o reglamentos (reserva relativa)[491]. La solución a ésta cuestión no resulta sencilla pues la praxis legislativa en materia penal de nuestro país revela un tendencial uso de los decretos legislativos y los decretos leyes[492]. Ejemplificativo es el hecho de que el propio Código penal es un decreto legislativo, sin mencionar la nutrida legislación penal expedida vía Decreto Ley (piénsese en la legislación antiterrorista).

Dando respuesta a la cuestión aquí en debate, debemos, en primer lugar, hacer una distinción entre la situación de los decretos legislativos y la de los decretos ley. Los decretos legislativos, a diferencia de los decretos ley, poseen título habilitante y se encuentran, por imperio del artículo 104º de la Constitución Política del Perú, sometido a ciertas limitaciones (especificidad de la materia objeto de delegación y plazo determinado), por lo tanto su legitimidad dependerá fundamentalmente de la verificación del respeto de la voluntad del legislador delegante[493].

La situación de los Decretos Ley resulta distinta debido a los problemas de legitimidad democrática que poseen[494]. En efecto, como ha tenido oportunidad de expresar el Tribunal Constitucional en sentencia del 03 de enero de 2003 (Expediente Nº 0010-2002 AI) los decretos ley son "*disposiciones surgidas de la voluntad de operadores del órgano ejecutivo que carecen de título que los habilite para ejercer la potestad legislativa, las mismas que, con prescindencia de las formalidades procesales establecidas en la Constitución, regulan aspectos reservados a la ley. Son, pues, expresiones normativas de origen y formalidad espurios, que,*

[491] FIANDACA, Giovanni & MUSCO, Enzo. Op. Cit., p. 79.

[492] MARINUCCI, Giorgio & DOLCINI, Emilio. Op. Cit., p. 30; CADOPPI, Alberto & VENEZIANI, Paolo. Op. Cit., p. 65.

[493] PADOVANI, Tulio. Op. Cit., p. 19.

[494] Rechazando el recurso a los decretos ley: MARINUCCI, Giorgio & DOLCINI, Emilio. Op. Cit., p. 30; ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ ALAGIA, Alejandro/ SLOKAR, Alejandro. Op. Cit., p. 100.

empero, se encuentran amparadas en la eficacia de una acción de fuerza" (fundamento jurídico noveno). Esto supone, como es fácil de deducir, que se tratan de mecanismos normativos vedados desde la perspectiva de la legalidad[495].

Otro ámbito especialmente problemático en relación al principio de reserva de ley corresponde a las denominadas *leyes penales en blanco*, es decir, aquellas leyes penales en las que la *concreción* de los presupuestos de la punición surge de la integración, a modo de complementación, con otras fuentes normativas de índole extrapenal[496]. El punto álgido, a éste respecto, tiene que ver con la determinación del rango de deberán tener las normas jurídicas que complementan la prohibición, esto es, determinar si es exigible que las normas de complemento posean rango de ley o, por el contrario, si es admisible la remisión a normas de rango inferior. Dar respuesta a la cuestión obliga a recordar la distinción, basada en el desarrollo dogmático originario de las *leyes penales en blanco*, entre *leyes penales en blanco propias* y *leyes penales en blanco impropias*[497].

---

[495] No obstante, en la indicada sentencia el Tribunal Constitucional reconoce la necesidad de mantener los efectos de los decretos ley sujetos a examen; así, en su fundamento jurídico décimo cuarto señala: "En efecto, durante el interregno del Estado de Derecho –como consecuencia de la imposición de un gobierno de facto– surgen inevitablemente relaciones interpersonales reguladas por Decretos Leyes. No aceptar la continuidad de la vigencia *sui géneris* de estos, sería abrir un largo, oscuro e inestable "paréntesis jurídico" que dejaría en la orfandad al cúmulo de beneficios, facultades, derechos o prerrogativas nacidos de dicha legislación, así como también quedarían privados de exigencia las cargas públicas, deberes, responsabilidades, penalidades, etc., que el Estado hubiese establecido en su relación con los ciudadanos".

[496] TIEDEMANN, Klaus. "La ley penal en blanco: Concepto y cuestiones conexas", traducción de Antoni Llabres, en: El mismo. *Temas de Derecho penal económico y ambiental,* Idemsa, Lima, 1999, p. 67; MIR PUIG, Santiago. Op. Cit., p. 76; PIZARRO BELEZA, Teresa & DA COSTA PINTO, Frederico. *O regime legal do erro e as normas penais em branco,* Almedina, Coimbra, 2001, p. 31.

[497] MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico. Parte General,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 122.

Las *leyes en blanco propias* o *en sentido estricto* son aquellas en que la remisión legislativa se produce hacia leyes de rango inferior al de ley, en tanto que las *leyes en blanco impropias* o *en sentido amplio* son aquellas en que la fuente normativa de complementación posee rango de ley[498]. Como puede deducirse, los cuestionamientos que pueden formularse sobre éste tipo de normas penales en relación a la reserva de ley, se vinculan exclusivamente a las *leyes penales en blanco propias* pues en éstas, como pone de manifiesto CARBONELL MATEU: "se produce no una delegación del legislativo al propio legislativo, sino al ejecutivo o al judicial; es aquí, pues, donde quiebra el principio de reserva de ley entendido como reserva de la voluntad del poder legislativo, de la voluntad general"[499].

Así vistas, la situación parecería bastante clara: Las leyes penales en blanco propias resultarían vulneratorias del principio de reserva de ley. Sin embargo, es necesario introducir un matiz, de carácter fundamental, vinculado a los nexos de relación que existen entre la ley penal y la ley extrapenal.

La doctrina y la jurisprudencia penales han reconocido la validez de las leyes penales en blanco recurriendo a dos planteamientos que resultan hoy en día dominantes: La teoría de la esencialidad y la teoría de la concreción[500]. En virtud a estos planteamientos, la ley penal en blanco será legítima siempre que contenga en la ley penal el *núcleo esencial* de la conducta prohibida, dejando en manos de la ley extrapenal la concreción de aspectos accesorios. Siendo ésta la solución, los riesgos de vulneración de la garantía de reserva de ley se atenúan debido a que los

---

[498] COBO DEL ROSAL, Manuel & VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cit., p. 151; CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Op. Cit., p. 214; CURY URZUA, Enrique. *La ley penal en blanco,* Temis, Bogotá, 1988, pp. 40-41; GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte General,* Ara Editores, Lima, 2003, pp. 155-156.

[499] CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Op. Cit., p. 122.

[500] GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., pp. 156-157.

aspectos que serían confiados a la norma de rango inferior sólo tendrían una importancia menor para la determinación de la conducta prohibida[501].

3.2. Principio de ley previa (irretroactividad de la ley penal, retroactividad benigna de la ley penal).

Cuando se alude a la exigencia de una ley previa para imponer delitos y penas, se hace referencia a la necesidad que la ley resulte anterior al hecho que se pretende sancionar. En clave constitucional esto supone un mandato genérico dirigido, en primer término, al *legislador* que no podrá conceder efecto retroactivo a las normas penales, y, en segundo término, al *juez penal*, que no podrá aplicar disposiciones penales no vigentes a un concreto supuesto de hecho[502].

La prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal tiene doble fundamento al encontrarse, por una parte, arraigado en la idea de la seguridad jurídica[503], y, por otra parte, al encontrarse vinculado a la función motivadora y la idea de la prevención[504]. En relación a la primera cuestión (seguridad jurídica), resulta bastante claro que el principio de ley previa busca evitar que el ciudadano sea *sorprendido* por una intervención punitiva impuesta de súbito, que sea sorprendido por leyes a*d hoc*[505]; en relación a la segunda cuestión (función motivadora de la ley penal y finalidad preventiva), una intervención no previsible haría perder a la ley penal su capacidad de ordenar el comportamiento de

---

[501] De la misma opinión: CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Op. Cit., pp. 122-123.

[502] CURY URZUA, Enrique. Op. Cit., p. 08; de similar opinión: JAÉN VALLEJO, Manuel. Op. Cit., p. 15.

[503] JESCHECK, Hans- Heinrich & WEIGEND, Thomas. Op. Cit., p. 147; CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Op. Cit., p. 139; CADOPPI, Alberto & VENEZIANI, Paolo. Op. Cit., pp. 67-68.

[504] CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Op. Cit., p. 139.

[505] POLAINO NAVARRETE, Miguel. Op. Cit., p. 330.

los ciudadanos (¡Poco sentido tendría obedecer las leyes penal para evitar sufrir una pena si luego una ley posterior puede sancionarle igualmente!), con lo cual su eficacia preventiva resultaría seriamente afectada.

Esta *prohibición de aplicación retroactiva de las leyes penales* acoge como excepción aquellos supuestos en que la utilización retroactiva de la ley penal resulte favorable al procesado, así se pronuncia el artículo 6º de nuestro Código penal. Mayores inconvenientes se producen para admitir la combinación de leyes penales. Sobre éstas cuestiones se volverá más adelante, al analizar los dispositivos pertinentes.

3.3. Principios de ley cierta y de ley estricta (mandato de determinación y de taxatividad de la ley penal).

Tal como mencionamos en líneas precedentes, los principios de ley cierta y de ley estricta suponen un *mandato de determinación y taxatividad* a través del cual se exige, por un lado, (I) que el legislador al elaborar las leyes penales utilice términos precisos que permitan al ciudadano identificar con claridad cuál es el comportamiento que se pretende prohibir y la pena con la cual se encuentra conminado (principio de certeza) y, por otro, (II) que el juez encargado de la aplicación de la ley penal se circunscriba a su sentido, prohibiéndole su utilización analógica (prohibición de analogía en materia penal)[506].

I) La certeza en la ley penal. La situación de los elementos *normativos* y de las *leyes penales en blanco*.

La labor del legislador en aras de mantener la vigencia del principio de legalidad es elemental. Es lógico, de nada serviría la existencia formal de una ley penal si el legislador penal, al elaborar tipos penales de manera imprecisa, permite un amplio margen de arbitrariedad en la labor

[506] SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Op. Cit., p. 254; MANTOVANI, Ferrando. Op. Cit., p. 20; PADOVANI, Tulio. Op. Cit., p. 26.

del juez. Es que, como bien indica MANTOVANI, a mayor certeza de la ley menor es el espacio para el subjetivismo y la ideología del juez[507].

El mandato de certeza impone al legislador la obligación de elaborar las leyes penales conteniendo, de forma clara e inequívoca, todos los elementos que permitan al ciudadano, receptor de las prohibiciones penales, reconocer los presupuestos de determinan la imposición de una pena así como la medida de las consecuencias jurídicas que por tal razón correspondan; asimismo, el principio de certeza exige que la ley penal sea elaborada recurriendo a un lenguaje claro y comprensible[508]. Como se observa, se trata de un principio referido a la técnica de redacción de los tipos penales[509].

La existencia de normas penales imprecisas o vagas erosiona los fundamentos jurídico- políticos del principio de legalidad al afectar el principio de división de poderes. En efecto, la creación de leyes penales indeterminadas o imprecisas termina destruyendo la barrera divisoria entre instancias destinadas a la creación de leyes e instancias de aplicación de las leyes pues estas últimas, debido a los defectos propios de las leyes indeterminadas, se ven precisadas a realizar labor de creación del derecho[510]. De éste modo, termina produciéndose –como bien advierte SILVA SÁNCHEZ- una vulneración del contrato social al afectarse la deslegitimación material del mismo: "tal legitimación –señala el Cate-

---

[507] MANTOVANI, Ferrando. Op. Cit., p. 20; similar: CADOPPI, Alberto & VENEZIANI, Paolo. Op. Cit., p. 73; RAMACCI, Fabrizio. Op. Cit., p. 85; VINCIGUERRA, Sergio. Op. Cit., p. 111.

[508] VINCIGUERRA, Sergio. Op. Cit., p. 111.

[509] MANTOVANI, Ferrando. Op. Cit., p. 20; FIANDACA, Giovanni & MUSCO, Enzo. Op. Cit., p. 95; MARINUCCI, Giorgio & DOLCINI, Emilio. Op. Cit., p. 39; VINCIGUERRA, Sergio. Op. Cit., p. 111.

[510] SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Op. Cit., p. 255; COBO DEL ROSAL, Manuel & VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cit., p. 71; GARCÍA- PABLOS DE MOLINA, Antonio. Op. Cit., p. 344.

drático español- sólo se halla garantizada cuando el legislador promulga '*leges certae*' y el juez se atiene a ellas como '*leges strictae*'[511]".

Del mismo modo, pueden reconocerse ciertos efectos perniciosos de la ausencia de certeza en los tipos penales respecto a los propósitos de prevención perseguido por las leyes penales: Si el objetivo de las leyes penales es conformar conductas de modo no ofensivo a los bienes jurídicos, el reconocimiento del contenido de la disposición penal por parte del ciudadano guardará proporción directa con la consecución de dicha finalidad preventiva; digámoslo en otros términos, si el ciudadano, gracias a la precisión de la ley penal, entiende plenamente la prohibición y su sanción, se obtendrá mayores niveles de prevención que si el ciudadano no comprende los alcances de la ley penal[512].

De ésta última idea se derivan las consecuencias procesales del principio de certeza, destacadas fundamentalmente por la doctrina penal italiana[513]: La ausencia de precisión en la ley penal dificultaría el ejercicio del derecho constitucional de defensa del imputado, debido a la imposibilidad de realizar una *imputación precisa* o *imputación necesaria*. Las expresiones de VINCIGUERRA resultan sumamente didácticas: "Cuanto más ambigua es la norma, tanto más difícil es defenderse negando la correlación entre hecho y norman y probar la falta de fundamento de la acusación"[514].

---

[511] SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Op. Cit., p. 257.

[512] MANTOVANI, Ferrando. Op. Cit., p. 20; FIANDACA, Giovanni & MUSCO, Enzo. Op. Cit., p. 96; MARINUCCI, Giorgio & DOLCINI, Emilio. Op. Cit., p. 39; DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Op. Cit., p. 174.

[513] MANTOVANI, Ferrando. Op. Cit., pp. 20-21; FIANDACA, Giovanni & MUSCO, Enzo. Op. Cit., p. 96; MARINUCCI, Giorgio & DOLCINI, Emilio. Op. Cit., p. 39; VINCIGUERRA, Sergio. Op. Cit., p. 113.

[514] VINCIGUERRA, Sergio. Op. Cit., p. 113.

Cabe anotar que en materia penal la precisión absoluta resulta inalcanzable[515] y sólo sería en un negado e imposible sistema casuista[516], lo que se pretende cuestionar y evitar a través de estas precisiones críticas es un nivel de indeterminación que resulte incompatible con la seguridad que deben irradiar las normas penales, en suma, el principio de legalidad prohíbe generalizar la ley penal de una manera exagerada e inadmisible[517]. Las expresiones de STRATENWERTH a éste respecto resultan sumamente elocuentes: "no hay ningún texto legal que excluya toda duda. En todo caso, la ley sólo puede ser exacta en mayor o menor *medida*, y esta medida, a su vez, no es mensurable. *No está claro ni dónde está el límite de la indeterminación admisible, ni cuándo éste se rebasa. Por ello, sólo en casos extremos se podrá afirmar con alguna seguridad que ha sido vulnerada la prohibición de prescripciones penales indeterminadas*"[518]. Como se observa, lo que el principio de certeza pretende es la *máxima taxatividad posible*[519].

---

[515] ROXIN, Claus, Op. Cit., p. 170; MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. Cit., p. 113; CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Op. Cit., p. 206.

[516] MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. Cit., p. 113; SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Op. Cit., p. 254.

[517] En ese sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional del 03 de enero de 2003 (Expediente Nº 0010-2002 AI, fundamento jurídico cuadragésimo sexto): "Esta exigencia de "*lex certa*" no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible *equivocidad*".

[518] STRATENWERTH, Günther. Op. Cit., p. 88 (cursivas nuestras).

[519] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. Cit., p. 256; POLAINO NAVARRETE, Miguel. Op. Cit., p. 326; MANTOVANI, Ferrando. Op. Cit., p. 22; similar: GARCÍA- PABLOS DE MOLINA, Antonio. Op. Cit., p. 345.

Especialmente conflictiva resulta la situación del principio de taxatividad en torno a los denominados *conceptos jurídicos indeterminados,* caracterizados por la preponderancia de elementos normativos de orden valorativo[520]. En efecto, la opción de recurrir a una técnica de construcción de los tipos penales basada en elementos de índole descriptivo genera dos inconvenientes a ser indicados: por un lado, provoca un casuismo exagerado sobredimensionador de las leyes penales[521]; y, por otro lado, a pesar de su carácter descriptivo, no puede desconocerse que los elementos descriptivos pueden resultar también, debido a la no univocidad del lenguaje, imprecisos[522]; todo lo cual deriva en el uso prevalente de elementos normativos en la elaboración de los tipos penales.

Los problemas de precisión en el uso de elementos normativos se relacionan fundamentalmente a los *elementos normativos extrajurídicos* en los que la integración interpretativa deberá encontrarse referida a normas sociales o consuetudinarias que resultan, en la mayoría de ocasiones, excesivamente flexibles, por lo que su utilización debe ser recusada[523]. Piénsese, por ejemplo, en la expresión "acto contrario al pudor" utilizada en la construcción del tipo penal contenido en el artículo 176º del Código penal

Más conflictiva es la situación de las *leyes penales en blanco* debido a las características que le son inmanentes. Ciertamente, en tal clase de normas penales, al encontrarse parte de la conducta prohibida descrita en una norma jurídica extrapenal, la posibilidad de afectar los requerimientos de certeza de la ley penal se hace manifiesta. Pues bien, la neutralización de los riesgos de una afectación a la legalidad material

---

[520] ROXIN, Claus. Op. Cit., p. 170; FIANDACA, Giovanni & MUSCO, Enzo. Op. Cit., p. 100; CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Op. Cit., p. 131; DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Op. Cit., p. 174.

[521] MARINUCCI, Giorgio & DOLCINI, Emilio. Op. Cit., p. 39; VINCIGUERRA, Sergio. Op. Cit., p. 115.

[522] FIANDACA, Giovanni & MUSCO, Enzo. Op. Cit., p. 100.

[523] Similar: FIANDACA, Giovanni & MUSCO, Enzo. Op. Cit., p. 101; con matices: MARINUCCI, Giorgio & DOLCINI, Emilio. Op. Cit., p. 41.

a través del recurso a las leyes penales en blanco exige, previamente, determinar los criterios de legitimación de las mismas; en ese contexto, es de destacar que las dudas en torno a la legalidad del recurso a la ley penal en blanco tienen lugar en torno a su presunta condición de *leyes incompletas* y a los efectos de dicha condición en la exigencia de certeza e, indirectamente, la probabilidad del error[524]. Es lógico ¿Cómo considerar cierta una ley incompleta?

Para superar los cuestionamientos al recurso a la ley penal en blanco, la doctrina y la jurisprudencia –tal como adelantamos en líneas precedentes- han recurrido a dos planteamientos: La teoría de la esencialidad, utilizada por el Tribunal Constitucional español[525], considera que la compatibilidad de la ley penal en blanco con el mandato de determinación viene establecida por la identificación de los rasgos esenciales o nucleares de la conducta prohibida dentro de los contornos de la ley penal, dejando a la ley extrapenal solo la labor de complementación accesoria. La teoría de la concreción, proveniente de la Jurisprudencia alemana, propone la conformidad de la ley penal en blanco con el mandato de certeza cuando la ley extrapenal sólo tenga por propósito *concretar* los criterios de decisión ya establecidos claramente en la ley penal.

Cualquiera sea la postura que se adopte[526], es evidente que la preservación del principio de certeza pasa, en primer lugar, por reconocer

---

[524] TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho penal de la empresa,* Trotta, Madrid, 1995, p. 36.

[525] BACIGALUPO, Enrique. "La problemática constitucional de las leyes penales en blanco y su repercusión en el Derecho penal económico", en: El mismo (Director). *Curso de Derecho penal económico,* Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 39-40; MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. Cit., p. 121.

[526] Como ha destacado la doctrina más autorizada (TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit., p. 73; GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 157) se tratan de posiciones muy similares, por lo que, en mi opinión, una profundización sobre los contornos de ambas propuestas, resulta absolutamente improductiva.

que la utilización de la técnica del reenvío debe mantener los estándares de claridad exigidos a toda ley penal y, en segundo término, por exigir que los contenidos definidores esenciales de la conducta prohibida penalmente se encuentran suficientemente precisados en la ley penal, dejándose sólo aspectos accesorios o de complemento a la ley extrapenal.

II) La prohibición de analogía en materia penal (y sus límites con la interpretación).

Del principio de taxatividad se desprende la prohibición de analogía en material penal, esto es, la prohibición de que la interpretación de los tipos penales exceda los límites establecidos por el *sentido literal* de la ley penal y abarque conductas que resulte sólo en parte coincidentes con el referido sentido de la ley penal[527]. De esto se desprende que el de taxatividad es un principio íntimamente relacionado con la problemática de los límites de la interpretación en materia penal pues a través de ésta, por un lado, se determinará el alcance normativo de los enunciados jurídicos[528] y, con ello, su aplicabilidad a una realidad concreta[529]; y, por otro, se verificará si las resoluciones judiciales respetan la voluntad colectiva contenida en las leyes penales[530].

La cuestión central es establecer los límites entre la interpretación y la analogía vedada por el Derecho penal. En ese contexto puede sostenerse: "mientras que la interpretación es búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su 'sentido literal posible', la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no *comprendido*

---

[527] STRATENWERTH, Günther. Op. Cit., pp. 95- 96;

[528] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Sobre la 'interpretación' teleológica en Derecho penal", en: Díaz y García Conlledo, Miguel & García Amado, Juan Antonio (Eds.). *Estudios de Filosofía del Derecho penal,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 368.

[529] VINCIGUERRA, Sergio. Op. Cit., p. 508; también: FIANDACA, Giovanni & MUSCO, Enzo. Op. Cit., p. 128.

[530] JESCHECK, Hans- Heinrich & WEIGEND, Thomas. Op. Cit., p. 161.

en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero *análogo* a otros sí comprendidos en el texto legal"[531]. Como se observa, la analogía no es pues, en sentido estricto, una forma de interpretación pues ésta última se mueve dentro de los márgenes del texto legal, lo que no ocurre con la analogía[532].

La doctrina penal mayoritaria[533] opta por considerar como el criterio de interpretación de las leyes penales más conveniente aquél que tiene como punto referencial de limitación del alcance de la ley penal el *tenor o sentido literal posible de la misma*. Su conveniencia debe postularse, por un lado, sobre la base de los principios jurídico-político y jurídico- penales en los que se asienta el principio de legalidad y, por otro lado, en el hecho de que la ley constituye una expresión del lenguaje.

Respecto a lo primero (fundamentación jurídico-política y jurídico penal del principio), debe reconocerse que dado que la actividad legislativa se manifiesta mediante palabras, lo que no se desprende de aquellas –como indica ROXIN- no está prescrito y, por lo tanto, no 'rige' [534]. Atribuir a la ley penal un sentido que no se desprende de su tenor literal vulnera la idea de la legalidad penal como instrumento de limitación del poder punitivo. En relación a la segunda cuestión, debido a que la ley penal es expresión del lenguaje, encontrar su sentido debe tener apoyo en el lenguaje mismo[535]. Desde esta perspectiva es posible también conectar con la finalidad motivadora que corresponde a la ley penal: Los ciudadanos sólo puede motivarse en el sentido que corresponde al

---

[531] MIR PUIG, Santiago. Op. Cit., p. 124; similar: MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. Cit., p 130; CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Op. Cit., p. 132; PALAZZO, Francesco. Op. Cit., p. 281.

[532] MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. Cit., pp. 132-133.

[533] STRATENWERTH, Günther. Op. Cit., p. 96; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Op. Cit., p. 123; MIR PUIG, Santiago. Op. Cit., p. 124.

[534] ROXIN, Claus. Op. Cit., p. 149.

[535] STRATENWERTH, Günther. Op. Cit., p. 96.

lenguaje, en tanto código de comunicación social accesible a todos[536].

Queda, no obstante, por discutir si ese *sentido literal posible* constituye un factor de referencia exclusivo o si, más bien, debe ir acompañado de otros factores. Para responder a esta cuestión resulta indispensable reconocer las limitaciones y problemas que subyacen a la *interpretación conforme al sentido literal posible*.

En ese contexto, un primer problema es generado por el carácter polisémico de las palabras: Si la interpretación tiene por objeto extraer el *sentido literal posible de la ley penal*, nos enfrentaremos frente a una inexpugnable circunstancia, esto es, la ausencia de significado unívoco en las palabras. En efecto, si partimos de la idea de que el propósito del proceso interpretativo es encontrar el *sentido literal posible de la ley*, tendríamos que el texto de la ley permitiría, justamente por la polisemia de las palabras de la ley, encontrar *diversos* sentidos posibles de la ley[537], lo que denotaría la insuficiencia de éste método, en tanto dejaría un extenso ámbito a la discrecionalidad judicial, claramente incompatible con la idea de la legalidad penal como instrumento de predictibilidad de la reacción punitiva. El criterio del *sentido literal posible* resulta insuficiente, revelándose como una suerte de tautología, constatada acertadamente por SILVA SÁNCHEZ mediante esta expresión: "lo cierto es que el 'sentido posible' de un enunciado no constituye sino el producto de una primera operación interpretativa. Con lo que lo anterior conduciría a afirmar que la interpretación es el límite de la interpretación"[538].

---

[536] ROXIN, Claus. Op. Cit., p.

[537] Justamente del carácter polisémico de las palabras deriva la pérdida de validez de la afirmación latina "*in claris non fit interpretatio*"; en este sentido: ROXIN, Claus. Op. Cit., p. 148; COBO DEL ROSAL, Manuel & VIVES ANTÓN, Tomás., Op. Cit., p. 115; también: JESCHECK, Hans-Heinrich & WEIGEND, Thomas. Op. Cit., p. 164; FIANDACA, Giovanni & MUSCO, Enzo. Op. Cit., p. 130; PALAZZO, Francesco. Op. Cit., p. 281

[538] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Sobre la 'interpretación' teleológica en Derecho penal", p. 369.

Que el *sentido literal posible* constituya un límite inicial a la labor de interpretación de la ley penal de ningún modo significa que dicha labor se agote allí. Por eso es que los más recientes desarrollos de la hermenéutica jurídica atribuyen al Juez, en sede de interpretación de la ley penal, una labor de *re-creación* o *reconstrucción* de la ley penal que supere las limitaciones propias del recurso al *sentido literal posible* del texto legal[539].

Queda por tarea establecer si los criterios que sirven para determinar, dentro de los límites impuestos por el *tenor literal posible* de la ley penal, el sentido de las normas jurídico- penales son de orden subjetivo (método histórico) u objetivo (método teleológico). En línea de definición de la postura a adoptar, la doctrina dominante ha destacado los inconvenientes de una interpretación histórica destinada a ubicar el contexto histórico y la voluntad del legislador, problemas a los que cabría agregar, en el caso peruano, las dificultades propias del reconocimiento de la voluntad del legislador en un país donde se recurre, como hemos cuestionado anteriormente, a la delegación de facultades legislativas, con lo cual la determinación de la voluntad del legislador se transforma en una actividad casi esotérica.

Por esa razón resulta preferible recurrir al método teleológico que tiene como referente central del proceso interpretativo las finalidades de la norma jurídico penal objeto de análisis concreto, esto es, un *método interpretativo orientado funcionalmente*. Desde esa perspectiva, la labor interpretativa correspondiente al juez más que de c*reación* –a todas luces cuestionable, desde la perspectiva de la legalidad penal- constituye una *reconstrucción racional*[540].Ciertamente, la racionalidad del procedimiento interpretativo depende en gran medida de la rigurosidad con

---

[539] FIANDACA, Giovanni & MUSCO, Enzo. Op. Cit., p. 131.

[540] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Sobre la 'interpretación' teleológica en Derecho penal", p. 395; cercano: JESCHECK, Hans- Heinrich & WEIGEND, Thomas. Op. Cit., pp. 166-167; FIANDACA, Giovanni & MUSCO, Enzo. Op. Cit., p. 138; DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Op. Cit., pp. 176-180.

la cual el Juez haya utilizado los conocimientos provenientes de la dogmática jurídico- penal.

La dogmática jurídico penal constituye un mecanismo de contención frente al posible ejercicio abusivo del poder punitivo, esto es, se trata de una *barrera intransgredible de la política criminal*[541]. Sin embargo, la utilización de la dogmática no asegura que la *reconstrucción* de las leyes penales realizada mediante la interpretación sea *racional* y esto debido a la *neutralidad de la dogmática jurídicopenal* que permite, por un lado y tal como advirtiera GIMBERNAT, interpretar no sólo las leyes democráticas sino también las autoritarias[542] y, por otro lado, da lugar a la *reconstrucción en tono autoritario de leyes democráticas*[543].

Para evitar o, al menos, disminuir a su expresión mínima tales riesgos resulta indispensable proceder sistemáticamente[544]. Proceder de éste modo, por cierto, no es tarea nada sencilla pues, como ha puesto de relieve HRUSCHKA, la dogmática jurídico- penal tiende a pronunciarse sobre cuestiones o casos específicos, perdiendo perspectiva general y configurando un mero *muestrario de opiniones*[545]. Pese a los obstáculos naturales de una interpretación teleológica- sistemática, es necesario reconocer, como *piedra de toque* del proceso de *reconstrucción racional* de la ley penal, la finalidad ulterior del sistema del Derecho penal, esto

---

[541] VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho penal,* tomo segundo, traducción de Luis Jiménez de Asúa, Editorial Reus, Madrid, 1927, p. 65.

[542] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?,* Ara, Lima, 2009, p. 44.

[543] Especialmente notoria en un contexto en que los *mass media* son una auténtica jurisdicción (jurisdicción mediática); al respecto: REYNA ALFARO, Luis Miguel. "Presentación", en: Gimbernat Ordeig, Enrique. *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?,* Ara, Lima, 2009, pp. 07-10.

[544] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Sobre la 'interpretación' teleológica en Derecho penal", p. 395.

[545] HRUSCHKA, Joachim. *¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?*, traducción Pablo Sánchez Ostiz, Mediterránea, Córdoba, 2003, p. 66.

es, la protección de los bienes jurídicos[546]. Esta concepción tiene diversas manifestaciones prácticas: Delimitación entre actos preparatorios y tentativa, identificación de supuestos de tentativa no punible, determinación del alcance de los tipos penales a partir de la identidad del bien jurídico penalmente tutelado[547], por citar sólo alguna de ellas.

III. LA DISCUSIÓN SOBRE LA LEGALIDAD DEL EMPLEO DE LA TÉCNICA DEL REENVÍO EN EL DERECHO PENAL

La aceptación de la fórmula legislativa planteada por BINDING no ha sido del todo pacífica en la doctrina penal, existen posiciones favorables y contrarias a esta técnica legislativa, haremos una breve exposición de los argumentos expuestos fijando luego nuestra postura personal al respecto.

1. Posturas contrarias a las leyes penales en blanco

Las posiciones contrarias a los tipos penales en blanco o abiertos se basan principalmente en sus posibles implicancias contra el principio de legalidad penal.

JESCHECK logra resumir de manera sumamente didáctica esta tendencia: "la teoría de los tipos abiertos debe, sin embargo, rechazarse, pues si el tipo se entiende como clase de injusto, pues solo debe imaginarse como cerrado, ya que de lo contrario le faltaría, precisamente el carácter típico. Esto significa que el tipo ha de contener todos, sin excepción, los elementos que contribuyen a determinar el contenido de injusto de una clase de delito"[548]. La tipicidad, dice JESCHECK, constituye un círculo que, para mantener su indemnidad, debe contener la totalidad de sus elementos: norma de conducta y consecuencia jurídica, de lo contrario, el círculo de tipicidad se mantendría abierto y con ello el principio de legalidad resultaría afectado.

---

[546] JESCHECK, Hans- Heinrich & WEIGEND, Thomas. Op. Cit., p. 168.

[547] Especialmente: CADOPPI, Alberto & VENEZIANI, Paolo. Op. Cit., p. 133.

[548] JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte General,* traducción de Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, p. 335.

Otros autores han sostenido que el empleo de la ley penal en blanco provoca problemas de naturaleza procesal en la medida que el proceso de integración propio de esta técnica originaría en los procesos penales la posibilidad de aplicar "cuestiones prejudiciales"[549] pues como RODRÍGUEZ RAMOS ha indicado: "En estos nuevos tipos penales es obvio que la culpabilidad o inocencia de los acusados va a depender siempre o casi siempre de cómo se resuelvan las cuestiones civiles o administrativas básicas, pues el Derecho penal no es más que una norma yuxtapuesta"[550].

Este sector doctrinal resulta minoritario, el proceso de integración normativa propio de las normas penales en blanco, según nuestra opinión, afectará el principio de legalidad solo en los casos en que el supuesto de hecho descrito en sede extrapenal e integrado a la esfera punitiva sea incierto en su descripción, de forma tal que su ambigüedad afecte la certeza componente del principio aludido.

2. POSTURAS FAVORABLES A LAS LEYES PENALES EN BLANCO

El sector mayoritario de la doctrina admite la presencia de las leyes penales en blanco; algunos, como CURY URZÚA siguiendo a KOBE, se refieren a ellas como un "mal necesario"[551], aunque ello signifique una

---

[549] Un estudio detallado del tratamiento de las cuestiones prejudiciales en nuestro ordenamiento procesal es posible encontrarlo en: SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal,* vol. I, Grijley, Lima, 1999, pp. 243 y ss.

[550] Citado por: SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. Op. Cit., p. 34.

[551] CURY URZÚA, Enrique. Op. Cit., p. 33. De similar opinión es FELLER SCHLEYER, para quien el recurso a la ley penal en blanco propia "suponen una relajación del principio de legalidad"; véase: FELLER SCHLEYER, Claudio. "Orientaciones básicas del Derecho penal en un Estado Democrático de Derecho", en: *Comisión Nacional de Derechos Humanos. El Sol en la Ciudad. Estudios sobre prevención del delito y modernización penitenciaria*, Editora Nacional de Derechos Humanos, Santiago, 1995, p. 32.

tácita aceptación de los cuestionamientos que se hacen a dicha técnica legislativa, creo más bien que el supuesto fáctico señalado en la norma extra penal forma parte del propio precepto penal pues lo integra, cierra con ello el círculo de la tipicidad y salva así las posibles objeciones relacionadas al principio de legalidad[552].

ARROYO ZAPATERO/ GARCÍA RIVAS son claros al señalar: "la norma penal en blanco define el núcleo central de la conducta criminal y, con ello, se satisfacen las exigencias del principio de legalidad"[553].

Con similar orientación, BRAMONT ARIAS, ante la pregunta ¿Es conciliable con el principio de legalidad el hecho de que la determinación concreta de las conductas delictivas quede entregada a la autoridad administrativa y no la haga la ley?, responde positivamente, entendiendo que el reenvío no significa entregar a la autoridad administrativa una "*carta blanca*" para crear delitos, pues estas autoridades tienen limitaciones bastantes marcadas, por lo que no podrán excederse en el ejercicio de esa potestad[554].

PEÑA CABRERA, en cambio, justifica la existencia de tales normas en la naturaleza de las materias que pretende regular, lo que obliga al legislador a emplear esta técnica, por él llamada "excepcional", en "situaciones sociales fluctuantes que exigen una legislación de oportunidad"[555], con lo que se acerca, en cierta manera, a la idea de "mal necesario" expuesta por CURY.

---

[552] MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. Cit., pp. 36- 37.

[553] ARROYO ZAPATERO, Luis & GARCÍA RIVAS, Nicolás. "Protección penal de la propiedad intelectual", en: Mazuelos Coello, Julio (Comp.). Derecho penal económico y de la empresa, Editorial San Marcos, Lima, 1996, pp. 347 y ss.

[554] BRAMONT ARIAS, Luis. Op. Cit., p. 34; en similar sentido: SALINAS SICCHA, Ramiro. "Aspectos del delito de contrabando", en: el mismo, *Delitos contra la vida y otros estudios de Derecho penal*, Palestra Editores, Lima, 1997, p. 191.

[555] PEÑA CABRERA, Raúl. Op. Cit., p. 260.

Otros autores como TIEDEMANN consideran que la aceptación de las normas penales en blanco se fundamenta más bien en razones de seguridad jurídica, el reenvío a normas administrativas, según el profesor de Freiburg: "garantizan a menudo una mayor seguridad jurídica que las nuevas nociones de un Derecho penal autónomo"[556], asimismo, elimina la posibilidad de la sanción múltiple en perjuicio del principio *"ne bis in idem"*[557].

Desde el prisma de la teoría de los elementos negativos del tipo[558], GARCÍA RIVAS, reafirmando su posición a favor de las leyes penales en blanco, ha cuestionado el hecho que las leyes en blanco sean calificadas de "incompletas", en tanto, como es bien sabido, toda acción u omisión descrita en la norma penal debe integrarse a la ausencia de las causas de justificación para complementar el tipo de injusto, en otras palabras, según la teoría de los elementos negativos del tipo, toda norma penal resulta incompleta al requerirse su integración con las causas de justificación[559].

---

[556] TIEDEMANN, Klaus. "*El Derecho penal del ambiente. Cuestiones dogmáticas novedosas*", en: Mazuelos Coello, Julio (Comp.). Op. Cit., p. 260; también: IDEM. "La Parte general del Derecho penal económico", en: *Anuario de Derecho Penal 1993*, Lima, 1993, p. 12.

[557] LAMAS PUCCIO, Luis. "Los delitos contra el medio ambiente", en: *Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, Vol. 48, Lima, 1991, p. 200.

[558] Según quienes postulan la teoría de los elementos negativos del tipo (en España: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Honor y libertad de expresión. Las causas de justificación en los delitos contra el honor*, Tecnos, Madrid, pp. 23 y ss.; IDEM. "El contenido del tipo del injusto", en: el mismo. *Temas de Derecho Penal*, Cuzco, Lima, 1993, pp. 03 y ss.; GARCÍA RIVAS, Nicolás. Op. Cit., pp. 82 y ss.; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. Op. Cit., pp. 158-163; en el Perú: SAN MARTÍN CASTRO, César. Op. Cit., p. 283, e, implícitamente, PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Derecho penal, jueces y jurisprudencia*, Palestra, Lima, 1999, p. 115) la tipicidad (tipo positivo) y la antijuricidad (tipo negativo) constituyen, dentro de la teoría del delito, una categoría única, un tipo total de lo injusto; en contra de la teoría de los elementos negativos del tipo, entre otros: HURTADO POZO, José. Op. Cit., p. 356; MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit., pp. 41 y ss.

[559] GARCÍA RIVAS, Nicolás, op. cit, pp. 21-22.

IV. SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE LEY PENAL EN BLANCO Y ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO PENAL

Finalmente, es de rigor acotar que si bien determinado sector de la doctrina considera que la utilización de elementos normativos en la elaboración de las leyes penales logra situar al tipo dentro del marco estrictamente penal, la abundancia o exceso en ellos puede llevar a una situación similar a la de las normas penales en blanco, puesto que resulta casi imposible resolver en sede penal los problemas de carácter técnico, derivados de la regulación de materias complejas; así, la remisión a normas especiales tendrá como objetivo, en ciertos casos, descifrar el significado inmanente al elemento normativo empleado y, en otras ocasiones, configurar el supuesto de hecho constitutivo de infracción penal[560].

Este cierto paralelismo ha sido puesto de manifiesto por múltiples autores; así –por ejemplo– SUAY HERNÁNDEZ hace referencia a la existencia de contornos difusos en la delimitación entre los elementos normativos y las leyes penales en blanco[561].

Sin embargo, creemos necesario aclarar que la precedente afirmación en el sentido que entre ley penal en blanco y las leyes penales con sobrecarga de elementos normativos existiría cierto paralelismo, no puede llevarnos a la confusión de considerarlos una misma cuestión. Esto quiere decir –en suma– que desde nuestra perspectiva, ley penal en blanco y leyes penales con elementos normativos no son lo mismo.

---

[560] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Consideraciones sobre el delito fiscal en el Código español", en: *Themis. Revista de Derecho*, Nº 32, Lima, 1996, p. 38; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. Cit., pp. 125 y ss.; REYNA ALFARO, Luis Miguel. "Derecho penal y la ley en blanco. Algunos apuntes sobre la problemática del reenvío en las legislaciones penales europeas a propósito de la normativa comunitaria", en: *Themis. Revista de Derecho*, N° 41, Lima, 2000, p. 328.

[561] SUAY HERNÁNDEZ, Celia. Op. Cit., p. 323.

Por ello debemos rechazar la, ya denunciada por TIEDEMANN, incorrecta utilización de la expresión "ley penal en blanco" por parte de la doctrina y la jurisprudencia penales[562]. Este sector de la doctrina y jurisprudencia parecería admitir un concepto amplio de ley penal en blanco que comprende no solo los casos de remisiones directas, sino también a las leyes penales elaboradas utilizando elementos normativos[563].

V. CLASIFICACIÓN DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO

Las leyes o tipos penales en blanco se clasifican, siguiendo la doctrina penal más tradicional, en leyes en blanco propias y en leyes en blanco impropias. A continuación procederemos a determinar el contenido de cada una de ellas.

1. LEYES EN BLANCO PROPIAS

La complementación de la norma penal, en las leyes penales en blanco propias, se confía a una instancia legislativa de jerarquía inferior[564], es decir, los tipos penales en blanco propiamente dichos son aquellos donde la determinación de la antijuricidad se produce atendiendo a normas de rango menor, por ejemplo: reglamentos, actos administrativos, etc.

Cabe anotar que un importante sector doctrinal cuestiona la integración a normas de rango inferior al de "ley", calificando esta clase de reenvío de inconstitucional; sin embargo, la doctrina dominante sostiene lo contrario, siempre que la decisión incriminadora básica haya sido expresamente cedida a la administración.

En dicho sentido se ha pronunciado también el Tribunal Supremo español (Sentencia del Tribunal Supremo del 23/11/98, Ar.1261/98, Sala

---

[562] SUAY HERNÁNDEZ, Celia. Op. Cit., p. 323.

[563] Véase: PIZARRO BELEZA, Teresa & DA COSTA PINTO, Frederico. Op. Cit., pp. 31-32. Posición que ciertamente rechazan por incorrecta.

[564] Véase: CURY URZÚA, Enrique. Op. Cit., p. 40.

3ra., sección cuarta, Fj 4°) al expresar que la reserva de ley en materia penal no excluye la posible colaboración que puedan ejercer los reglamentos en elementos accesorios relacionados al delito[565].

2. LEYES EN BLANCO IMPROPIAS

Son aquellas donde el precepto penal resulta de la integración de dos sistemas legislativos[566]. La ilicitud del comportamiento, en este caso, se determina mediante el reenvío a normas emanadas por la misma instancia legislativa. El reenvió a su vez, se subdivide en:

a) **Normas penales impropias con reenvío interno**: la antijuricidad se determina en atención a preceptos contenidos en el mismo cuerpo legal.

b) **Normas penales impropias con reenvío externo**: la remisión en este caso se efectúa a otra norma de carácter formal.

Otras clasificaciones han sido propuestas. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, por ejemplo, clasifica las normas penales en blanco en: normas penales en blanco con reenvío específico y normas penales en blanco con reenvío genérico[567].

Las normas penales en blanco con reenvío específico son aquellas que no contienen una determinación exhaustiva del precepto, el reenvío se produce a normas extrapenales específicas[568].

---

[565] GARCÍA ROCA, Javier. "Derechos fundamentales y libertades públicas. Crónica de jurisprudencia", en: *Justicia Administrativa*. Revista de Derecho Administrativo, N° 2, Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 79.

[566] LAMAS PUCCIO, Luis. "Delitos contra la propiedad intelectual", en: *Revista del Foro*, año LXXV, Nº 1, Lima, 1988, p. 226.

[567] FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho penal fundamental,* tomo I, tercera reimpresión de la segunda edición, Temis, Bogotá, 1998, p. 71.

[568] *Ibid*.

Las normas penales en blanco con reenvío genérico hacen que el proceso de integración legislativa se realice a cuerpos legislativos de cierta complejidad, generando incertidumbre sobre el ámbito de lo prohibido[569].

[569] *Ibid*.

Capítulo IX
LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

I. CUESTIONES GENERALES

El Derecho penal constituye, como sabemos, un medio de control social secundario. El control social es, conforme precisa HURTADO POZO: el "conjunto de modelos culturales y de símbolos sociales y también de actos, a través de los cuales dichos símbolos y modelos son determinados y aplicados"[570]. En función a su condición de medio de control social, el Derecho penal, cumpliendo una labor confirmadora y aseguradora de otros niveles de control social más sutiles (la familia, el colegio, el centro de labores, la iglesia, etc.)[571], pretende controlar, orientar y planear la vida en común.

Es este el motivo por el cual se determinan y definen ciertos comportamientos u omisiones como incorrectos, recurriéndose a la amenaza punitiva para que los ciudadanos omitan o ejecuten dichos actos. Al

---

[570] HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho penal. Parte general*, reimpresión de la segunda edición, Eddili, Lima, 1987, p. 35; al respecto, véase también: MUÑOZ CONDE, Francisco. "Derecho penal y control social (sobre la función motivadora de la norma jurídica penal)", en: Prado Saldarriaga, Víctor/ Bojorquez Padilla, Uldarico & Solís Camarena, Edgar. (Comp.). *Derecho penal. Parte general (Materiales de enseñanza)*, Grijley, Lima, 1995, pp. 25 y ss.; SERRANO- PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, Gráfica Horizonte, Lima, 1999, pp. 03 y ss.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho penal. Parte general*, tomo I, ediciones jurídicas, Lima, 1998, pp. 41 y ss.

[571] MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit., p. 30.

Estado le interesa pues orientar, a través del ejercicio del *ius puniendi*, el comportamiento de los individuos que lo integran[572].

La respuesta estatal ante el comportamiento que se desvíe de su pretensión de control, es la pena. La pena tiene siempre un contenido aflictivo, conforme fuera advertido por los autores del Proyecto Alternativo alemán de 1966 al señalar que la sanción penal es una: "*amarga necesidad en una sociedad de seres imperfectos como son los hombres*".

Ante la evidencia constatada de que la actividad punitiva del Estado supone una de las más graves afectaciones de los derechos fundamentales de la persona[573], aparece la necesidad de fijar límites al poder punitivo estatal. Es en ese contexto que aparece el concepto: "bien jurídico", como criterio limitador de la intervención penal del Estado y que, haciendo propios los términos de SERRANO-PIEDECASAS: "acota el círculo del ámbito legítimo de intervención"[574].

La importancia del bien jurídico ha sido puesta en relieve por COBO DEL ROSAL & VIVES ANTÓN al señalar: "El tema del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito, su función y su misma cuestionada existencia, constituye pieza fundamental de la teoría jurídica del delito. Hasta el punto, que su proyección y operatividad general hizo que pudiera hablarse de una 'dogmática del bien jurídico', con lo que sintetizaban para un amplio sector doctrinal una serie de afinidades no solo técnicas y metódicas, sino también políticas y de concepción general del Derecho y, singularmente, del Derecho penal"[575].

---

[572] HURTADO POZO, José. Op. Cit., pp. 35-36; GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el Estado democrático*, Ediciones de la Universidad Castilla- La Mancha, Cuenca, 1996, pp. 25-26.

[573] HURTADO POZO, José. Op. Cit., p. 36; GRACIA MARTÍN, Luis. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 54; PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, pp. 13-19.

[574] SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. Op. Cit., p. 103.

[575] COBO DEL ROSAL, Manuel & VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho penal. Parte general*, cuarta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 289.

II. EL BIEN JURÍDICO PENAL: SUS ORÍGENES

La búsqueda por delimitar el contenido exacto del concepto "bien jurídico" surge como consecuencia de los intentos por controlar el desmedido avance del Derecho penal; no había forma de limitar el *ius puniendi* estatal y establecer, de manera precisa, las conductas de las que era necesario protegernos, pues como acertadamente señala JESCHECK: "El Derecho penal no puede intervenir siempre que se produzcan perturbaciones de la vida comunitaria, sino que ha de limitarse a la protección de valores fundamentales del orden social"[576], para ello resultaba preciso establecer ciertos parámetros que se lograron delimitar con el concepto de bien jurídico.

Tal concepto es introducido en la dogmática jurídico-penal por BIRNBAUM, en 1834, quien intenta conseguir una definición material del delito; antes de este autor, el delito era consecuencia de razonamientos teleológicos, era en esencia "pecado", tan solo –en términos de MAZUELOS– "una desobediencia de la voluntad divina"[577].

Antes de la aparición de este concepto, predominaba en el escenario penal la idea del delito como lesión a un derecho subjetivo, expuesta por FEUERBACH[578] y a la que, precisamente, BIRNBAUM contrapuso la de lesión a un bien.

---

[576] JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Traducción de Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, p. 06.

[577] MAZUELOS COELLO, Julio. "El bien jurídico penal", en: el mismo. *Control Social y Dogmática Penal*, San Marcos, Lima, 1995, p. 53.

[578] ESER indica que, salvo su mayor incidencia en el plano de lo jurídico, la posición de FEUERBACH resulta similar a la de KANT; en: ESER, Albin. "Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima", en: *RPCP*, N° 6, Lima, 1998, pp. 596-598; también en: ÍDEM. *Temas de Derecho penal y Procesal Penal*, Idemsa, Lima, 1998, pp. 181 y ss. Igualmente: URQUIZO OLAECHEA, José. "El bien jurídico", en: *RPCP*, N° 6, Lima, 1999, p. 814; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Ediciones Jurídicas, Lima, 1998, pp. 265 y ss.; BERAÚN SÁNCHEZ, David. "El bien jurídico en el Derecho penal", en: *RPCP*, Nº 9, Lima, 2000, p. 645.

El acierto fundamental de BIRNBAUM es, como bien dice MAZUELOS: "considerar a los bienes como poseedores de valor en sí mismos y no por su relación con un sujeto, superándose de este modo las limitaciones del derecho subjetivo"[579].

Sin embargo, quien impone su contenido primigenio es BINDING[580], pese a que lo fundamental de su formulación fuese tan solo "la resolución del legislador de otorgar protección jurídica a un bien"[581], es decir, orienta su posición hacia el aspecto formal con lo cual la trascendencia de la teoría del bien jurídico es asumida por la teoría de la norma, así "el bien jurídico resulta creado por el Derecho, establecido dentro del contenido de la norma jurídica" [582], en este orden de ideas, el bien jurídico será, según lo expone BINDING "todo lo que a los ojos

---

[579] MAZUELOS COELLO, Julio. Op. Cit., p.54.

[580] En este sentido, resulta clarificador lo expuesto por Albin ESER en el sentido que puede considerarse a BINDING como el verdadero creador del concepto de "bien jurídico", pues fue justamente este autor quien en su "*Die Normen und ihre Ubertretung*" ("*Las normas y su contravención*") subrayó la aportación de BIRNBAUM. A esto ESER añade: "*la repercusión real de Birnbaum, al no ser prácticamente percibido por sus coetáneos, probablemente fue menor de la que en muchas ocasiones se supone, y el término "bien jurídico" es debido a una aportación posterior de Binding*"; véase: ESER, Albin. "Sobre la exaltación....", pp. 596-598. En forma similar, VALLE MUÑIZ destaca a BINDING, junto con VON LISZT, como uno de los responsables de que el bien jurídico tomase "carta de naturaleza"; así en: VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, segunda reimpresión de la primera edición, Bosch, Barcelona, 1992, p. 68. Destaca implícitamente el importante aporte de BINDING en el desarrollo de la teoría del bien jurídico: CARAMUTI, Carlos Santiago. "Dogmática y política criminal de la víctima en relación a la titularidad y ejercicio de la acción penal", en: *Ciencias Penales Contemporáneas*. Revista de Derecho penal, procesal penal y criminología, N° 1, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, p. 61.

[581] STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal. Parte General*, traducción de Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982, p. 3.

[582] MAZUELOS COELLO, Julio. Op. Cit., passim. En forma idéntica: VALLE MUÑIZ, José Manuel. Op. Cit., p. 68.

del legislador tiene, como condición de la vida sana de la comunidad jurídica, valor para la misma"[583].

Luego VON LISZT y los defensores de la teoría neokantiana, entre ellos MAYER y HONIG, establecen criterios prejurídicos al concepto en mención y otorgan a su formulación un contenido material más acertado[584]. BUSTOS RAMÍREZ explica que recién con Frank VON LISZT se logra centrar el problema en el justo ámbito, pues traslada el contenido del concepto del plano positivista al plano fáctico naturalístico[585]: "Todos los bienes jurídicos –dice VON LISZT– son intereses vitales, interés del individuo o de la comunidad. No es el ordenamiento jurídico lo que genera el interés, sino la vida; pero la protección jurídica eleva el interés vital a bien jurídico"[586].

Los intereses vitales a los que se refiere VON LISZT deben ser indispensables para la convivencia comunitaria, luego de lo cual y como consecuencia de ello serán protegidos normativamente bajo juicios de valor positivo; en síntesis podemos afirmar, en palabras de NOVOA MONREAL, que "el ordenamiento jurídico (…) capta y recoge ese interés (…) reconociéndolo como bien jurídico le asigna su protección"[587].

Durante la vigencia del ideal nacional socialista en Alemania, desaparece el concepto de bien jurídico, los defensores de la llamada Escuela de Kiel, Georg DAHM y Friedrich SCHAFFSTEIN principalmente, renunciaron al empleo del bien jurídico como límite y garantía a favor del ciudadano, lo que resultaba inadmisible en un sistema con las ca-

---

[583] Citado por: URQUIZO OLAECHEA, José. Op. Cit., p. 816.

[584] STRATENWERTH, Günther. Op. Cit., pp. 03 y ss.

[585] VALLE MUÑIZ, José Manuel. Op. Cit., p. 69.

[586] Citando a Von LISZT: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. & VALENZUELA BEJAS, Manuel. *Derecho penal Latinoamericano comparado. Parte General*, Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1981, pp. 130-131.

[587] NOVOA MONREAL, Eduardo. *Causalismo y finalismo en Derecho penal*, segunda edición, Temis, Bogotá, 1982, p. 96.

racterísticas del nazi, el delito resultaba ser la infracción de un deber, el mismo que solo resultaba exigible a quienes tuviesen vínculos sanguíneos con el pueblo alemán, sobre cuyo sentimiento y voluntad se elaboró dicho sistema del Derecho penal[588], de allí que se defendiera al pueblo alemán de la posible contaminación de su sangre y raza por parte de pueblos de linaje por ellos considerada inferior[589].

Posteriormente, el finalismo se introduce en el debate, WELZEL entiende al bien jurídico como "todo estado social deseable que el Derecho quiere resguardar de lesiones. La suma de los bienes jurídicos no constituye un montón atomizado, sino el orden y, por eso la significación de un bien jurídico no ha de apreciarse aisladamente en relación a él mismo, sino solo en conexión con todo el orden social"[590], de esta manera aparecen claros elementos sociológicos en la postura del citado autor alemán.

El moderno discurso jurídico-penal se ha ocupado también del problema analizado, sin embargo, para una mejor sistematización del presente ensayo nos ocuparemos del estado actual de la cuestión cuando tratemos las teorías que sobre el contenido del concepto "bien jurídico-penal" han surgido, dejando en claro que así se le denomine de diversas maneras: estado social, unidad funcional, condiciones valiosas, síntesis normativa, etc., el contenido del término es, en esencia, el vertido por Von LISZT; su noción de "interés vital" ha sido recogida y profundizada por la doctrina jurídico-penal.

Los bienes jurídicos, como hemos advertido, tienen su génesis en la vida social, siendo función del Derecho reconocerlos como ta-

---

[588] URQUIZO OLAECHEA, José. Op. Cit., pp. 817-819.

[589] Detalladamente en: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit., p. 340; también: CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal del Ambiente. Delitos y Técnicas de Tipificación*, Gráfica Horizonte, Lima, 1999, p. 11; BERAÚN SÁNCHEZ, David. Op. Cit., pp. 652-653.

[590] Citado por: BUSTOS RAMÍREZ, Juan & VALENZUELA BEJAS, Manuel. Op. Cit., p. 132.

les, modificando su condición de "interés vital" para convertirlo en "bien jurídico", pues aunque su contenido es determinado por el ordenamiento jurídico, este se proyecta hacia la colectividad, posee así, conforme indica JESCHECK: "un sentido social propio, previo a la norma"[591].

Por otra parte, antes de analizar las teorías existentes sobre el bien jurídico penalmente relevante, debemos dejar claro que los juicios de valor contenidos en la norma penal no deben referirse tan solo a la protección de intereses vitales a los que ha elevado a la categoría de bien jurídico, sino que ha de atender también "a la cualidad de las acciones humanas que vulneran la pretensión de respeto que se deduce del bien jurídico"[592], pues jurídicamente es diferente un acto producto de la casualidad (por ejemplo: desastres naturales), que la comisión de un acto doloso u omisión culpable por cuanto, como dice JESCHECK: "el Derecho penal realiza la protección de los bienes jurídicos en tanto procura que la voluntad de los ciudadanos se acomode a las exigencias del ordenamiento jurídico. El delito aparece así como lesión simultánea del bien jurídico y del deber"[593], adquiriendo la infracción de la norma penal una doble connotación objetivo-subjetiva.

---

[591] JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal- Parte general*, trad. Santiago Mir Puig & Francisco Muñoz Conde, Casa Editorial Bosch, Barcelona, p. 351. Con certeza agrega: "según esto, el bien jurídico ha de entenderse como valor ideal del orden social jurídicamente protegido". En sentido similar STRATENWERTH, siguiendo a HASSEMER, añade: "el contenido y los límites de los bienes jurídicos caracterizados por el Derecho Penal no surgen exclusivamente de la ley, sino de la aplicación de los mismos a la realidad social", en: STRATENWERTH, Günther. Op. Cit, p. 03; así también: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Bases críticas de un nuevo Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1982, p. 16.

[592] JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Traducción de Manzanares Samaniego, p. 06.

[593] *Ibid*., p. 07.

III. TEORÍAS SOBRE EL CONTENIDO MATERIAL DEL BIEN JURÍDICO-PENAL

En la discusión por establecer criterios materiales para la determinación de los bienes jurídicos a tutelar, aparecen distintas posiciones que desde distinta óptica pretenden alcanzar dicho objetivo, esto es, la delimitación concreta de dicha categoría jurídico-penal.

En dicha disputa, como hemos advertido, aparecen dos grandes sectores doctrinarios, el primero de ellos adopta una posición constitucional, en tanto que el otro adopta criterios sociológicos para determinar el contenido material del concepto en debate; seguidamente, precisaremos algunos de los alcances de sus propuestas para luego establecer una postura personal al respecto.

1. Teorías constitucionales del bien jurídico

El sector doctrinal que se acoge a esta postura basa sus ideas en la comparación jerárquica de normas, pues la Constitución, como norma fundamental, posee capacidad suficiente para imponer los intereses que el ordenamiento penal debe acoger. Dentro de estas teorías existen a su vez dos orientaciones, una de contenido restringido y otra de amplio espectro, ambas serán analizadas a continuación.

1.1. Teorías constitucionales estrictas

Estas posiciones consideran como intereses jurídicos penalmente relevantes solo aquellos expresamente contenidos en clave constitucional con lo que la Constitución Política se convierte también en programa penal; así, el proceso de criminalización primaria (elaboración de la ley penal) alcanzará sus orígenes en la decisión del constituyente.

En este sentido, resultan paradigmáticas las expresiones de BOTTKE quien sostiene: "La cuestión de qué quebrantamiento de normas (qué lesiones de qué bienes jurídicos) y bajo qué condiciones son materia criminal, se puede contestar, en principio, tan solo atendiendo a la Constitución que tiene la sociedad de una nación (...). Como principio penal constitucional de la legislación penal propia de un Estado de

Derecho se podría afirmar: materia criminal y por ello criminalizable puede ser únicamente la lesión de bienes jurídicos. Los bienes jurídicos son prerrogativas reconocibles o concedidas jurídicamente por la Constitución penal para la administración de realidades dadas".[594]

Sin embargo, a estas posturas cabe objetar que aunque hoy en día el catálogo de intereses constitucionalmente reconocidos, en la mayoría de países, resulta bastante extenso, la compresión expresa de la totalidad de ellos en la carta fundamental resulta irrealizable, sobre todo si se tiene en cuenta que el cambio, elemento inmanente a todo grupo social, causa alteración continua en la valoración de los intereses socialmente relevantes[595], así los fenómenos de nueva incriminación[596], consecuencia de la normal y obligada evolución social, realizados, como dice ÁLVAREZ GARCÍA: "extramuros (…) de la ley fundamental llevaría consigo la calificación de inconstitucional"[597].

De adoptar una posición tal, parte de nuestro ordenamiento penal resultaría inconstitucional al no hallarse el interés penalmente tutelado dentro del expreso radio de protección de la norma constitucional, por

---

[594] BOTTKE, Wilfried. "Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania", traducción de Soledad Arroyo y Teresa Aguado, en: *Revista Penal*, N° 2, Praxis, Barcelona, 1998, p. 09.

[595] Como advierte MAZUELOS: "la remisión del bien jurídico a bienes constitucionalmente reconocidos limita satisfacer las nuevas exigencias de protección que puedan surgir de la continua evolución de la vida social"; en: MAZUELOS COELLO, Julio. Op. Cit., p. 61.

[596] Como consecuencia del cambio social se produce en Derecho Penal un fenómeno dual de nueva incriminación y descriminalización, las nuevas conductas típicas reemplazan a los comportamientos descriminalizados, en tanto estos, por variación temporal de las necesidades político-criminales, se convirtieron en no dignos de protección penal. Al detalle véase: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte General*, traducción de Manzanares Samaniego, p. 06.

[597] Citado por: CARO CORIA, Dino Carlos. "Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo al funcionalismo sistémico de Jakobs", en: *Themis*, N° 35, Lima, 1997, p. 158.

ejemplo: el Artículo 289° del Código penal peruano[598] que reprime la propagación de enfermedad peligrosa o contagiosa para la salud de la persona, al no existir –en sede constitucional– derecho que proteja expresamente la inmunidad de las personas.

Los defensores del constitucionalismo estricto pretenden salvar el escollo mediante la inclusión de intereses "integrables" u "homologables" a los valores reconocidos constitucionalmente, lo que constituye una clara contradicción a sus postulados a la vez que una puerta abierta a la incertidumbre y la arbitrariedad, en la medida que la analogía lleva siempre a situaciones insospechadas.

Los principales defensores de esta posición son Franco BRICOLA[599], Juan José GONZÁLEZ RUS[600] y Nicolás GARCÍA RIVAS[601].

1.2. Teorías constitucionales amplias

El sector doctrinal que propugna estas teorías diverge en dos sentidos que si bien adoptan como origen el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho[602], poseen características que las hacen claramente diferenciables entre sí.

---

[598] Art. 289° C.P.: "El que, a sabiendas, propaga una enfermedad peligrosa o contagiosa para la salud de las personas será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de diez años".

[599] Véase sus trabajos: "Teoría Generale del Reato", en: *Separata del Novísimo Digesto italiano*, Torino, 1973; también: "La Teoría del Bene Guiridico fra Codice e Constituzione", en: *La Questione Criminal*.

[600] Principalmente: *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría)*, Fundación Juan March, Madrid, 1983.

[601] Véase su obra: *El poder punitivo en el Estado democrático*, Ediciones de la Universidad Castilla - La Mancha, Cuenca, 1996.

[602] A partir de la proclamación de la Constitución Política española de 1978, aún vigente, el debate jurídico-penal hispano realizó sus discusiones siguiendo las directivas del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho adoptado desde entonces, lo que adquiere singular importancia si tenemos en cuenta que la dogmática penal española es la que mayor

Según la primera postura, la vinculación que debe mediar entre norma penal y una norma constitucional "se limita a las características básicas del Estado"[603], en este caso –como hemos advertido– Social y Democrático de Derecho; atendiendo a ello la carta magna debe servir de referencia obligada al legislador penal en la configuración de bienes jurídicos, lo que a nuestro entender no aporta nada novedoso, la norma penal debe ser elaborada imperativamente en atención a la concepción que sobre el Estado adopte el cuerpo social en su ordenamiento constitucional, hacerlo de distinta manera implicaría no solo una contradicción con el ordenamiento jurídico en pleno, sino que convertiría en inconstitucional la norma penal que no siga dichos criterios, el ordenamiento penal debe ser elaborado luego de un examen ex ante de la Constitución, el respeto a la concepción de Estado que adopta una sociedad en el plano constitucional se torna inmanente para el orden jurídico-penal[604].

El segundo planteamiento advierte que el modelo social reflejado en clave constitucional no es, como dice HÄBERLE, "un espejo de nuestra sociedad sino el faro al que esta tiende"[605], así el Derecho Penal adquiere un carácter promocional para el cumplimiento de las metas constitucionalmente señaladas, añadiéndose además criterios socioló-

---

desarrollo ha alcanzado en el mundo de habla hispana y, por lo tanto, la que mayor influencia ha ejercido sobre el Derecho penal latinoamericano.

[603] MAZUELOS COELLO, Julio. Op. Cit., p. 58.

[604] En similar línea de ideas, RUIZ RODRÍGUEZ precisa que la carta fundamental: "al dar forma jurídica al Estado social y democrático de Derecho, reconoce determinados valores que necesariamente derivan de ese modelo de Estado", sin que ello signifique aceptar las posturas constitucionales; véase: RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón. *Protección penal del mercado de valores (Infidelidades en la gestión de patrimonios)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz- Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 314.

[605] Citado por: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Honor y libertad de expresión. Las causas de justificación en los delitos contra el honor*, nota 7, Tecnos, Madrid, 1987, p. 16.

gicos y valorativos al proceso de selección de bienes jurídicos a proteger; sin embargo, los postulados constitucionales amplios, esgrimidos principalmente por el profesor BERDUGO[606], pese a tener la virtud de vincular el bien jurídico penalmente tutelado a las metas constitucionalmente señaladas, permite –como advierte Ferré Olivé– estimular "un conformismo masivo ante los problemas sociales"[607] en tanto avala los problemas del sistema social hasta el advenimiento, mediante el derecho, del sistema social futuro constitucionalmente planteado[608].

La prevalencia de los postulados constitucionales en la doctrina penal española e italiana se debe en gran medida a la influencia ejercida por el Tribunal Constitucional de dichos países sobre el Derecho Penal[609] que suelen precisar y esclarecer los límites de los preceptos constitucionales con incidencia en sede penal[610], e incluso recurriendo a las premisas del Estado democrático de Derecho, admiten algunos otros principios[611].

---

[606] Véase básicamente: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Op. Cit., passim; ÍDEM. *Temas de Derecho penal*, Cultural Cuzco Ediciones, Lima, 1993.

[607] FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *El delito contable. Análisis del art. 35º bis del Código penal*, Barcelona, 1988, p. 37.

[608] CARO CORIA relativiza las objeciones de FERRÉ OLIVÉ entendiendo que el Derecho penal posee un rol secundario y desacreditado en la función promocional del nuevo orden social; así en: CARO CORIA, Dino Carlos. "Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo al funcionalismo sistémico de Jakobs", p. 161.

[609] Véase: GARCÍA RIVAS, Nicolás. Op. Cit., p. 44.

[610] Por ejemplo: el principio de resocialización (Art. 25.2 de la Constitución española, Art. 139.22 de la Constitución peruana de 1993 y Art. 234° de la carta política de 1979), de legalidad (Art. 25.1 de la Constitución española, Art. 2.24 "d" de la Constitución Política de 1993 y Art. 2.20 "d" de la carta política de 1979).

[611] Por ejemplo, los principios de culpabilidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, etc. Al respecto consultar: TIEDEMANN, Klaus. "La Constitucionalización en la materia penal en Alemania", en: *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 1994, pp. 50 y ss.

2. Teorías Sociológicas

Sector doctrinal cuya base intenta proporcionar contenido material al bien jurídico mediante el empleo de evidentes criterios sociológicos, dentro de esta postura se destacan dos vertientes: una monista individualista y otra relacionada al perjuicio social.

2.1 Teorías Monistas Individualistas

Según sus postulados, el bien jurídico es en esencia "un interés individual indispensable", con lo que evidentemente los bienes jurídicos individuales trascienden a primer plano, sin que ello signifique rechazar los bienes jurídicos colectivos, los intereses que estos protegen –según los defensores de estas teorías– se mediatizan en función al interés individual afectado, por lo que –como SCHÜNEMANN advierte– "estos bienes deberían acomodarse a la función de protección de los individuos y ser delimitados con base en esa función"[612].

La teoría personal del bien jurídico, arduamente defendida por los seguidores de la Escuela de Frankfurt, pretende así evitar la desmesurada ampliación de la intervención penal, y toma como base el "interés humano necesitado de protección jurídico-penal"[613], aceptando adicionalmente aquellos intereses colectivos que de manera cercana protejan valores individuales, de allí el rechazo de sus defensores a la categoría de los delitos de peligro abstracto, apoyados en la concepción de "sociedad de riesgos" expuesta por HASSEMER, según la cual, la principal peculiaridad de la sociedad moderna es la existencia de variadas conexiones causales, lo que hace extremadamente complicado establecer relaciones de causalidad como sucediera en los conocidos casos del Contergan,

---

[612] En dura crítica contra la Teoría Personal defendida por Hassemer, véase: SCHÜNEMANN, Bernd. "Situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana", en: *RPCP*, Nº 5, Lima, 1997, p. 243.

[613] HASSEMER, Winfried & MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 112.

Lederspray y Holzschutzmittel en Alemania y del aceite de Colza en España[614].

Así, ante la imposibilidad de imputar la puesta en peligro de bienes jurídicos colectivos, protegidos mediante la técnica de los delitos de peligro abstracto, el Derecho penal queda reducido a una "función simbólica"[615] a la vez que limita las garantías propias del Derecho punitivo del Estado social y democrático, esencialmente aquellas relativas al derecho de defensa[616] pues las características del moderno Derecho penal[617] impiden la plena utilización de los criterios de imputación individual[618].

---

[614] Véase detalladamente en: HASSEMER, Winfried & MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, trad. Francisco Muñoz Conde & María del Mar Díaz Pita, Temis, Bogotá, 1999, pp. 15 y ss.; también: CARO CORIA, Dino Carlos. "Bienes jurídicos colectivos en la "sociedad de riesgo" y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación del resultado lesivo", en: *Libro de Ponencias del II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, pp. 49 y ss.

[615] HASSEMER, Winfried & MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto,* p. 32.

[616] Como HASSEMER advierte: "el moderno Derecho penal pretende ser lo suficientemente flexible y omnicomprensivo como para responder adecuadamente a las continuamente cambiantes perturbaciones"; añade luego, "otro de los costos que hay que imputar a la cuenta del moderno Derecho penal es la cada vez mayor perversión de los principios clásicos del Derecho procesal penal", véase en: *Ibid*., pp. 35-36.

[617] Según HASSEMER, el Derecho penal clásico utilizaba como pilares de sus construcciones las ideas de certeza y subsidiariedad, ideales de los cuales el moderno Derecho penal se ha alejado, en primer lugar, por la desmesurada extensión de la categoría de los delitos de peligro abstracto que amplían el ámbito de aplicación del sistema penal, de tal manera que se invierte el principio de última *ratio* del Derecho penal, en: *Ibid*., pp. 18 y 21.

[618] En los citados casos del *Lederspray, Holzschtzmittel* y *Contergan*, no se pudo establecer específicamente cual de los componentes químicos de tales

La pretensión de HASSEMER ha sido acertadamente desacreditada por SCHÜNEMANN, para quien si bien las ideas de HASSEMER tienen el acierto de partir de la idea del contrato social, empero, han olvidado dos aspectos vitales para el debate: 1) resulta claro que la participación en el contrato social no debe quedar reducida a los individuos que vivan en un determinado momento histórico[619], pues ello llevaría a afirmar que con cada muerte y nacimiento se concluye y se inicia un nuevo contrato social, asimismo, podría legitimar el genocidio o la esclavitud de una población que viva fuera del territorio de una nación o de las generaciones futuras[620]. La idea de partir del concepto del contrato social solo resultará coherente en la medida que se incluya dentro del contrato a toda la humanidad, incluyendo las futuras generaciones, de forma tal que el valor supremo universal, sea la supervivencia de la especie de esto se deduce el derecho de todas las generaciones a una parte relativamente igual de los recursos naturales; 2) La segunda falencia de la postura defendida por HASSEMER es no tener en cuenta "las dimensiones de las distintas potencialidades de lesión de una determinada sociedad en función de su estadio de desarrollo tecnológico"[621], así es que antes de la revolución industrial las reservas ecológicas del planeta eran tales que se concedió el primer plano de tutela a los bienes jurídicos de los integrantes de la sociedad en ese momento histórico; sin embargo, el consumo ilimitado de recursos ocurrido durante el siglo

---

productos causó los daños nocivos a la salud de las personas; sin embargo, los tribunales alemanes haciendo uso de un concepto de "causalidad general", según el cual lo importante de dicha determinación no es establecer el específico elemento causal, sino precisar que no ha sido otro producto sino el cuestionado el causante de los resultados lesivos (principalmente en los dos últimos casos), lo predominante en estos casos no es la certeza objetiva de la relación causal sino la subjetiva verificada por el juez de la causa, en: *Ibid*., pp. 129 y ss.

[619] SCHÜNEMANN, Bernd. "Situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana", p. 244.

[620] *Ibid.*

[621] *Ibid.,* p. 245.

pasado ha llevado a no tener dudas sobre la prevalencia de los bienes jurídicos supraindividuales. Todo esto ha llevado a SCHÜNEMANN a afirmar: "la teoría personal del bien jurídico ha caído en la trampa de esta sociedad postmoderna, ha tomado sus mundos ficticios y sus técnicas de encubrimiento por su núcleo esencial y ha elevado a la categoría de objeto de protección de mayor rango del Derecho penal el despilfarro de los recursos de generaciones venideras por parte del hedonismo sin sentido de un pseudoindividualismo fabricado industrialmente"[622].

Siguiendo similar orientación a la adoptada por HASSEMER, aunque con mayor énfasis en el aspecto social, aparece la posición adoptada por MUÑOZ CONDE para quien "los bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social"[623], en este caso, el ente social y las interelaciones que en su interior surgen, son los elementos destinados a la obtención del bienestar individual; sin embargo, el aspecto social sigue teniendo, para MUÑOZ CONDE, un rol secundario en la configuración material del bien jurídico-penal[624].

---

[622] *Ibid.,* p. 248.

[623] MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 54.

[624] En similar línea de argumentación: DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. "Norma primaria y bien jurídico: Su incidencia en la configuración del injusto", en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° VI, UNED, Madrid, 1996, pp. 179-180; IDEM. "Algunas consideraciones acerca de la necesidad de protección del medio ambiente como bien jurídico", en: *Anales de la Universidad de Cádiz*, IX, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1996, p. 273; en donde la profesora de Cádiz, sin desdeñar la importancia de las aportaciones hechas por las teorías sociológicas, indica que para determinar el contenido del bien jurídico ha de partirse de una concepción personalista del mismo, por lo que llega a la conclusión que en nuestro sistema democrático el bien jurídico puede ser descrito por la teorías sociológicas, pero su fundamento teleológico viene mejor delimitado por la teorías personalistas.

A esto ha señalado BUSTOS RAMÍREZ: "al considerar el bien jurídico en la realidad social, (....) nos lleva a señalar (....) que los bienes jurídicos siempre son eminentemente personales, pues están ligados a las condiciones de la existencia del sistema, es decir, a la persona como tal (vida, salud personal, libertad, honor, patrimonio), o bien al funcionamiento del sistema (bienes jurídicos colectivos, institucionales o de control), a fin de permitir el mantenimiento y desarrollo de las condiciones de existencia del sistema, esto es, de la persona"[625].

Lo expuesto por BUSTOS grafica, a nuestro entender acertadamente, el fundamento para la existencia de los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, sumamente cuestionados por HASSEMER y sus seguidores, a la par que desbarata sus pretensiones individualistas.

2.2 Teorías Relativas al Perjuicio Social

Según quienes defienden sus postulados, los intereses elevables a la categoría de bienes jurídico-penales son aquellos cuya lesión o puesta en peligro produzca un daño social considerable. Dentro de este sector doctrinal es posible apreciar dos posiciones bien definidas: el funcionalismo sistémico y el interaccionismo.

A. Funcionalismo Sistémico

Günther JAKOBS, principal exponente de este criterio dogmático, basa sus postulados en la disfuncionalidad del comportamiento en relación con el sistema social imperante[626]; según ello, el bien jurídico tu-

---

[625] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, PPU, Barcelona, 1994, p. 113.

[626] Cuya base, a decir de CARO CORIA, se sustenta en el funcionalismo de la teoría de los sistemas de Talcott PARSONS y en la idea de Niklas LUHMANN del Derecho como instrumento de la estabilización social; véase en: CARO CORIA, Carlos. "Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo al funcionalismo sistémico de Jakobs", nota 55, p. 143.

telado penalmente será "la validez fáctica de las normas"[627] añadiendo como filtro del mismo el concepto de la "dañosidad social" de la conducta, a fin de configurar el contenido material del concepto y evitar a la vez su estancamiento en la teoría de las normas.

Sin embargo, el intento de JAKOBS carece de éxito en tanto advierte que "el lugar de determinación de los efectos socialmente dañosos del delito no reside ya en los procesos de interacción perturbados por el hecho como suceso externo (…) sino solo en la validez de la norma"[628], con lo que encierra su dogma en un círculo vicioso, el funcionalismo –como afirma PORTILLA– no se apoya en el concepto de daño social sino, en el de infidelidad al ordenamiento[629].

Esto se aprecia claramente cuando JAKOBS señala: "Lo que constituye una lesión de un bien jurídico penal no es la causación de una muerte (esta es simplemente lesión de un bien), sino la oposición a la norma subyacente en el homicidio evitable (....). La norma obliga a elegir la organización a la que no siguen daños, pero el autor se organiza de modo que causa daño imputablemente: su proyecto de conformación del mundo se opone al de la norma"[630].

Las críticas formuladas al pensamiento jakobsiano se han dirigido principalmente a su presunto carácter no valorativo; así es que, por ejemplo, SCHÜNEMANN apunta: "la aportación del pensamiento penal de JAKOBS consiste en cierto modo en la apertura de todas las compuertas a las meras decisiones que tácitamente se toman por él como presupues-

---

[627] JAKOBS, Günther. *Derecho penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 58.

[628] *Ibid*., nota 40, p. 56.

[629] PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. "Principio de mínima intervención y bienes jurídicos colectivos", en: *CPC*, Nº 39,1989, pp. 723 y ss.

[630] JAKOBS, Günther. Op. Cit., p. 46.

to, y, con ello, en última instancia, en transigir"[631], con lo que según este autor adquieren vigencia las reservas formuladas por BARATTA sobre "el oscuro fin político" oculto en la concepción de JAKOBS[632].

En línea crítica aparece también BERDUGO, quien desde una perspectiva constitucional, recusa también los postulados de JAKOBS en vista que restringen la función promocional del Derecho penal en relación con el orden social futuro constitucionalmente señalado[633].

Para algunos de los seguidores de JAKOBS, las críticas que a su posición se formulan no se hallan suficientemente consolidadas y, en todo caso, se basan en el estudio superfluo de su pensamiento, pues, por ejemplo, ante el cuestionamiento dirigido a la posibilidad de que las normas cuya validez pretende defender emanen de un gobierno de facto, resulta el hecho, expuesto por el propio JAKOBS, que su sistema ha sido elaborado según el sistema político vigente en la República Alemana, es decir, las pretensiones del Profesor de Bonn nunca han sido las de elaborar un modelo universal, con lo que las críticas resultarían desvirtuadas[634].

---

[631] SCHÜNEMANN, Bernd. "Situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana", p. 266.

[632] BARATTA, Alessandro. "Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", traducción de García Mendez y Sandoval Huertas, en: *CPC*, Nº 24, Edersa, Madrid, pp. 544-551.

[633] Véase principalmente en *Honor y libertad de expresión*, p. 08. En línea crítica también: CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal del ambiente*, pp. 17 y ss.; SANCINETTI, Marcelo. *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, Temis, Bogotá, 1995, pp. 20 y ss.

[634] PEÑARANDA RAMOS, Enrique/ SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos / CANCIO MELIÁ, Manuel. *Un nuevo sistema del Derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Grijley, Lima, 1998.

B. Teorías Interaccionistas

Planteamiento originalmente expuesto por CALLIES[635], entiende al complejo social como un variado sistema de interacciones sociales en el cual el delito, como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, afecta la referida estructura social de interacción[636].

Sin duda, desde esa óptica, el postulado interaccionista poseía una peligrosa ambigüedad por lo que resultaba necesaria la adición de criterios que determinen, de manera clara, el contenido material del bien jurídico-penal. Así MIR PUIG acoge los conceptos de "importancia social" y "necesidad de protección por el Derecho penal"[637] como justificantes de la intervención punitiva en resguardo del interés social[638].

Por su parte, BUSTOS al definir el bien jurídico como "fórmula normativa sintética concreta de una relación social dinámica determinada"[639] subraya el carácter activo inmanente al desarrollo del grupo social en donde el bien jurídico, síntesis derivada de un proceso histórico-dialéctico determinado, será tan solo una tesis en un futuro proceso histórico de cuya dialéctica surgirá una nueva síntesis normativa[640], es decir, un nuevo bien jurídico que resguardar.

---

[635] Véase: CALLIES, R.P. *Theorie der Strafe im Demokratischen und Sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt, 1974.

[636] MAZUELOS COELLO, Julio. Op. Cit., p. 67.

[637] MIR PUIG, Santiago. "Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho", en: El mismo (Edit.). *Política criminal y reforma del Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1982, pp. 62-117. También en su obra *Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.

[638] Al respecto: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. "Antinomias penales y medición de la pena". También: RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Directrices político-criminales del anteproyecto de Código penal"; ambos en: MIR PUIG, Santiago (Edit.). Op. Cit., pp. 192 y 331, respectivamente; BERAÚN SÁNCHEZ, David. Op. Cit., p. 657.

[639] BUSTOS RAMÍREZ, Juan & VALENZUELA BEJAS, Manuel. Op. Cit., pp. 130-131.

[640] MAZUELOS COELLO, Julio. Op. Cit., p. 71.

IV. EL BIEN JURÍDICO PENAL EN EL DELITO ECONÓMICO

La identificación del bien jurídico-penal tutelado en el delito económico es un problema que no ha encontrado una solución mayoritaria en la doctrina penal[641].

Un sector de la doctrina, entre los que se ubican TIEDEMANN y, en nuestro país, PEÑA CABRERA, es de la opinión que el bien jurídico tutelado en el Derecho penal económico es el "orden socio-económico". Empero, estimamos, coincidiendo con ABANTO VÁSQUEZ, que dicha concepción ubica el bien jurídico en un nivel de abstracción que resulta intolerable[642].

Es por esta razón, señala ABANTO VÁSQUEZ, que la doctrina penal contemporánea realiza el proceso de identificación del bien jurídico penalmente tutelado a partir del análisis en concreto de cada figura delictiva[643].

Esta forma de abordar el problema garantiza que la respuesta dogmática a tal cuestión sea capaz de superar los inconvenientes que surgen a partir de la variada gama de comportamientos que es posible de introducir en el ámbito del Derecho penal económico en sentido lato (delitos contra el sistema económico, delitos contra el medio ambiente, delitos fiscales, delitos informáticos, atentados contra el mercado de valores, etc.).

En lo que no existen mayores discrepancias en el discurso jurídico-penal moderno es en el carácter supraindividual que poseen los intereses vitales protegidos en el ámbito del Derecho penal económico.

---

[641] LAMAS PUCCIO, Luis. *Derecho penal económico aplicado al Código penal*, Lima, p. 115.

[642] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, Idemsa, Lima, 1997, p. 72.

[643] *Ibid*., p. 73.

V. LA LEGITIMIDAD DE LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS

El radio de acción de todo precepto jurídico penal puede estar referido al resguardo de intereses de contenido individual o colectivo; estamos frente a lo que el discurso dogmático moderno denomina bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos, respectivamente.

En la doctrina penal más reciente se ha discutido vivamente sobre la legalidad de estos bienes jurídicos, toda vez que, como ya hemos indicado, para algún sector de la doctrina vinculado a la Escuela de Frankfurt, estos intereses constituyen una clara muestra del carácter expansionista del Derecho penal, lo que violenta la idea del Derecho penal como última ratio, hecho que se ha convertido en una constante para el "moderno Derecho penal"[644].

A continuación nos referiremos brevemente a los bienes jurídicos individuales y los bienes jurídicos colectivos, para luego sentar algunas conclusiones provisionales.

1. Bienes jurídicos individuales o personales

Aquellos bienes jurídicos cuya lesión o puesta en peligro afecta de manera directa a la persona, entendida como individualidad, son los denominados bienes jurídicos individuales, por ejemplo: la vida, la libertad, el honor, etc.

---

[644] Expresión utilizada por HASSEMER y con la cual pretende patentizar la actual crisis del Derecho penal, caracterizada por la flexibilización de sus garantías materiales y formales, como el profesor alemán anota, el Derecho penal ha dejado de ser "última ratio para convertirse en 'prima' o 'sola' ratio", transformándose en un "instrumento de la selección de los conflictos sociales que no se diferencia ni en su idoneidad ni en su peligrosidad de otros instrumentos de solución social. El Derecho penal –remarca HASSEMER–, a pesar de la contundencia de sus instrumentos, en un *soft law*"; al respecto véase: HASSEMER, Winfried & MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto,* p. 26; igualmente: HASSEMER, Winfried. "Crisis y características del moderno Derecho penal", en: *ADPCP*, 1993, p. 636.

Para quienes defienden una concepción personalista del bien jurídico, principalmente HASSEMER Y MUÑOZ CONDE, los bienes jurídicos individuales poseen mayor entidad que los intereses colectivos; estos últimos serán legítimos solo mientras sirvan al desarrollo personal del ser humano[645]. Agregan estos autores que en la mayoría de casos se trata de bienes jurídicos cuya afectación no deja víctimas o al menos estas quedan difuminadas, el Derecho penal adquiere según ellos un papel simbólico. Pese a estas objeciones, ambos –HASSEMER Y MUÑOZ CONDE– admiten la necesidad de proteger tales bienes jurídicos funcionalizados desde una perspectiva individual[646].

En esta línea de argumentación es posible, según quienes encuentran el fundamento teleológico más adecuado del bien jurídico en la línea personalista, adelantar la barrera de protección de estos a través de los bienes jurídicos colectivos a estadios previos a la lesión de bienes jurídicos de orden individual[647].

2. Bienes jurídicos colectivos

Por otra parte, existen intereses de contenido comunitario, cuyo ataque afecta "más a la comunidad como tal, al sistema social que constituye la agrupación de varias personas individuales, y supone un cierto orden social estatal"[648], son los conocidos también como bienes jurídicos supraindividuales, colectivos, universales o comunitarios, entre los

---

[645] Véase: MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARAN, Mercedes. Op. Cit., p. 56; también: HASSEMER, Winfried & MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto*, p. 30.

[646] HASSEMER, Winfried & MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto*, pp. 42-43.

[647] DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. "Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto", p. 180.

[648] MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARAN, Mercedes. Op. Cit., p. 55.

que podemos mencionar: el medio ambiente, la administración pública, el orden socio-económico, entre otros[649].

Existen legislaciones que establecen esta diferencia en el ámbito sustantivo, marcando tal distinción en la parte especial de sus códigos penales, es así que la dividen generalmente en delitos contra los particulares y delitos contra la sociedad, según sean los afectados, bienes jurídicos individuales o supraindividuales, respectivamente.

VI. FÓRMULAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS: LOS LLAMADOS TIPOS DE PELIGRO

1. A manera de introducción: El derecho penal frente a la sociedad del riesgo

Para entender la dimensión real de la problemática, es necesario recordar, siguiendo a CARO CORIA, que la "*vis expansiva*" de los tipos de peligro surge en virtud a una serie de factores vinculados al concepto de "sociedad de riesgo"[650], caracterizado por la constante tensión entre la seguridad y el riesgo[651].

---

[649] Véase al respecto: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Los bienes jurídicos colectivos", en: el mismo. *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, pp. 187 y ss.; CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal del ambiente*, p. 298; ÍDEM. "bienes jurídicos colectivos y la sociedad de riesgo" y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo", pp. 49 y ss.; ÍDEM. "Sociedades de Riesgo" y bienes jurídicos colectivos", en: *Themis*, N° 37, Lima, 1999, p. 195; MAZUELOS COELLO, Julio. "Derecho penal económico y de la empresa: concepto, sistema y política criminal", en: El mismo (comp.). Op. Cit., pp. 34 y ss.; PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la Parte General,* p. 69.

[650] CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal del ambiente*, p. 401.

[651] Cuyas consecuencias han podido ser constatadas en sucesos como Chernóbil, los casos alemanes del *Contergán, Holtzschutzmittel, Lederspray* y del Aceite de Colza en España; al respecto: TIEDEMANN, Klaus. "Parte

Según este concepto, esbozado originariamente por el sociólogo alemán Ulrich BECK en su *Risikogesellschaft*, la moderna convivencia social acarrea la existencia de riesgos ineludibles para sus integrantes, consecuencia de sus propias actividades, entre ellas, por ejemplo, la elaboración, distribución y venta de productos o el tráfico motorizado[652]. Y esto debido a que el desarrollo tecnológico y el sistema de producción y consumo, como PAREDES CASTAÑÓN ha puesto de relieve: "cobran entidad propia y amenazan de forma masiva a los ciudadanos"[653].

Según ha puesto de manifiesto SILVA SÁNCHEZ, la sociedad postindustrial, además de caracterizarse como "sociedad de riesgos", tiene como nota identificadora su elevado nivel de inseguridad. En una *sociedad de riesgos* no es posible renunciar, desaparecer o neutralizar los nuevos riesgos[654].

No obstante admitirse la presencia de ciertas actividades de características riesgosas, resulta claro que ello no supone que estas no puedan ser sometidas a ciertas exigencias de conducta basadas en objetivos preventivos, con la pretensión de evitar justamente que dichas activida-

---

general del Derecho penal económico", en: *ADP*, Lima, 1993, pp. 17 y ss.; CARO CORIA, Dino Carlos. "Bienes jurídicos colectivos en la "sociedad de riesgo" y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo", p. 49; ÍDEM. "'Sociedades de riesgo' y bienes jurídicos colectivos", p. 195; RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. "Consideraciones generales acerca del desarrollo actual de la teoría del delito, a propósito del problema de la responsabilidad penal por el producto", en: *Debate Penal*, N° 14, Lima, 1997, p. 86.

[652] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, segunda edición, Civitas, Madrid, 2001, pp. 26-27; MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 24 y ss.

[653] PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. "Responsabilidad penal y "nuevos riesgos": El caso de los delitos contra el medio ambiente", en: *AP,* vol. 1, Madrid, p. 217.

[654] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. Cit., p. 28.

des riesgosas lleguen a producir la lesión de bienes jurídicos[655]. En ese contexto aparece el concepto de "riesgo permitido" como criterio límite entre lo lícito y lo ilícito[656] y que, según indica SILVA SÁNCHEZ: "expresa una ponderación de los costes y beneficios de la realización de una determinada conducta"[657].

Vemos así que los bienes jurídicos colectivos resultan cercanamente vinculados al concepto de peligro, dando lugar al surgimiento de un Derecho penal de "peligro", el cual supone la flexibilización de las garantías sustantivas y adjetivas que rodean la intervención punitiva estatal. Ello resulta más dramático en la medida que pese a dicha flexibilización de garantías, el Derecho penal de peligro no cumple con su función de protección de bienes jurídicos, apareciendo más como un instrumento de fines simbólicos[658].

Puede pensarse de forma ingenua que cabría hablar aquí también de delitos de lesión, de peligro abstracto y de delito concreto, pero no tardaríamos en darnos cuenta que esto realmente no funciona, no encaja: a través de una conducta determinada no puede afirmarse que un bien jurídico colectivo es lesionado o puesto en peligro de forma concreta.

Los contornos de los cuales están hechos los bienes jurídicos colectivo-institucionales son, en su mayoría, demasiados "gaseosos" e "intangibles", lo que ha llevado a sostener la *desmaterialización* del bien jurídico –o del concepto del mismo– que significa admitir ya la existencia de uno a partir de cualquier substrato social inmaterial al que se le atribuya un valor, y esto, precisamente, es lo que sucedería en el caso de los bienes jurídicos universales o colectivos, cuyos substratos, contra lo que había requerido hasta ahora el concepto material de bien jurídico,

---

[655] CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal del ambiente*, p. 403.

[656] CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal del ambiente*, p. 403; MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 135.

[657] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. Cit., p. 44.

[658] CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal del ambiente*, p. 405.

no estarían constituidos ya por ninguna realidad empírica material más o menos perceptible y susceptible de ser referida a intereses concretos de las personas[659]. El concepto de bien jurídico, por ello, tendría en el Derecho penal moderno un sentido más bien solo "nominal".

2. Sujeto pasivo de la acción y del delito

En la tipicidad objetiva, como bien es sabido, en el tema de los sujetos existe una dualidad o pareja de componentes diametralmente opuestos. Así, en un extremo, está el "sujeto activo", quien es el que realiza la conducta punible descrita en la norma penal; en cambio, en el otro extremo, está el "sujeto pasivo". El concepto de sujeto pasivo engloba una serie de protecciones a través de elementos personales y supraindividuales que pueden ser: la *persona humana o el hombre*, tanto en su forma intrauterina como el delito de aborto como durante su existencia en el caso del delito de homicidio; la *persona jurídica* expuesta a ser víctima en cuanto se refiere a su patrimonio en los delitos de fraude en administración de personas jurídicas, entre otras; el *Estado* protegido de los delitos contra la administración pública, contra los poderes del Estado y el orden constitucional, entre otros; y la *colectividad* en general como pueden ser los delitos contra la seguridad pública, los incendios y estragos, entre otros. Aunque, el Estado quedaría siempre como sujeto pasivo "mediato" o "genérico" –a través de los delitos pluriofensivos– al ser el encargado de proteger los intereses personales y nacionales.

Ahora, en las cuatro manifestaciones aludidas, lo "pasivo" puede encarnar supuestos de unificación, pero también de desdoblamiento normativo en el objeto jurídico; en el primero sería el caso de los delitos contra las personas: concretamente en homicidio, lesiones corporales, donde el objeto material sería el cuerpo del sujeto y en esa línea de ataque y de protección sería el mismo sujeto pasivo: vida humana independiente, en este caso no vemos mayores inconvenientes. En cambio, serios problemas

---

[659] 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, p. 131

de interpretación pueden encontrarse en el segundo supuesto –de desdoblamiento normativo–, particularmente en los bienes jurídicos donde se protege a la colectividad, pues no puede observarse con certeza la "individualización" en la recepción del objeto protegido por parte del agente activo. Por esta razón, y para efectos metodológicos, el vocablo "sujeto pasivo" se ha dividido conceptualmente en dos elementos[660]:

2.1. Sujeto pasivo de la acción

Es aquella donde recae la conducta típica del sujeto activo, por lo que también se le conoce como "objeto de acción", "objeto de ataque" u "objeto material" del bien jurídico. JESCHECK[661] afirma que este pue-

---

[660] JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho penal*, tomo III, Buenos Aires, 1950, p. 101; VILLAVICENCIO, Felipe. *Lecciones de Derecho penal*, Lima, 1990, p. 131; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho penal, Parte general*, Lima, 1994, p. 399; LUZÓN PEÑA, 1996, p. 316; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas,* Idemsa, Lima, 1997, p. 50, BUSTOS RAMÍREZ, Juan & HORMAZÁBAL, MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho penal*, Vol. 2, Madrid, 1999, p. 50 y 51; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Delitos contra el medio ambiente*, 1999, Valencia, p. 24. Este último autor considera que es posible distinguir entre la relación de la conducta con el objeto de la acción y la relación de la conducta con el objeto del bien jurídico (o el bien jurídico, sin más). Así cabe que se trate de un delito de resultado en cuanto al objeto de acción y que, en cuanto al objeto de bien jurídico (o el bien jurídico, sin más), se trate de un delito de peligro abstracto. En tal caso, el resultado físico-natural constituiría la base de la situación típica de peligro. Expresado de otro modo: sería el resultado de la acción lo que convertiría a esta, en su caso, en peligrosa. TAVARES, Juarez E.X. *Bien jurídico y función en Derecho Pen*al, traducción de Mónica Cuñarro, Buenos Aires, 2004, p. 47 dice al respecto que: "el bien jurídico, por su orden, no se confunde con el objeto de la acción, no puede ser entendido en el sentido puramente material, como si fuera una persona o una cosa, sino en el sentido de característica de esa persona y de sus relaciones concretas, esto es, como un valor que es propio de la vida individual y social, indispensable para su mantenimiento y desenvolvimiento". CARO CORIA, Dino Carlos. "Presupuestos para la delimitación de la estabilidad del ecosistema como bien jurídico-penal", en: Franciskovic Ingunza, Militza (comp.), *Derecho Ambiental*, Lima, 2002, p. 192; REYNA ALFARO, Luis Miguel. "La protección penal del medio ambiente: posibilidades y límites", disponible en: www.unifr.ch/derechopenal/artículos/pdf/Reyna1.

[661] Citado por ESCRIVA GREGORI, José M. *La puesta en peligro de bienes ju-*

de aparecer bajo formas diversas: como unidad corpórea-anímica (integridad o vida de una persona), como valor social (derecho al prestigio del injuriado), como valor económico (patrimonio), como cosa (animal que puede cazarse), como situación real (utilidad de un objeto).

2.2. Sujeto pasivo del delito

Viene a ser el titular del derecho (bien jurídico) o interés lesionado o puesto en peligro por el delito cometido. Por ejemplo, en el hurto, una cosa es la propiedad (bien jurídico) y otra es la cosa hurtada (objeto de la acción). Al Derecho penal no le interesa tanto el elemento "concreto-material", sino el interés general o valioso que se materializa en ese "elemento". En algunas ocasiones pueden coincidir el sujeto pasivo de la acción con el sujeto pasivo del delito, generalmente en supuestos donde se protege a la persona, pero en algunas ocasiones no lo es. En los delitos contra el patrimonio, concretamente en el delito de estafa (Art. 196° del CP), el objeto material del delito constituye por ejemplo el hijo menor que recepciona directamente el engaño suficiente, que producto de ese error o ignorancia, dispone del patrimonio de su padre.

En este caso, se generará un desdoblamiento en el sujeto pasivo, pues será el padre, en última instancia el titular del bien jurídico tutelado. Asimismo en el delito de falsificación de documento público o privado (Art. 427° del CP), el objeto de la acción es el documento sobre el cual falsifica o adultera el sujeto activo, pero, el bien jurídico protegido, será la "fe pública". Este es el objeto jurídico que equivale al bien jurídico, es decir el bien objeto de la protección de la ley.

3. Explicación doctrinaria

Siguiendo con nuestro hilo argumentativo debe establecerse aspectos tangibles para la protección de determinados elementos que formarían el bien jurídico colectivo. En tal sentido, un sector de la doctrina ha esbozado las siguientes posturas:

---

rídicos en Derecho penal, Barcelona, 1976, pp. 40 y 41; BRAMONT ARIAS, Luis A. *Derecho Penal,* tomo I, Lima, 1978, p. 275.

Bernd SCHÜNEMANN denomina "*bien jurídico intermedio espiritualizado*", a través de los cuales pueden protegerse aquellos bienes jurídicos colectivos en los que la tipificación de una lesión o concreta puesta en riesgo es difícilmente imaginable, haciéndose incierta la determinación del grado de lesividad exigible a la conducta individual con el bien colectivo[662].

MATA y MARTÍN[663] prefiere, en cambio, el término "*bienes jurídicos intermedios*" y se trataría de bienes jurídicos cuya titularidad no pertenece a una determinada persona, es decir, que por su propia naturaleza no puede ser atribuido en exclusiva a un titular singular. En la tradicional contraposición, a la que ya nos hemos referido, entre bienes personales o de los particulares y bienes jurídicos universales o supraindividuales, los bienes intermedios no ocupan, como podría entenderse en una primera aproximación, el espacio entre unos y otros, como un *tertium genus*, sino que –dice el autor– pertenecen a la segunda categoría.

La afectación típica también puede alcanzarse a través de un menoscabo relevante en términos normativos de aquellos sectores, si se quiere físicos. Esta protección punitiva se puede realizar mediante lo que el profesor JAKOBS denomina *"objetos con función representativa"*.

---

[662] Citado por CARO CORIA, Dino Carlos. "Sociedad de riesgos y bienes jurídicos colectivos", p. 205.

[663] MATA Y MARTÍN, Ricardo. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro,* Comares, Granada, 1997, p. 24. Por su parte, CARO CORIA, Dino Carlos. "Los delitos concursales en el Derecho penal peruano. Alcances de la Ley de reestructuración patrimonial y de la nueva Ley general del sistema concursal", en: *RPD y JP*, Nº 3, Lima, 2002, p. 131, rechaza tal nomenclatura "...pues la finalidad del planteamiento consiste en instaurar una tutela más eficaz de los bienes colectivos a través de sus objetos representantes, lo que no equivale a convertir a estos últimos en bienes jurídicos intermediarios (intermedios) entre los colectivos y los individuales".

Capítulo X
DELITOS DE PELIGRO Y PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS

Es necesario conectar los esfuerzos de delimitación del bien jurídico-penal a las técnicas de tipificación, orientadas a dispensarle una protección adecuada. Esta premisa inicial, en el ámbito de los bienes jurídicos colectivos, conduce a destacar un conjunto de instituciones que un sector doctrinal identifica como propias del denominado "moderno DP"[664], caracterizado por pretender superar las tradicionales fórmulas de imputación jurídico-penal en orden a dotar de eficacia a las previsiones punitivas, mediante el fácil camino de flexibilizar o relajar determinados principios que, en relación, al menos, con el consenso alcanzado en los últimos años[665], se entienden como irrenunciables en un control penal mínimamente consecuente con el modelo de Estado de la Constitución.

La amplitud y el desarrollo de estas "modernas" técnicas de imputación[666], indudablemente impiden evaluar con exhaustividad to-

---

[664] HASSEMER, Winfried. "Crisis y características del moderno DP," trad. de Francisco Muñoz Conde, en: *AP*, Vol 2, 1993, pp. 635 y ss.; similar, ÍDEM. "Rasgos y crisis del DP moderno," trad. de Elena Larrauri, en: *ADPCP*, 1992, pp. 235 y ss.

[665] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 1995, pp. 459 y ss.

[666] SCHÜNEMANN, Bernd. "Las reglas de la técnica en DP," Trad. de Manuel Cancio Meliá y Mercedes Pérez Manzano, en: *ADPCP*, 1994, pp. 307 y ss.; JAKOBS, Günther. "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en: *Fundamentos del DP*, Trad. de Manuel Cancio

dos los aspectos de esta creciente realidad, lo que ha motivado que la presente investigación se detenga en el análisis de los delitos de peligro como instrumento protector de los bienes jurídicos colectivos y en particular, sobre su capacidad de rendimiento en la tutela de la estabilidad del ecosistema.

Frente al difundido sentimiento de que solo una generalización del DP de peligro, y en especial de peligro abstracto, introduce los medios adecuados para tutelar eficazmente los bienes colectivos, aquí se considera lo contrario: partiendo de una clara determinación del bien jurídico colectivo no es necesario tipificar conductas abstractamente peligrosas, pues dicha determinación permite identificar un desvalor cierto, no hipotético o abstracto, de resultado –de lesión o de peligro real– capaz de nutrir a la antijuricidad de contenido material y, por ende, señalar las únicas conductas merecedoras y necesitadas de pena por significar una lesión o puesta en concreto peligro, no de los bienes jurídicos individuales o complementados, sino del bien colectivo o complementario.

I. "SOCIEDADES DE RIESGO" Y EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL DE PELIGRO

Ni la existencia ni el concepto de los delitos de peligro son creación del legislador y la dogmática contemporánea[667], pero su masiva utilización si es atribuible a estos. Efectivamente, un acercamiento liminar a

---

Meliá y Enrique Peñaranda Ramos, Ad-hoc Buenos Aires 1996, pp. 181 y ss.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "Modelos de imputación penal para sancionar la criminalidad de empresa en el CP", en: *RPCP*, Nº 7/8, 1998, pp. 961 y ss.; GARCÍA CAVERO, Percy. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*. J.M. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 61 y ss.

[667] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia,* UCM Madrid, 1994, pp. 5-6; BARBERO SANTOS, Marino. "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto", en: *ADPCP*, 1973, p. 487. Los primeros ilícitos penales de peligro se articularon como medio de represión de los incendios, inundaciones y abandono de niños, y algunos datan del siglo XVIII, como puso de relieve BINDING, Karl. *Die Normen und ihre*

la realidad legislativa de los últimos treinta años confirma, con suficiente evidencia, la creciente tendencia a ampliar la punibilidad mediante la anticipación de la tutela de aquellos bienes jurídicos que se estiman esenciales, hasta momentos carentes de significación lesiva, a través de la criminalización de conductas que podrían significar un peligro cierto para dichos bienes[668].

En esa tendencia se inscriben tanto el DP español como el DP peruano. En España las reformas operadas en el trCP, los distintos trabajos prelegislativos y el nuevo CP, revelan la expansión del recurso legislativo a los tipos de peligro[669], como puede observarse, paradigmáticamente, en sectores como la seguridad en el trabajo[670], la tutela del ambiente natural[671], el control

---

Übertretung. T IV: Die Fahrlässigkeit, Scientia Verlag Aalen, p. 203, autor con quien tales delitos adquirieron una entidad propia en la dogmática.

[668] HERZOG, Félix. "Límites al control penal de los riesgos sociales. (Una perspectiva crítica ante el DP en peligro)", en: *ADPCP*, 1993. pp. 318 y ss.; ÍDEM. *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge. Studien zur Voverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich,* R.v. Decker's, Heidelberg 1991, pp. 1 y ss.; MAQUEDA ABREÚ, Mª Luisa. "La idea de peligro en el moderno DP. Algunas reflexiones a propósito del PCP92.", en: *AP*. Nº 26, 1994, p. 481; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 3 y ss; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. UCM-CEJ Madrid 1993, pp. 49 y ss.

[669] MUÑOZ CONDE, Francisco / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / GARCÍA ARÁN, Mercedes. *La reforma penal de 1989*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 62 y ss.

[670] TERRADILLOS BASOCO, Juan Antonio / BAYLOS GRAU. *DP del trabajo,* Trotta, 2ª ed, Madrid, 1990, pp. 51 y ss.; ARROYO ZAPATERO, Luis. *La protección penal de la seguridad en el trabajo*. Madrid; Servicio Social de Higiene y Seguridad del Trabajo, 1981, pp. 175 y ss.; ÍDEM. *Manual de DP del trabajo.* Barcelona, Praxis, 1988.

[671] MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio. *DP y protección del medio ambiente*, Colex, Madrid, 1992, pp. 93 y ss.; DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 93 y ss.; ÍDEM. *LA prueba en el delito ecológico*, Tecnos, Madrid, 1995, pp.17 y ss.; RODAS MONSALVE, Julio César. *Protección*

de la energía nuclear[672], la salud pública[673], el tráfico automotor[674] y, en general, en todo el ámbito del DP económico[675]. Algo semejante se aprecia

---

penal y medio ambiente, PPU, Barcelona, 1994, pp. 234 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. "Responsabilidad penal y 'nuevos riesgos': el caso de los delitos contra el medio ambiente.", en: *AP*, Vol 1, 1997, pp. 220-221.

[672] DE LA CUESTA AGUADO, Paz *M. Respuesta penal al peligro nuclear*, Universidad de Cadiz-PPU, Barcelona, 1994, pp. 123 y ss.; ÍDEM. "De los delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes" en: Terradillos Basoco, Juan (Ed). *DP del medio ambiente*. Trotta, Madrid, 1997, pp. 128 y ss.

[673] PÉREZ ALVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación;* Praxis, Barcelona, 1991, pp. 55 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel & RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 193 y ss.; MIR PUIG, Santiago (Ed.). *Problemas jurídico-penales del SIDA*, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 173 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco. "La responsabilidad por el producto en el DP español", en: Muñoz Conde, Francisco & Winfried, Hassemer. *La responsabilidad por el producto en DP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 72 y ss.; ARENAS RODRIGAÑEZ, Mª Paz. *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, Edersa, Madrid, 1992, pp. 144 y ss.; DOVAL PAIS, Antonio. *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

[674] CEREZO MIR, José. "Problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico", en: *ADPCP*, 1970, pp. 581 y ss.; BERISTAIN IPIÑA, Antonio. "El delito de peligro por conducción temeraria. Notas al Art. 340° bis a) nº 2", en: *Revista de Derecho de la Circulación*, 1970, pp. 527 y ss.; GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *El delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1992, pp. 103 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la 'conducción suicida'", en: *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, Nº 7, 1989, pp. 153 y ss.; GANZEMÜLER, Carlos/ ESCUDERO, José Francisco & FRIGOLA, Joaquín. *Delitos contra la seguridad del tráfico. Los delitos cometidos con ocasión de la conducción de vehículos motorizados.* Bosch, Barcelona, 1997, pp. 27 y ss.

[675] MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. "Delitos de peligro y bienes jurídicos colectivos", en: *NFP*, Nº 44, 1989, pp. 176 y ss.; ÍDEM. *Los delitos de*

en Perú ya desde el PCP90 y en la regulación de los delitos económicos[676], ambientales[677] y de tráfico de drogas[678] del CP91, pero la sobrecriminalización del peligro se ha extendido básicamente a través de la legislación complementaria, sobre todo en el sector penal tributario, los delitos de terrorismo y los impropiamente rotulados como "traición a la patria", "terrorismo agravado", "delitos agravados", "pandillaje pernicioso"[679], entre otros.

Esta "*vis expansiva*" de los delitos de peligro, obedece a múltiples razones que se enmarcan en lo que actualmente ha venido a denominarse "sociedades de riesgo"[680], es decir aquellas en donde la realidad, ine-

---

peligro y sus técnicas de tipificación, pp. 220 y ss.; FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 73 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, Juan. "Delitos de peligro y criminalidad económica", Ejemplar dactilografiado Jerez (1985); ÍDEM. *DP de la empresa.* Madrid, Trotta, 1995, pp. 51 y ss.

[676] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *DP económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, Idemsa, Lima, 1997, pp. 114 y ss.; ÁNGELES GONZÁLES, Fernando y otros, *CP*, Vol. IV, Ediciones Jurídicas, Lima, 1997, pp. 1718 y ss.

[677] CARO CORIA, Carlos. *La protección penal del ambiente*, B, M&U, Lima, 1995, pp. 271-272.

[678] PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Comentarios al CP91*, Alternativas, Lima, 1993, pp. 140 y ss.

[679] BERNAL CAVERO, Julio G. *Los delitos de hurto y robo en el CP91*, 2ª ed., Editorial San Marcos, Lima, 1998, pp. 137 y ss.; CARO CORIA, Carlos. "Seguridad ciudadana y 'Decretos de Emergencia'", en: *Informativo legal B, M&U,* N° 41, Lima, 1998, p. 1.

[680] Sostiene BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986, que las sociedades capitalistas desarrolladas se configuran cada vez más como verdaderas "sociedades de riesgo", en las que las implicaciones negativas del desarrollo tecnológico y del sistema de producción y consumo cobran entidad propia y amenazan de forma masiva a los ciudadanos. Vid. ÍDEM. "De la sociedad industrial a la sociedad de riesgo. Cuestiones de supervivencia, estructura social e ilustración ecológica", en: *Revista de Occidente,* Nº 150, 1993, pp. 19 y ss. En materia penal Vid. HERZOG, Felix. "Límites al control penal de los riesgos sociales", pp. 318-319; PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft',* Vittorio

vitablemente, se percibe y estructura a nivel cognitivo como una constante tensión entre seguridad y riesgo[681], de lo que dan cuenta múltiples estudios científicos[682], pero, sobre todo, la "experiencia general" derivada de innumerables eventos lesivos de bienes jurídicos fundamentales, como los desastres de Seveso, Chernóbyl, los Alfaques y San Juan[683], o los conocidos casos de la jurisprudencia alemana del *Contergan*[684], *Holtzschutzmittel*[685] y *Lederspray*[686], y en el ámbito español el tan resonado caso del aceite de colza[687].

Klostermann, Frankfurt, 1993, passim; HILGENDORF, Eric. "Gibt es ein «Strafrecht der Risikogesellschaft»", en: *NStZ*, 1993, pp. 10 y ss.; PÉREZ DEL VALLE, Carlos. "Sociedad de riesgo y reforma penal", en: *PJ*. Nº 43-44, 1996, pp. 61 y ss.

[681] HERZOG, Felix. "Límites al control penal de los riesgos sociales", p. 318, citando a Christoph LAU.

[682] BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, passim.

[683] MUÑOZ CONDE, Francisco/ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ GARCÍA ARÁN, Mercedes. *La reforma penal de 1989*, pp. 62-63.

[684] KAUFMANN, Armin. "Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan. Consecuencias para el derecho en vigor y la legislación", en: *NPP*. Nº 1, 1973, pp. 7 y ss.

[685] IÑIGO CORROZA, Mª Elena. "El caso del 'producto protector de la madera' (Holtzschutzmittel). Síntesis y breve comentario de la sentencia del Tribunal Supremo alemán", en: *AP*, Vol 1,1997, pp. 439 y ss.

[686] HASSEMER, Winfried. "La responsabilidad por el producto en el DP alemán", en: Muñoz Conde, Francisco & Winfried Hassemer. *La responsabilidad por el producto en DP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 129-137; SCHUMANN, Heribert. "Responsabilidad individual en la gestión de empresas. Observaciones sobre la 'Sentencia Erdal' del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH)", en: Mir Puig, Santiago, Diego-Manuel Luzón Peña (Coords). *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, J. M. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 199 y ss.

[687] PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel & RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, passim; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. "Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones

Pues bien, esta realidad ha planteado para el Derecho en general, y especialmente para el DP[688], un conjunto de problemas difícilmente resolubles acudiendo a los tradicionales instrumentos y categorías jurídicas, sustentados en la ignorancia de datos fundamentales sobre esos riesgos que se desea enfrentar[689]: la imposibilidad de dominar con totalidad, espacio-temporalmente, las consecuencias de la técnica; la llamada "explosión de ignorancia" originada por el progreso científico que acredita como mayor lo ignorado que lo conocido sobre los procesos naturales; y, la operatividad de tal progreso en el marco de una estructura social que lo canaliza primordialmente mediante organizaciones altamente especializadas, complejas y jerarquizadas, como las empresas capitalistas o el Estado intervencionista.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta fácil explicar las razones que han permitido la masificación del DP de peligro, pues la generalizada

---

acerca del 'caso de la colza' (Primera Parte)", en: Mir Puig, Santiago & Diego-Manuel Luzón Peña (Coords). *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 263 y ss. En la misma publicación, PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. "Problema de la responsabilidad penal en supuestos de comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del "caso de la colza". (Segunda Parte)", pp. 289 y ss.; ÍDEM. 'Límites de la responsabilidad penal individual en supuestos de comercialización de productos defectuosos: algunas observaciones acerca del 'caso de la colza'", en: *PJ*, Nº 33, 1994, pp. 421 y ss.; MAQUEDA ABREU, María Luisa. "La relación 'Dolo de peligro'-'Dolo (eventual) de lesión'. A propósito de la STS de 23 de abril de 1992 'sobre el aceite de colza'", en: *ADPCP*, 1995, pp. 419 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en el DP español*, pp. 49 y ss.

[688] Por ejemplo, los relativos al conocimiento de la causalidad en los atentados ambientales, Vid. KLEINE-COSACK, Eva. *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht. Die Strafrechtliche Relevanz der Schwierigkeiten naturwissenschaftlicher Kausalfeststellung im Umweltbereich*, Erich Schmidt, Berlin, 1988, pp. 76-77.

[689] PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. "Responsabilidad penal y "nuevos riesgos": el caso de los delitos contra el medio ambiente", p. 218, siguiendo a DENNINGER, Erhard. "Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y derecho postmoderno", en: *Doxa*, Nº 14, 1993.

percepción de que se vive en una "sociedad de riesgo" ha dado lugar a inabarcables secuelas, entre las que, para efectos de esta investigación, merece poner de relieve tres.

i. En primer lugar, el binomio riesgo-seguridad no se aprecia maniqueamente en la actualidad, dada la enorme influencia del pensamiento utilitario (coste/beneficio) inherente a la lógica de los modelos económicos de mercado que imperan, de forma que la sociedad admite convivir con determinadas fuentes de peligro por los importantes beneficios que reportan[690], dicho de otro modo, "*puesto que es imposible eliminar de raíz la amenaza de todo peligro para los bienes jurídico-penalmente protegidos, el Ordenamiento jurídico –concretamente aquí, su sector penal– autoriza (no castiga) a las personas a realizar algunos de ellos, por su utilidad, a pesar incluso de que en algunos casos puedan llegar a lesionar efectivamente dichos bienes jurídicos*"[691].

ii. De otro lado, pese a la "necesidad" de tolerar tales actividades, no se concibe que las conocidamente peligrosas se realicen sin someterse a un conjunto de reglas de conducta que, sustentadas en una finalidad preventiva y generalmente desarrolladas por la administración, tienen por objetivo la disminución de la probabilidad de que tales peligros se realicen en resultados lesivos para los bienes jurídicos. De esta forma, el ordenamiento jurídico limita la realización de las actividades peligrosas mediante la imposición de niveles de riesgo permitido, es decir que conductas en sí mismas peligrosas son permitidas siempre que se

[690] GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *El delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, p. 104; SCHÜNEMANN, Bernd. "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits-und Gefährdungsdelikte", en: *JA*, 1975, p. 576.

[691] PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *El riesgo permitido en DP. (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, p. 26.

respeten los límites de riesgo, mientras que la violación de tales límites puede determinar la antijuricidad de la conducta[692].

En tal medida, cobra relevancia penal la institución del riesgo permitido, sobre la cual se discute aún su concepto, contenido, funciones y autonomía sistemática[693], aunque existe cierta unanimidad en reconocer su rendimiento en la resolución de casos en donde la autorización general de la conducta peligrosa o lesiva para el bien se deriva de considerar el concurso de otros intereses[694], merecedores también de tutela, que han de ser puestos en relación con la protección que el bien jurídico subyacente al tipo merece, limitándose así dicha protección, en función de la ponderación de todos los intereses concurrentes[695].

iii. En tercer lugar, y como corolario de lo anterior, entendemos que las herramientas dogmáticas con mayor trascendencia para viabilizar la sanción penal del «riesgo no permitido» son, en general, aquellas que facilitan el adelantamiento de las barreras de protección a momentos anteriores a la vulneración de los bienes jurídicos individuales[696]. En esa perspectiva, merece

---

[692] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 6-7.

[693] MAIWALD, Manfred. *De la capacidad de rendimiento del concepto "riesgo permitido", para la sistemática del DP*, trad. de Marcelo Sancinetti, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 11 y ss.

[694] Antes bien, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, pp. 34-35, considera que, en el terreno de los bienes jurídicos colectivos, la resolución de la conflictividad de los diversos intereses concurrentes puede arbitrarse mediante la propia determinación del bien jurídico y al estructurar el tipo penal. De allí que sea sostenible un concepto formal de "riesgo permitido", como propone MAIWALD, Manfred. Op. Cit., pp. 35 y ss.

[695] PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *El riesgo permitido en DP*, p. 517.

[696] JAKOBS, Günther. *Criminalización en el estadío previo a la lesión de un bien jurídico*, pp. 181 y ss.

destacarse el sentido de los bienes jurídicos colectivos[697], las reglas de remisión mediante normas penales en blanco, la criminalización de determinados actos preparatorios y, desde luego, los delitos de peligro.

De esta manera, frente a la tradicional concepción sobre la excepcionalidad de la sanción de las conductas riesgosas, la idea de peligro viene abriéndose paso, sobre todo en el ámbito de los bienes jurídicos colectivos, como criterio general de la intervención penal, tanto en la argumentación dogmática como en la legislación penal, al extremo de que un sector de la doctrina cuestiona si el comportamiento peligroso, acaso se perfila como un modelo autónomo de tipificación penal[698], en cuanto técnica de protección anticipada de bienes jurídicos[699]. Precisamente, argumentos como la trascendencia de los bienes expuestos al riesgo de lesión, la necesidad de acentuar los objetivos de prevención, la

---

[697] HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. "Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?", en: *ADPCP*, 1994, p. 113.

[698] MAQUEDA ABREU, Mª Luisa. *La idea de peligro en el moderno DP*, p. 481. Niega esta opción, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 7.

[699] Según se entiende mayoritariamente, Vid. BARBERO SANTOS, Marino. *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, p. 487; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Los delitos de peligro", en: *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, p. 323; LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en DP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 178. En contra, KINDHÄUSER, Urs Konrad. "La protección de los bienes jurídicos por medio de las prohibiciones de lesión y exposición al peligro", en: *DP de la culpabilidad y conducta peligrosa*, trad. de Claudia López Díaz, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 75-76, 80 y ss.; ÍDEM. "Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del DP económico," trad. de Fernando Molina Fernández, en: Varios Autores. *Hacia un DP económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann,* BOE, Madrid, 1995, pp. 448 y ss., para este autor los delitos de peligro tienen un contenido de injusto propio, conformado por la lesión, no del bien jurídico en sí mismo, sino de su seguridad; le sigue en España: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública", en: *ADPCP*, 1989, p. 337.

imposibilidad de conocer las consecuencias causales de las actividades peligrosas, las dificultades para individualizar resultados lesivos o de riesgo real, o el aligeramiento de la materia probatoria en sede procesal penal, constituyen el lugar común de la doctrina favorable a la indiscriminada utilización del peligro.

No obstante, también se ha puesto de relieve que la apuesta incontrolada por un DP de peligro, encierra un doble riesgo. De una parte, la relativización de los presupuestos político criminales que fundamentan la penalización del comportamiento humano[700], en especial el principio de ofensividad y la antijuricidad material[701]. Y, de otro lado, la creciente sospecha de que el uso de estas técnicas de tipificación no permite alcanzar, en el ámbito de la criminalización secundaria, la deseada eficacia protectora de bienes jurídicos[702], sino la mera instrumentalización de la reacción penal con fines simbólicos[703].

En consecuencia, a nuestro entender es compartible, en esencia, la premisa de HERZOG de que "el DP de peligro supone una respuesta muy limitada y sobre todo a limitar para las situaciones de peligro de la vida moderna"[704] pues, la ausencia de un exhaustivo desarrollo dogmático de esta técnica, tanto en la ciencia penal alemana[705]

---

[700] HASSEMER, Winfried. "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", en: *D.P.* Año 12, 1989, p. 279; ÍDEM. "Crisis y característica del moderno DP", pp. 640-641; ÍDEM. "DP simbólico y protección de bienes jurídicos", en: *Pena y Estado*. Nº 1, 1991, p. 35.

[701] MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, pp. 39 y ss.

[702] HERZOG, Felix. "Límites al control penal de los riesgos sociales", p. 326.

[703] HASSEMER, Winfried. "DP simbólico y protección de bienes jurídicos", pp. 35-36.

[704] HERZOG, Felix. "Límites al control penal de los riesgos sociales", p. 319.

[705] ROXIN, Claus. *Strafrecht. AT. T I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2° ed.; C.H. Beck, München, 1994, § 11/113, precisa sobre los delitos de peligro en Alemania que "su número aumenta cada vez más en la legislación moderna, pero su investigación sigue estando en los inicios".

como en la hispanohablante[706], ha favorecido su desordenada expansión en el derecho positivo y su asistemática interpretación jurisprudencial[707].

Ahora bien, una reacción penal retrasada, que se limita a la pretensión de retribuir con un mal los comportamientos del pasado que lesionaron causalmente bienes jurídicos, carecería tanto de utilidad como de legitimidad, es decir que no estaría justificada la necesidad y el merecimiento de pena, respectivamente. En tal orden de ideas, desde una perspectiva preventiva, consideramos que es inevitable reconocer la necesidad de instrumentar, en la tutela de los bienes jurídicos colectivos, delitos de peligro, pero asociados siempre al respeto de los principios político-criminales propios del modelo de Estado constitucionalmente previsto.

Sin embargo, esta orientación principista no tiene por qué constituir, necesariamente, una limitación para el logro de las metas preventivas a través del DP de peligro, pues a nuestro juicio solo el mantenimiento de los presupuestos básicos para una incriminación constitucionalmente legítima, como los principios de antijuricidad material, ofensividad o

---

[706] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 9, quien enfatiza además que la doctrina alemana tampoco escapa al precario desarrollo de los delitos de peligro. En el DP peruano, las publicaciones sobre la PG casi no plantean las grandes cuestiones dogmáticas y político criminales en torno a estos ilícitos, Vid. HURTADO POZO, José. *Manual de DP,* PG, 2ª ed., Eddili, Lima, 1987, pp. 361-362; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Lecciones de DP*, PG, Cuzco, pp. 140-141; ÍDEM. *Código penal*, Grijley, Lima, 1997, pp. 73-74; PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de DP. T. I. Estudio programático de la PG*, 2ª ed., Grijley, Lima, 1996, pp. 280-281; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Lecciones de la PG y el CP*, Editorial San Marcos, Lima, 1997, p. 88; VILLA STEIN, Javier. *DP,* PG, Editorial San Marcos, Lima, 1998, pp. 215-216.

[707] SCHÜNEMANN, Bernd. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits-und Gefährdungsdelikte*, p. 435; HERZOG, Felix. *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge*, p. 45, con descriptivas palabras sobre el estado de los delitos de peligro: "el hijo predilecto del legislador es aún el hijastro de la dogmática penal".

determinación, puede permitir un eficaz rendimiento preventivo, dada su directa vinculación a la motivación penal. Por ende, consideramos que el ámbito de los delitos de peligro constituye un espacio dogmático en donde puede entenderse que la tradicional dialéctica o tensión entre eficacia y garantismo, da paso a una relación de complementariedad o equilibrio, de modo que el sentido garantista puede servir a la realización de fines utilitarios y viceversa.

Sobre estas premisas, entendemos que el camino hacia la determinación de dicho equilibrio, debe partir de reconocer la trascendencia del desvalor del resultado en la constitución del injusto penal.

II. LOS LÍMITES IMPUESTOS POR LA GARANTÍA DEL DESVALOR DEL RESULTADO

Una garantía fundamental en la estructuración de los delitos de peligro está constituida por la exigencia de un desvalor de resultado, como consecuencia de la realización de un comportamiento prohibido. En ese sentido, debe excluirse la incriminación de aquellas conductas carentes de significación lesiva o riesgosa para los bienes jurídicos. Sin embargo, aunque mayoritariamente se acepta que el injusto típico se compone de un desvalor de acción y de resultado[708], debe asimismo tomarse distan-

---

[708] En la doctrina española: HUERTA TOCILDO, Susana. *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 64 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 129 y ss.; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, pp. 82 y ss.; MORALES PRATS, Fermín, en: Quintero Olivares, Gonzalo. *Curso de DP. PG*, Cedecs, Barcelona, 1996, pp. 250 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, Mercedes. *DP. PG*, 2ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 321 y ss.; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de DP. PG I*, Universitas, Madrid, 1996, pp. 332 y ss., MIR PUIG, Santiago. *DP. PG*, 4ª ed., PPU, Barcelona, 1996, pp. 133; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / Luis ARROYO ZAPATERO / Nicolás GARCÍA RIVAS / Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ / José Ramón SERRANO-PIEDECASAS. *Lecciones de DP. PG*, Praxis, Barcelona, 1996, pp. 121 y ss.; CEREZO MIR, José. *Curso de DP español. PG I. Introducción. Teoría jurídica del delito/1*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, pp. 393 y ss. En

cia de las posturas extremadamente subjetivistas que fundamentan la antijuricidad en la desvaloración del comportamiento y atribuyen la realización de los resultados lesivos o peligrosos al azar o a la casualidad.

1. Acercamiento a la teoría subjetivista monista del ilícito penal

Escapa a nuestros objetivos abordar todos los aspectos del debate relativo al contenido de la antijuridicidad, en particular los planteamientos dogmáticos del causalismo clásico[709], el causalismo valorativo[710] y el finalismo de WELZEL[711]. No obstante, dada su importancia para la determinación normativa del peligro, interesa poner de relieve las posturas que desconocen al desvalor del resultado el carácter fundamentador del injusto penal, es decir la versión subjetivista monista del injusto personal, representada por Armin KAUFMANN[712], HORN[713],

---

la doctrina alemana: STRATENWERTH, Günther. *Acción y resultado en DP*. Trad. de Marcelo Sancinetti y Patricia Ziffer, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, pp. 57 y ss.; SCHÜNEMANN, Bernd. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits-und Gefährdungsdelikte*, p. 443.

[709] VON LISZT, Franz. *Tratado de DP,* Vol 2, trad. de Luis Jiménez de Asúa. Madrid, 1916, pp. 297, 300-301, 321, 388.

[710] MEZGER, Edmund. *Tratado de DP,* T. I, trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 223, 340-343.

[711] Sobre estas posturas, GALLAS, Wilhelm. "Zur Struktur des strafrechtlichen. Unrechtsbegriff" , en: *Festschrift für Paul Bockelmann*, C.H. Beck, München, 1979, pp. 155 y ss; ÍDEM. "La struttura del concetto di illecito penale," trad. de Angioni, en: *RIDPP*, 1982, pp. 447 y ss.; HUERTA TOCILDO, Susana. *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, pp. 17 y ss.

[712] KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas*, trad. de Bacigalupo Zapater y Gazón Valdes, Ediar, Buenos Aires, 1977; ÍDEM. "Sobre el estado de la teoría del injusto personal," trad. de Schiffrin, en: *NPP*, 1975, pp. 159 y ss.

[713] HORN, Eckhard. *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 1973, pp. 78 y ss.

ZIELINSKI[714] y, en la doctrina de habla hispana, por SANCINETTI[715] en su versión más radical.

WELZEL marcó el camino para el debate acerca del contenido material del injusto, tras privilegiar el sentido de la norma de determinación[716]. En esa misma perspectiva, los discípulos de WELZEL, y en especial Armin KAUFMANN, otorgaron preeminencia a la función de determinación de la norma penal, señalando como ajena al DP toda función de valoración del resultado[717] y comprendiéndose que la producción de éste "no es condición necesaria de la violación de la norma, esto es, de la adecuación típica o de la antijuricidad, sino condición de la punibilidad"[718].

Sobre estas ideas, se erige la premisa fundamental de esta tendencia: el DP no puede determinar la producción de resultados, pero sí

---

[714] ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito,* trad. de Marcelo Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 1990; ÍDEM. "El resultado en el concepto final del ilícito," trad. de Marcelo Sancinetti, en: *DP*, 1988, pp. 283 y ss.

[715] SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción,* Hammurabi, Buenos Aires, 1991; ÍDEM. *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs,* Temis, Bogotá, 1995; ÍDEM. "Dolo y tentativa. ¿El resultado como un mito?", en: *DP*, 1986, pp. 505 y ss.; ÍDEM. "Tentativa y dolo eventual.", en: *DP*, 1987, pp. 781 y ss.; ÍDEM. *¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 9 y ss.; ÍDEM. *Subjetivismo e imputación objetiva en DP*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 19 y ss.

[716] WELZEL, Hans. *DP alemán*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 4ª ed., Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, p. 75.

[717] KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas*, p. 142.

[718] KAUFMANN, Armín. *Sobre el estado de la teoría del injusto personal*, p. 177.

puede y debe determinar a los ciudadanos a la realización de determinadas conductas. El contexto en el que estas ideas cobran relevancia está imbuido por las secuelas del debate entre causalistas y finalistas, en relación al contenido del injusto y de la culpabilidad jurídico-penal. En tales circunstancias, la defensa de la antijuricidad configurada exclusivamente sobre la base del disvalor de acto, obedece al deseo de escapar a cualquier consecuencia que, según se entendía, arrastraba la asunción del "dogma causal" de signo mecanicista. Esto explica la razón por la cual se comprende que la norma penal es incapaz de determinar el acaecimiento de los cursos causales conducentes a la realización de un resultado, pues "ontológicamente" solo puede determinarse la dirección del comportamiento a través de preceptos y prohibiciones.

Consecuentemente, el momento fundamental del injusto es el de la desobediencia o la infidelidad al Derecho, es decir la violación del mandato de la norma mediante la realización de una conducta contraria al sentido que esta pretende determinar utilizando la pena. En tal sentido, el resultado es entendido como una mera consecuencia de la casualidad o del azar, pues su efectiva producción "como cualquier otro efecto de una causa, es, en parte, siempre casual, un producto del azar, del acaso, de la arbitrariedad. Una teoría de la responsabilidad no puede partir de esta deficiencia"[719].

Sobre similares consideraciones, se concluyó en la falta de importancia de la diferenciación entre el delito realizado en grado de tentativa y el delito consumado. Como señala ZIELINSKI[720]: "El ilícito de la *tentativa* es, sin más ni más, el acto final valorado de modo negativo, la actividad humana tendente a la afectación del objeto de un bien jurídico; este acto final es objeto del juicio de valor (secundario) y de la norma (de determinación). La norma dice: "no debes tender a esa meta de tal

[719] SANCINETTI, Marcelo. *¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados?,* p. 18.

[720] ZIELINSKI, Diethard. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, p. 154.

modo". Esta prohibición es infringida por cualquier acción que tienda de tal modo a esta meta: tanto por una acción incapaz de resultado (de tentativa inidónea), como por una acción capaz de resultado (de consumación)".

Ahora bien, en el ámbito de las posturas funcionalistas, autores como Claus ROXIN entienden a su vez que la función del DP no puede limitarse a la desvaloración de los resultados causales, sino que se centra en la motivación o determinación del comportamiento humano[721]. Por su parte, el modelo de JAKOBS, al margen de la función de protección de bienes jurídicos[722] y partiendo de una concepción ideal de la sociedad entendida sobre la base de una comunicación personal[723], plantea una orientación del DP hacia la regulación de las funciones sociales de los individuos, es decir en concordancia con una distribución de funciones creadora de expectativas de conducta que, al ser defraudadas, justifican la intervención penal[724]. Sin embargo, su entendimiento de que el DP sirve a la protección de la vigencia de la norma, como expresión de las expectativas sociales de comportamiento, hace imposible aceptar que la imputación penal se pueda sustentar en un disvalor de resultado entendido como la ofensa de bienes jurídicos[725]. Antes bien, mientras que autores como DENCKER perciben

---

[721] ROXIN, Claus. "Contribución a la crítica de la teoría final de la acción", en: *Problemas básicos de DP*, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976, p. 97.

[722] JAKOBS, Günther. *DP. PG. Fundamentos y teoría de la imputación penal*, 2ª ed. en español, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gómez de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 44 y ss.

[723] JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un DP funcional*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Civitas, Madrid, 1996, passim.

[724] LESCH, Heiko. *Intervención delictiva e imputación objetiva*, trad. de J. Sánchez-Vera, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994, pp. 15-16; REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*, 2ª ed., Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 65.

[725] JAKOBS, Günther. *DP,* PG, cit., pp. 210-205.

que para *Jakobs* el resultado fundamenta el injusto[726], otro sector señala por el contrario la ausencia de claridad en el planteamiento de esta temática[727].

En la ciencia penal española, entre los defensores de la configuración subjetivista del injusto, aunque rechazando la doctrina finalista del injusto personal[728] y en el marco de una posición funcionalista moderada, ha sido MIR PUIG quien, privilegiando la función de determinación de la norma penal y desde una perspectiva *ex-ante*[729], entendió que el papel del resultado en la teoría del delito era irrelevante para la configuración del injusto, limitándose a constituir una mera condición objetiva de punibilidad[730]. No obstante, desde 1996 el citado autor ha dejado de defender estas ideas para pasar a configurar el injusto desde una perspectiva dualista, pues concluye que "La antijuricidad penal (típica) se distingue de otras formas de antijuricidad, en primer lugar por exigir un **desvalor de resultado** especialmente grave y/o peligroso: una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal en determinadas condiciones. Este resultado ha de ser, en segundo lugar, imputable a una conducta desvalorada por su peligrosidad **(desvalor de la**

---

[726] DENCKER, Friedrich. "El resultado y la idea de culpabilidad. Acerca de la discusión sobre la significación sistemática y material del resultado en el DP", en: *DP*, 1990, p. 118.

[727] SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos & CANCIO MELIÁ, Manuel. "Estudio preliminar", en: Jakobs, Günther. *La imputación objetiva en DP*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 76-77.

[728] MIR PUIG, Santiago. "Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto", en: *El DP en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 182-183.

[729] MIR PUIG, Santiago. "La perspectiva *ex-ante* en DP", en: *El DP en el Estado social y democrático de Derecho,* pp. 93 y ss.

[730] MIR PUIG, Santiago. "Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho", en: *El DP en el Estado social y democrático de Derecho*, pp. 58 y ss., 65 y ss.; ÍDEM. *DP. PG*, 3ª ed., PPU, Barcelona, 1990, pp. 142 y ss.

conducta)"[731].

En una orientación bastante similar a la que defendió MIR PUIG, SILVA SÁNCHEZ ha negado que el resultado se integre al contenido de la norma dirigida a motivar la conducta de los ciudadanos, señalando que "el resultado, entendido en el sentido de 'realización *ex post*' (lesión o puesta en peligro del bien jurídico correspondiente), esto es, como expresión de la efectiva lesividad de la conducta peligrosa, no pertenece al ámbito de la norma primaria, sino al de la norma secundaria. Es pues, una cuestión que afecta a la 'sancionabilidad penal' del comportamiento penalmente prohibido y no a la propia 'prohibición penal' del mismo"[732], consecuentemente, "la no producción del resultado en nada afecta, obviamente, a la posibilidad *ex ante* de prohibir el hecho bajo pena"[733].

Teniendo en cuenta este panorama general, parece creciente el sentimiento acerca de la progresiva pérdida del valor del resultado en la configuración de la antijuricidad, lo que bien puede ser constatado, de *lege lata*, mediante la expansión de los delitos de mera actividad y de peligro abstracto, como técnicas de protección de los bienes jurídicos colectivos. En tal orden de ideas, CADAVID QUINTERO concluye que "el objeto de atención del DP, en el último tiempo, en cuanto a lo que se ha ido constituyendo en su ámbito determinante de actuación, es la prohibición de comportamientos, y exclusivamente de ellos. El efectivo acaecimiento del resultado parece ir siendo privado de cualquier relevancia no solo para la constitución del injusto, sino también para la determinación de la punibilidad (como en las formas modernas de finalismo), asignándosele por quienes se acercan a la primera postura, el carácter de mera condición objetiva de punibilidad"[734].

---

[731] MIR PUIG, Santiago. *DP. PG*, 4ª ed., p. 133, negrita del texto.

[732] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al DP contemporáneo*, J.M. Bosch, Barcelona, 1992, pp. 415-416, Vid. además pp. 387, 334 y ss.

[733] *Ibid*., p. 18.

[734] CADAVID QUINTERO, Alfonso. *Bases metodológicas para la elaboración*

Esta verificación ha motivado que, aún en la actualidad, se levanten voces contrarias a la concepción subjetivista del injusto, pudiendo observarse incluso una cierta satanización en el sentido de atribuirle la asunción de indeseadas consecuencias político criminales al citado razonamiento subjetivista. De esta forma, por ejemplo, GARCÍA RIVAS señala que la relevancia del análisis de esta construcción obedece no solo a razones vinculadas con el prestigio de sus defensores sino, principalmente, a las preocupantes consecuencias político criminales a que se arriba en el tratamiento dogmático de determinadas categorías de la teoría del delito, pues "implica un abandono no declarado del principio del bien jurídico y probablemente el patrocinio de un oculto DP de autor incompatible con los postulados político criminales del Estado Democrático"[735].

De esta forma, para el mencionado autor, se llega a estimar que el injusto se agota en el puro desvalor de acción, entendido como desvalor de intención, sin que pueda hablarse de un desvalor de resultado que contribuya a la configuración del injusto, instrumentándose la reacción penal como medio de control de la actitud interna del autor y no de las manifestaciones externas de la conducta y sus secuelas, según puede evidenciarse, mediante el estudio de los defensores del subjetivismo, en la masificación de los delitos de peligro abstracto, la concepción del delito imprudente como violación de la norma de cuidado, la sanción de la tentativa inidónea o la posibilidad de reprimir similarmente la tentativa idónea y el delito consumado[736].

A su turno, similares juicios realiza RODRÍGUEZ MONTAÑÉS al entender que la postura subjetivista conduce a resultados político criminales inaceptables y a una serie de contradicciones intrasistemáticas

---

conceptual del delito imprudente, texto inédito, apartado 2.3 *in fine*., Salamanca, 1996.

[735] GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el Estado democrático*. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, p. 86.

[736] *Ibid*., p. 86.

en el tratamiento del dolo, las causas de justificación y la teoría de la participación delictiva[737]. Asimismo, considera que, dada la supresión de la exigencia de resultado, se sustituyen los delitos imprudentes de resultado por delitos de peligro sustentados en la mera violación del deber de cuidado, y el delito consumado por la tentativa, lo que convertiría a la reacción punitiva en un DP de delitos de peligro abstracto, con la subsiguiente pérdida de la seguridad jurídica, es decir como un DP autoritario propio de un Estado de Policía[738].

El común denominador de estas críticas generalizadas afirman la renuncia, al menos en el ámbito de la antijuricidad, a la función de protección de bienes jurídicos, a partir de lo cual se derivan un conjunto de consecuencias que permitirían entender la intervención penal como una reacción frente a los meros comportamientos peligrosos, es decir como un DP de peligrosidad *ex-ante* de la conducta.

No obstante, frente a estas aseveraciones, se ha respondido que la defensa de la concepción subjetivista monista del injusto no equivale a prescindir del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, pues en tal contexto sería perfectamente posible la exigencia de un resultado, aunque fuera del injusto, suficientemente representativo de la lesión o puesta en peligro de estos bienes. En esa perspectiva, precisa SILVA SÁNCHEZ[739] que "Cabe, en efecto, sostener la ubicación sistemática del resultado fuera del injusto y ser ardiente defensor de un DP de la lesividad. Cabe, por contra, mantener, en el plano dogmático, la integración del resultado en el injusto y favorecer la tipificación de delitos de peligro"[740].

---

[737] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 132-133.

[738] *Ibid*., p. 134.

[739] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al DP contemporáneo*, p. 417.

[740] En similar sentido sostiene MAILWALD. "Recensión a Mazzacuva", en: *ZStW*, Nº 101,1989, pp. 231-232, que "Es concebible que –como ZIELINSKI en el

2. La necesaria fundamentación dualista del injusto

Frente a tales formas de entendimiento, tan extremadamente contrarias como las anteriormente confrontadas, consideramos que el rechazo de una configuración del injusto basado en el solo disvalor de la acción debe fundamentarse desde una perspectiva tanto dogmática, como político criminal.

En la consideración dogmática, debe partirse de una fundamentación nomológica. En este sentido, en el ámbito de la teoría de la norma penal, la orientación subjetivista se sostiene en una concepción imperativista que, privilegiando la función de determinación, provoca el decaimiento de la importancia de la función valorativa del resultado que, a nuestro entender, está siempre presente en una doble dimensión: como *ratio* de la norma y en la configuración de la prohibición penal.

Sin duda, la unánime concepción del DP como el instrumento de control social más grave, ha motivado también un acuerdo generalizado sobre la necesidad de limitar racionalmente su intervención. En tal perspectiva, la más elemental garantía ha de encontrarse en la necesidad de que el legislador justifique las razones que motivan la sanción de determinados comportamientos con una pena. En esa perspectiva, es ineludible para este, previo a la formulación de la norma de determinación, la realización de un doble juicio de valor[741]: uno positivo al determinar cuales son los bienes jurídicos esenciales a proteger y otro

---

DP alemán– se explique el desvalor del resultado como un factor del merecimiento de pena fuera de lo injusto y que, sin embargo, se mantenga firme en la exigencia al legislador de que este solo cree tipos en los que concurra también dicho elemento (...), sin que fuera obligado caracterizar el desvalor del resultado como elemento del injusto penal precisamente. De ahí se sigue que la discusión dogmática sobre si el desvalor del resultado es un elemento del injusto, es independiente de la cuestión político-criminal sobre la configuración de los tipos", cit. por SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al DP contemporáneo*, p. 417, nota 445.

[741] MAURACH, Reinhart. *Tratado de DP*, trad. y notas de Juan Córdoba Roda, T. I, Ariel, Barcelona, 1962, p. 357.

negativo al seleccionar aquellos ataques graves frente a los que se entiende necesaria la intervención penal[742].

Esta es la orientación valorativa en la que se consagra la *"ratio"* de la norma penal, y que comúnmente suele identificarse como "prejurídica" o "pre-penal", lo que es inexacto porque la consagración de los bienes a proteger y la criminalización de los comportamientos que los vulneran, constituyen labor propiamente punitiva, de ejercicio del *ius puniendi* estatal. Como es evidente, ya desde estos momentos valorativos el resultado cobra relevancia para el injusto, como elemento constitutivo del mismo, determinando qué comportamientos prohíbe u ordena la norma en la defensa de bienes jurídicos[743].

En ese sentido, la función de valoración no se agota en la mera *ratio* legislativa, dado que, ineludiblemente, sirve para dotar de contenido a la prohibición penal. Efectivamente, si bien, desde la perspectiva de la norma de determinación, debe entenderse que el DP no puede prohibir el acaecimiento de resultados en sí mismos, sino la realización de los comportamientos que desvalora, de esta premisa –de la exigencia de un desvalor de acción– no es posible deducir lógico-formalmente la irrelevancia del desvalor del resultado en la constitución del injusto, de modo que la norma penal prohíba la mera tentativa, al margen del resultado[744].

Consecuentemente, teniendo en cuenta los fines del DP, es tan estéril la prohibición de los meros resultados como la del solo comporta-

---

[742] CEREZO MIR, José. *Curso de DP español. PG I*, p. 395.

[743] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 130-131; HUERTA TOCILDO, Susana. *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, pp. 64 y ss; MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, Mercedes. *DP. PG*, pp. 321-322; STRATENWERTH, Günter. *Acción y resultado en DP*, p. 46; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Estudios penales*, PPU, Barcelona, 1991, p. 56.

[744] STRATENWERTH, Günter. *Acción y resultado en DP*, pp. 75-76; HUERTA TOCILDO, Susana. *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, p. 66.

miento, pues "desvalor de acción y desvalor del resultado, son igualmente importantes en la configuración de la antijuridicidad, ya que están perfectamente entrelazados y son inimaginables separados. El valor o desvalor de una conducta supone siempre el valor o desvalor de un resultado. Así, por ejemplo, la prohibición de matar es una consecuencia de la protección de la vida (...). Lógicamente los mandatos 'no matar', 'no robar', etc., solo tienen sentido si previamente se reconocen los valores que los fundamentan: vida, propiedad, etc. Pero igualmente, la protección de esos valores, por medio de la norma penal, solo puede conseguirse sancionando o prohibiendo las acciones humanas que puedan lesionarlos"[745].

En esta línea de ideas, la defensa de la tesis dualista parece ineludible, y es compatible, inclusive, con una toma de postura acorde con la teoría imperativista de la norma penal[746]. En consecuencia, como ha señalado RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, "lo que sí puede prohibir –y prohíbe, de hecho, de forma primaria– la norma penal es la causación evitable de resultados mediante acciones humanas dolosas e imprudentes, es decir, la producción de resultados en la medida en que son obra de una acción humana desvalorada"[747].

De esta forma, aunque evidentemente la norma penal solo puede determinar –motivar– la inhibición de los comportamientos *ex-ante* peligrosos, es necesario vincular esta función de motivación a la realización de lo que generalmente se acepta en la actualidad como la principal misión del DP, es decir la función protectora de bienes jurídicos. Por ello, la función motivadora de la norma penal debe entenderse como determinación de conductas valiosas para tales bienes. Ello sin embar-

---

[745] MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, Mercedes. *DP. PG*, pp. 321-322.

[746] HUERTA TOCILDO, Susana. *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, p. 65.

[747] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 131.

go deja planteada la cuestión acerca de si esta orientación solo puede canalizarse a través de la consideración del resultado y su desvalor en el injusto o, si acaso es también posible, como sostienen los planteamientos de SILVA SÁNCHEZ y MAIWALD, liberar a la antijuridicidad del resultado y exigir la vulneración del bien jurídico en el terreno de la punibilidad.

Desde mi punto de vista no es posible sostener esta última dirección, dado que tampoco es posible desvincular totalmente el contenido de la antijuricidad de los principios de protección de bienes jurídicos y de culpabilidad. En tal perspectiva, con el solo argumento de que se protegen bienes jurídicos, no pueden solventarse las múltiples formas de responsabilidad objetiva que pueden derivar de una configuración subjetiva del injusto. Ciertamente, considerar prohibidas las acciones u omisiones que *ex-ante* son capaces de lesionar o poner en riesgo bienes jurídicos, sin la consideración del resultado efectivamente acaecido, significa renunciar parcialmente a la exigencia de responsabilidad subjetiva para entender punible un comportamiento humano, pues ya no será preciso que tal resultado sea abarcado por el dolo del autor al encontrarse relegado al ámbito de la punibilidad y, consecuentemente, al terreno de la norma secundaria, como defiende SILVA SÁNCHEZ, cuando concluye que la "causalidad e imputación objetiva del resultado no forman parte del ámbito de referencia del dolo ni pueden, por tanto, ser objeto de errores del sujeto. El objeto exclusivo del dolo lo constituye la conducta *ex ante* peligrosa para bienes jurídicos"[748].

En tal orden de pensamiento, consideramos que el principio de protección de bienes jurídicos no queda suficientemente salvaguardado con la pura exigencia objetiva, al margen del dolo del autor, de que se vulneren bienes, pues ello equivaldría a sostener que el DP tiene por misión la prevención de resultados indeseados, desconocidos e imprevistos por quien realiza un comportamiento peligroso. Y en esto puede

[748] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al DP contemporáneo*, p. 418.

encontrarse una contradicción entre la premisa básica y las conclusiones a las que arriba la perspectiva subjetivista del injusto, pues mientras se parte de considerar que la norma penal no puede determinar resultados, se termina admitiendo que se puede sancionar por la mera causación de estos. Evidentemente, una reacción penal frente a la pura causación de eventos lesivos equivale a un empobrecimiento de los fines preventivos y a una reorientación de la pena acorde con una justificación de signo retributivo.

Consecuentemente, los bienes jurídicos deben ser protegidos por el DP no de los resultados imprevisibles, de origen natural o humano, sino de aquellas acciones u omisiones, dolosas o culposas, que lesionen o pongan en riesgo tales bienes. De esta manera, la protección de bienes es acorde con los fines de prevención y el principio de culpabilidad, a la vez que útil porque los cursos imprevisibles no son humanamente dominables, de modo que no pueden determinarse mediante la ley penal. Como se verá posteriormente, esta conclusión permite negar la consideración del resultado como secuela del azar.

Pues bien, solo admitiendo la vinculación del injusto al desvalor del resultado se solventa con utilidad el principio de protección de bienes jurídicos, pues ya no constituirá materia de prohibición la realización de aquellos comportamientos *ex-ante* peligrosos pero que *ex-post* no han significado una puesta en riesgo o la lesión de algún interés penalmente tutelado. Asimismo, al integrarse la consecusión del resultado en la antijuridicidad, como elemento objetivo de la prohibición penal, el autor no responderá por el acaecimiento de aquellas consecuencias azarosas o casuales, sino exclusivamente de aquellas que pudo prever y dominar mediante su acción u omisión. En tal sentido, la defensa de una configuración dualista del injusto es más acorde con un DP excluyente de la responsabilidad objetiva.

Como corolario de lo anterior, para los principios de exclusiva tutela de bienes jurídicos y de culpabilidad –en su sentido de exigencia de responsabilidad subjetiva– carecen de identidad, como si se sostiene desde la configuración monista subjetiva de la antijuridicidad, la puesta en peligro y la lesión de bienes. Efectivamente, más allá de la común

existencia de un comportamiento *ex-ante* peligroso, no es posible ontológica ni valorativamente predicar una semejanza entre la destrucción o el menoscabo y la creación de situación de probable afectación de un bien.

Es más, si se admite, como punto de partida, la conocida y ya clásica tesis de KERN, acerca de la graduabilidad del injusto[749], sería inevitable concluir que "dicha graduación ha de ser hecha depender, coherentemente, de las cualidades de tal conducta. Y, entre estas cualidades, precisamente una de ellas es la de su eficacia causal respecto de un resultado lesivo o peligroso para el bien jurídico"[750], de modo que la entidad del resultado permite diferenciar comportamientos más o menos graves, en concordancia con la mayor o menor vulneración del interés protegido.

Estos argumentos permiten entender los fundamentos que avalan la menor sanción de la tentativa idónea en relación con el delito consumado[751], la irrelevancia penal de la tentativa absolutamente inidónea o la distinta graduación del injusto y las consecuencias jurídicas entre los delitos de lesión, de peligro concreto y de peligro abstracto, según la intensidad del efecto exigido sobre el bien jurídico[752].

---

[749] KERN, E. "Grade der Rechtswidrigkeit", en: *ZStW*, 1952, pp. 255 y ss.

[750] PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *El riesgo permitido en DP*, p. 95, nota 24, continua: "De este modo, el desvalor del resultado no es tan solo el motivo de la tipificación (...), y mucho menos una mera prueba de la peligrosidad (...), sino que, una vez realizada la tipificación, tampoco opera como cualidad que califica la acción, graduando con ello el injusto".

[751] Incluso SANCINETTI, Marcelo A. *¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados?,* pp. 29-32, llega a admitir la posibilidad de atenuar facultativamente la pena de la tentativa acabada, cuando el fracaso obedece a una deficiente concepción o ejecución del hecho, de modo que a la realización dolosa de la tentativa se suma una imprudencia "al revés", pues el autor actúa negligentemente respecto de su plan de ejecución. En ese sentido, entiende SANCINETTI que "esta 'imprudencia invertida' debe ser computada en su favor, del mismo modo que la imprudencia normal es computada en contra", p. 29.

[752] LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en DP*, p. 182.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, debe reconocerse la importancia de las críticas contra las posturas subjetivistas de la antijuricidad, pero no parece posible admitir su satanización al extremo, por ejemplo, de entender necesariamente que constituyen una manifestación del DP de autor o un medio de control de la actitud interna, contrarios a los principios de responsabilidad por el hecho y *cogitationis poenam nemo patitur*, lo que a mi entender está ausente en la fundamentación de los autores anteriormente citados.

Asimismo, tampoco la proliferación legislativa de los delitos de peligro, y en especial los abstractos, parece ser obra de estas posturas, puesto que, por una parte, el legislador parece orientarse menos por consideraciones dogmáticas que por razones de presunta utilidad, en orden a evitar la muchas veces difícil prueba de la imputación de un resultado, lesivo o de peligro concreto, a una conducta determinada[753]. De otra parte, no debe olvidarse que muchos de los defensores de la peligrosidad abstracta toman como punto de partida la exigencia de un desvalor de resultado en la antijuricidad, lo que consecuentemente les ha llevado a admitir que en tales delitos, "por excepción", la ley no consagra un resultado, o a intentar configurar un resultado hipotético como consecuencia de la aptitud o idoneidad lesiva del comportamiento *ex-ante* peligroso[754].

Sin embargo, soluciones como la equiparación de la pena de la tentativa acabada idónea y la consumación[755] o la criminalización de la tentativa inidónea[756], son suficientemente representativas del riesgo, subyacente a la propuesta subjetivista, de considerar a la actuación peli-

---

[753] HASSEMER, Winfried. "Crisis y característica del moderno DP", pp. 640-641.

[754] Así, LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en DP*, pp. 180-181, refiriéndose a la existencia de un "desvalor potencial de resultado".

[755] ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*, p. 154.

[756] SANCINETTI, Marcelo A. *¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados?,* p. 26. ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*, p. 217.

grosa como la forma básica de delito, en el marco de un DP de los delitos de peligro[757], con la consiguiente vulneración de elementales principios penales derivados del modelo de Estado previsto por la Constitución, en particular las garantías de exclusiva protección de bienes jurídicos y proscripción de la responsabilidad objetiva.

Con todo, la actual tendencia legislativa en materia penal, proclive a la sanción de la imprudencia solo cuando de ella ha derivado un resultado o a la atenuación de la tentativa frente al delito consumado[758], impide sostener, desde el marco de la ley penal, una concepción subjetivista de la antijuricidad[759]. Y específicamente, en relación con el Derecho penal positivo español, GARCÍA RIVAS señala con corrección que este "ha quedado definido en 1995 de manera tal que escapa francamente a una visión subjetiva del injusto"[760], lo que se sustenta, por ejemplo, en la atenuación obligatoria que el Art. 62° del Código penal español prevé para la tentativa acabada en función del riesgo creado *ex-post* por la conducta peligrosa *ex-ante*, la concepción objetiva de la tentativa (Art.

---

[757] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 134, nota 438.

[758] STRATENWERTH, Günter. *Acción y resultado en DP*, pp. 63 y ss., 84 y ss.; SCHÜNEMANN, Bernd. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits-und Gefährdungsdelikte*, pp. 511 y ss.

[759] No obstante, SANCINETTI, Marcelo. *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 26 y ss., señala la menor importancia del derecho positivo en la articulación de lo que él considera una teoría correcta de la imputación penal, que finalmente traduce en un "modelo de legislación penal de orientación subjetivista".

[760] GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 89, continúa: "La definición objetiva de la tentativa (Art. 16° Código penal) y la indicación expresa del criterio del peligro creado por el intento para dilucidar la rebaja obligatoria de la pena respecto a la prevista para el delito consumado (Art. 62° Código penal) reduce, a mi modo de ver muy acertadamente, la posibilidad de incriminar la tentativa inidónea (cuyo "injusto" no pone en duda la doctrina subjetiva); y no me refiero solo a la absoluta sino incluso la relativa, pues parece claro que el peligro que esta crea no existe realmente sino solo en la mente del autor, cuyo plan difiere sustancialmente del acontecer real del hecho".

16.1), la impunidad de la tentativa inidónea[761], la generalizada exigencia de un resultado en los delitos imprudentes tipificados por la Parte especial del Código penal[762], la menor sanción de la puesta en peligro respecto de la lesión de un bien jurídico[763], o la posibilidad de graduar la pena atendiendo a la entidad del peligro creado[764].

Similares consideraciones se aprecian en la legislación penal peruana. Aunque el Art. 11° del CP91 identifique como delitos y faltas las simples "acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley", el Art. IV. del Título preliminar del CP91 se decanta a favor de una concepción dualista del injusto, cuando señala que "la pena necesariamente precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley". Bajo esa lógica, el Código dispone la atenuación obligatoria de la pena en la tentativa (Art. 16° pf. 2) y la impunidad de la tentativa inidónea (Art. 17°).

3. La intrascendencia del azar en la determinación de los resultados penalmente relevantes

Para los fines de esta investigación es trascendental adentrarnos en la compresión y crítica de una de las principales conclusiones a las que

---

[761] Al no ser una tentativa punible, incardinable en la definición del Art. 16° del Código penal español, dado que la inidónea no consiste en "actos que objetivamente deberán producir el resultado", ni entrañan un "peligro inherente al intento" como exige el Art. 62° para sancionar la tentativa.

[762] En la tutela de bienes individuales, como la vida (Arts. 142°, 146°) o la salud individual (Art. 152°); y colectivos, como se evidencia en la criminalización de la contaminación (Art. 325°) imprudente (Art. 331°), pues se exige un resultado de peligro consistente en la posibilidad de "perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales".

[763] Prender fuego a montes o masas forestales, sin que llegue a propagarse el incendio, pone en peligro la estabilidad del ecosistema y es sancionado con una menor pena (Art. 354.1) que el incendio de dichos montes o masas forestales (Art. 352°) que lesiona la estabilidad del ecosistema.

[764] El delito de incendio del Art. 351° *in fine* prevé la posibilidad de atenuar la pena en atención a la "menor entidad del peligro causado".

se arriba desde la defensa de una configuración subjetiva de la antijuricidad, es decir la consideración de todo resultado lesivo o peligroso para los bienes jurídicos, como una consecuencia inevitable del azar o de la casualidad.

De admitirse como cierta esta conclusión, sería inevitable concebir al ser humano como un ser absolutamente incapaz de prever y dominar las consecuencias de su comportamiento peligroso, de modo que pueda o no conducirlo hacia metas o resultados que ofenden bienes jurídicos. Indudablemente, esta constituye una visión empobrecida del ser humano, pues equivale a negar una parte de su racionalidad, aquella que le permite pronosticar o advertir, al menos como probables, la sucesión causal que puede originar su conducta externa, apareciendo como un ente predestinado por la "buena o la mala suerte" de que un resultado determinado se origine por su comportamiento. Con esta forma mitificada de comprender el mundo, consecuentemente, los resultados peligrosos carecerían de significación para el Derecho penal, de forma que el estudio de los delitos de peligro se centraría en el análisis del comportamiento *ex-ante* peligroso, es decir el peligro como predicado exclusivo de la acción.

Sin embargo, a estas consideraciones ha de oponerse también la fuerza del principio de culpabilidad, en particular la garantía de la exigencia de responsabilidad subjetiva. Antes bien, consideramos oportuno revisar los argumentos, no siempre al margen de contradicciones, de los defensores de la tesis del resultado como secuela del azar.

Para ZIELINSKI el resultado es siempre producto del azar, razón por la cual este no puede influir en el juicio de antijuridicidad, dado que, al no poder ser objeto de conocimiento por el destinatario de la norma, no puede constituir un motivo para la realización o no de la conducta humana. En tal orden de ideas, entiende que "únicamente en este punto puede ser exorcizado finalmente el 'fantasma mágico', invocado en su tiempo por MERKEL, 'de la naturaleza que obra antijurídicamente': si sólo el hombre puede realizar un ilícito, entonces, el resultado producido *también* por la casualidad no puede integrar el ilícito, sino solo el

acto disvalioso, para lo cual está capacitado únicamente el hombre y ninguna otra cosa del mundo de nuestra experiencia".[765]

Como se aprecia de lo anterior, el propio ZIELINSKI no llega a afirmar que el resultado pueda ser, en lo absoluto, obra de la casualidad, de modo que toma prudente distancia de cualquier afirmación radical y, matizando, opta por entender que el resultado no solo puede ser obra de la casualidad, como puede evidenciarse en esta cita: "El hecho de que una acción quede sin resultado, ocasionalmente puede basarse, por cierto, en la insuficiente capacidad de conducción final o en la deficiente capacidad de perseverancia de la voluntad; entonces, existe un menor disvalor de acto. Pero la ausencia de resultado de la acción *también puede ser atribuida a la mera casualidad*, por tanto, a circunstancias que son completamente independientes de la finalidad y del autor. Del mismo modo, es posible lo contrario, que por mera casualidad, una constelación favorable de circunstancias, no calculada por el autor, lleve, sin embargo –al proyecto de acción planeado y conducido *ex ante*, de modo altamente defectuoso (por tanto, poco prometedor)–, al resultado"[766].

No obstante, de esta consideración del azar como un condicionante más, sumado a otros trascendentes factores causales, del resultado, ZIELINSKI posteriormente arriba a una conclusión distinta, pues pasa a sobrevalorar el papel del azar, atribuyéndole la cualidad de ser la principal condición de todo resultado, según se deduce de esta afirmación: "El ilícito consiste exclusivamente en la acción. El resultado es, en gran parte, casualidad"[767]. Empero, en otro momento de su discurso, casi milagrosamente, la casualidad se convierte para él en la única y exclusiva causa del resultado, pues entiende que "la realización del objeto del juicio de disvalor de resultado está dada, frente al ilícito, solo por *casualidad*. Al

---

[765] ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*, p. 51, cursiva fuera del texto.

[766] *Ibid.*, p. 146, cursiva fuera de texto.

[767] *Ibid.,* p. 176.

no haber ningún puente entre el disvalor de resultado y el acto final, el disvalor de resultado no puede fundar ni la norma ni el deber"[768].

Con este acercamiento preliminar a los planteamientos de ZIELINSKI, es posible confirmar que en su discurso relativo al valor de la casualidad en la realización del resultado, está ausente una argumentación coherente y sistemática. En efecto, el autor, partiendo de una primera constatación de que el resultado no solo es obra del azar; posteriormente, al negar que el desvalor de este pueda concurrir en la configuración del injusto y previas afirmaciones no fundamentadas que inflan progresivamente la fuerza del azar, erige su comprensión del ilícito penal como si el resultado fuera obra exclusiva y excluyente de la casualidad.

Una orientación semejante puede advertirse en los trabajos de otros defensores de la constitución subjetiva de la antijuridicidad, especialmente en las consideraciones de SANCINETTI, cuya obra constituye, quizás, la más lograda y radical fundamentación de esta tendencia en la doctrina de habla hispana[769]. SANCINETTI sostiene también, como se indicara más arriba, que "La producción efectiva del resultado (...), es, en parte, siempre casual, un producto del azar del acaso, de la arbitrariedad. *(De modo que)* Una teoría de la responsabilidad no puede partir de esta deficiencia"[770].

Sin embargo, este autor incurre en el mismo vacío que ZIELINSKI, dado que, pese a reconocer que el resultado solo puede explicarse

---

[768] *Ibid.*, p. 161.

[769] Vid. SANCINETTI, Marcelo. *Subjetivismo e imputación objetiva en DP*, p. 59, nota 76, donde señala que la coherencia de su modelo ha alcanzado mayor solvencia, al menos en lo relativo al tratamiento de la impunidad por desistimiento de la tentativa y la posibilidad de atenuación de la pena en determinados casos de tentativa acabada, en su monografía titulada *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa,* aunque las bases fundamentales quedaron cimentadas en su *Teoría del delito y disvalor de acción,* passim.

[770] SANCINETTI, Marcelo. *¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados?*, p. 18, entre parentesis y cursiva fuera de texto.

parcialmente ("en parte") desde el azar, y cuando de ello debe deducirse más bien que los resultados no naturales ni imprevisibles obedecen, al menos en parte también, a la realización de un comportamiento humano; SANCINETTI prefiere concluir, dejando un vacío argumentativo, en la total irrelevancia del resultado, como si la producción de este fuera totalmente atribuible a la casualidad. Este modo de "razonamiento" constituye una de las formas más ordinarias de "silogismo" falaz, consistente en la deducción, sin más, de una conclusión absoluta sobre la base de premisas meramente relativas.

Consecuentemente si, como señala el autor reseñado, una teoría de la responsabilidad penal no puede partir de las deficiencias introducidas por la arbitrariedad del azar, entonces tampoco es posible erigir la concepción del ilícito sobre la simplista deficiencia de SANCINETTI que entiende todo resultado como absolutamente imputable a la casualidad. Por contra, la configuración de la antijuricidad debe construirse tomando en cuenta el dato de que solo determinados resultados pueden ser atribuidos preferentemente al azar y, a *contrario sensu*, que tantos otros pueden imputarse principalmente a la realización de un comportamiento *ex-ante* peligroso. En ese sentido, al DP le deben ser indiferentes aquellos resultados producto de la casualidad, pues por exigencia de una de las principales conquistas de nuestro tiempo, el principio de culpabilidad, solo es posible responsabilizar a alguien por las consecuencias previsibles de su acción u omisión. Pero sobre ello se volverá posteriormente.

Ahora bien, SANCINETTI, a fin de nutrir sus fundamentos, no solo se ha servido de la inexacta consideración empírica del "mágico" poder del azar, omnipresente en la realización de toda consecuencia que ha contado con la participación del ser humano, e ininteligible a la aprehensibilidad de su escasa racionalidad. También ha dirigido su crítica contra lo que se entiende, constituye la garantía liberal del resultado, señalando que no se trata más que de un mito[771], en un doble sentido:

[771] En ese sentido se pronuncia ya en publicaciones como: *Dolo y tentativa. ¿El resultado como un mito?*, pp. 509 y ss. ; ÍDEM. *Tentativa y dolo eventual*,

primario y secundario. Mito primario porque se cree que el resultado tiene la función de "atribuir, a la misma acción de la que proviene, más carga constitutiva de su propio disvalor, del que ella tendría si no lo hubiera producido"[772], es decir "tendencia a creer que en ese resultado pueda encarnarse la mayor maldad del autor"[773].

En tal orden de ideas, y apoyándose en una concreta investigación sociológica realizada por KELSEN[774] que precisa los diferentes planos en que opera el ser y el deber ser, SANCINETTI concluye que la exigencia de un disvalor de resultado constituye un resabio del pensamiento primitivo[775], es decir aquel que no distingue entre leyes sociales y leyes empíricas. Así, precisa que "en el pensamiento del hombre primitivo se comprende el carácter constitutivo del resultado: al no existir ninguna distinción conceptual entre 'ley' en sentido normativo y 'ley' en sentido natural, causal,… no pudo haber ninguna disociación entre *voluntad y casualidad*. No hay otra teoría de la causalidad que una teoría de la imputación (...) solo se puede imputar la producción de un efecto; se responde, pues, por las malas *consecuencias*. Los dioses señalan al autor del hecho consumado como más 'malo' que el autor de tentativa"[776].

Finalmente, en lo que interesa resaltar para esta investigación, el autor señala que el mito secundario opera en sede judicial, cuando se

---

pp. 735 y ss. Ampliamente en: *Teoría del delito y disvalor de acción*, pp. 68 y ss., 77 y ss.

[772] SANCINETTI, Marcelo. *Dolo y tentativa. ¿El resultado como un mito?,* p. 509, continua: "Podríamos denominar a este prejuicio –el de que el resultado es *constitutivo* de lo ilícito– *"mito primario del resultado"*.

[773] SANCINETTI, Marcelo. *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*, p. 61.

[774] KELSEN, Hans. *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, trad. de Jaime Perriaux. Depalma, Buenos Aires, 1945.

[775] Ampliamente, SANCINETTI, Marcelo. *Teoría del delito y disvalor de acción*, pp. 115 y ss.

[776] SANCINETTI, Marcelo. *¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados?*, p. 17.

entiende que "el resultado facilita la prueba del dolo de ese mismo resultado; y que, del mismo modo, su ausencia la dificulta"[777], de tal forma que "el resultado cumple una función de reemplazo: en lugar de la prueba del dolo, los jueces se conforman con la producción del resultado, que simplifica todos los problemas"[778].

Una evaluación de estas consideraciones debe partir de reconocer sus falacias y contradicciones. Entre las primeras, puede constatarse, en el discurso de SANCINETTI, el deseo de estigmatizar –como pensamiento primitivo– o etiquetar –como mito primario y secundario– al objeto de su crítica: el resultado y la trascendencia de su desvalor en la constitución del ilícito penal; como si a partir de allí todos debiéramos entender que sus conclusiones adquieren mayor vocación de convencimiento.

Este tipo de falacia, usualmente argüida en la actividad política y periodística, tiene la misma estructura de las *ad-hominen*, es decir aquellas en las que se pretende lograr el descrédito de una idea, mediante el recurso de desprestigiar a la persona que la defiende. En este caso, se pretende desmerecer la importancia del resultado, a través de calificativos ("mito", "pensamiento primitivo") que en nada atacan su fundamentación dogmática, y que en todo caso merecen ser desterrados, al menos, en un discurso con aspiraciones científico penales.

Sumado a ello, y pese a que pretendidamente "libera" al injusto de toda consideración del resultado, SANCINETTI no puede sostener este

---

[777] SANCINETTI, Marcelo. *Dolo y tentativa. ¿El resultado como un mito?*, p. 510.

[778] SANCINETTI, Marcelo. *Subjetivismo e imputación objetiva en DP*, p. 62, continua: "Esto se explica aproximadamente así: Si el autor alcanza el resultado, en principio, tiene dolo de ese resultado, o, al menos, hay una fuerte presunción de que ha querido el resultado; conclusión: hay delito doloso consumado. Si no se produce el resultado, no ha actuado con dolo, o, al menos, hay cierta presunción de que no lo ha querido; conclusión: no ha cometido ni siquiera tentativa. Este es el origen real de la *praesumptio doli: facta laesione praesumitur dolus, donec probetur contrarium* (el hecho de la lesión hace presumir el dolo hasta que se pruebe lo contrario)", p. 63.

punto de partida hasta sus máximas consecuencias, pues llegado el momento de decidir sobre la sanción de determinadas conductas con distinto resultado, no puede omitir establecer una graduación de la pena, como ocurre por ejemplo en el tratamiento de la tentativa acabada, donde el sujeto ha agotado la realización del comportamiento planeado y que, de acuerdo con una configuración puramente subjetiva de la antijuridicidad, siempre merecería la misma reacción penal que el delito consumado[779]. Sin embargo, en estos casos, tal como se advirtió anteriormente, SANCINETTI propone una diferencia entre tentativas acabadas cuyo fracaso no es imputable al autor y aquellas en donde la falta de consumación obedece a que este se comporta negligentemente respecto de su plan de ejecución, es decir con una "imprudencia al revés" que debe computarse a su favor mediante una atenuación de la pena[780].

A nuestro juicio, esta distinción obedece a una clara fundamentación objetivista[781], dado que si la no consumación tiene su origen en la

---

[779] ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*, p. 154.

[780] SANCINETTI, Marcelo. *¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados?*, p. 29.

[781] Lo que ha negado SANCINETTI (*¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados?*, p. 29), señalando que la atenuación debe operar indistintamente de la consumación *ex-post* del delito. En ese sentido, ejemplifica que: "Si dos autores han disparado con armas de fuego sin revisar el cargador, ambos deben tener la misma sanción (...) aun cuando solo una de las armas haya estado cargada. Esta circunstancia (arma cargada) responde al *azar*, no es imputable, lo imputable es haber accionado el gatillo sin revisar el cargador" (pp. 29-30). Antes bien, esta solución pierde trascendencia si se tiene en cuenta que esa presunta circunstancia azarosa (arma cargada o descargada) es cognoscible, previsible y dominable por los autores, de forma que al ser advertida pasa a ser abarcada por el dolo, aceptándose la probabilidad de que el arma se halle cargada, pese a lo cual se continúa con lo planeado (dolo eventual). Consecuentemente, lo imputable es perfectamente diferenciable: apretar el gatillo y causar la muerte (consumación con dolo eventual), así como apretarlo y que el arma no dispare (tentativa acabada con dolo eventual).

realización de un plan de ejecución insuficiente (no inidóneo) para alcanzar dicha consumación, entonces la razón de un tratamiento atenuado no puede enmascararse en una oscura consideración subjetiva como la del "error al revés"[782], sino en el menor peligro para el bien jurídico.

Ahora bien, de esta revisión general del pensamiento de ZIELINSKI y SANCINETTI, cabe concluir que la fundamentación del resultado como producto del azar tropieza sin duda, con la inconsistencia lógica de pretender atribuir a la casualidad mayor mérito del que efectivamente cobra en la realización de la lesión o puesta en riesgo de un bien jurídico, dado que a nuestro entender, aun partiendo de una mera consideración empírica, la experiencia general demuestra que no todo resultado es obra del azar, como sucede por ejemplo cuando un sujeto, utilizando un arma cargada, dispara a la cabeza de un sujeto desde una distancia de cinco centímetros, causándole la muerte instantánea por traumatismo encéfalo craneano.

Asimismo, dicha experiencia general demuestra que frente a aquellos cursos causales inciertos o desconocidos, como comúnmente ocurre en ámbitos como la salud pública, el uso de la energía nuclear o la degradación ambiental, es posible prever probabilísticamente las consecuencias lesivas de un comportamiento, así por ejemplo, científicamente puede concluirse que el derrame de una tonelada métrica de ácido sulfúrico en las inmediaciones de un manantial es suficiente para contaminar el agua destinada al consumo humano de una población erigida

---

[782] Ni siquiera siguiendo los postulados de SANCINETTI podría defenderse las conclusiones a las que arriba. El autor no yerra *"respecto de su plan de ejecución",* de ser así entonces el plan no se realiza según lo previsto y, consecuentemente, desaparece la tentativa acabada y se abre el paso para una inacabada (deficiente o incompleta ejecución del plan). Lo que efectivamente sucede es que el autor realiza total y cabalmente lo planeado (tentativa acabada), pero dicho plan es imperfecto para realizar un comportamiento suficientemente peligroso. Por lo tanto, no es que *"el autor se comporta descuidadamente respecto de su plan de ejecución",* como equivocamente sostiene SANCINETTI; el error es anterior al comportamiento, opera al momento de concebir el plan, en el fuero puramente interno.

a tres kilómetros de distancia. Y ello es así salvo que llueva, lo que es previsible conforme con los actuales conocimientos meteorológicos, en magnitudes tales y la sustancia tóxica se diluya en el agua, restándose de ese modo sus efectos letales.

En ese sentido, debe reconocerse, como señala STRATENWERTH, que "como todo el mundo sabe, el planeamiento delictivo más cuidadoso, al igual que todo plan humano, puede fracasar, en verdad, por una minúscula casualidad, y en la ligereza más grosera puede que nadie resulte dañado 'como por milagro'. *En esa medida* es correcto decir que no pueden ser prohibidas o mandadas la producción o la ausencia del resultado, sino solo *acciones*. Pero esto de ningún modo significa, a la inversa, que el autor no tenga nada que ver con el resultado, *¡cuando el se produce!*"[783], tal como lo demuestran ejemplos tan ordinarios como los señalados en los anteriores párrafos.

Sobre esta consideración empírica que niega la fuerza del azar en la realización del resultado, puede reivindicarse el entendimiento del ser humano como un sujeto racional, capaz de atender al llamado de la norma penal y de prever en muchas ocasiones las consecuencias de su comportamiento, en unos casos casi con absoluta certeza[784], como quien dispara a cinco centímetros de la cabeza de otro; y, en otros, de acuerdo con las denominadas leyes fenoménicas probabilísticas[785], de suma uti-

---

[783] STRATENWERTH, Günter. *Acción y resultado en DP*, p. 78.

[784] Como en las denominadas leyes fenoménicas de carácter determinista, que establecen una "conexión *necesaria* entre dos especies de hechos", Vid. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *El riesgo permitido en DP*, pp. 172-173, la forma lógica de estas leyes es la de una proposición predicativa perfecta:
$Ax\ (A_x —> B_x)$
Es decir: Para todo supuesto, si se produce *A*, entonces se produce también *B*, Vid. *Ibid*., p. 173, nota 62.

[785] Es decir, "aquellas que establecen una conexión de *frecuencia* entre dos especies de hechos. Se trata, por lo tanto, de leyes que no garantizan con seguridad la conexión, sino que únicamente afirman que dicha conexión se da entre una parte de ambas especies de hechos, y, además, cuantifican esa

lidad para la atribución de la responsabilidad penal frente a fuentes de peligro propias de "sociedades de riesgo", que tratamos anteriormente.

Previsibilidad es posibilidad de dominio, por ello entendemos que, aun en aquellos supuestos donde no existe la plena certeza de que un comportamiento dará lugar a un determinado resultado, este último puede ser previsto como posible y, en atención a ello, evitado (dominado) mediante una acción u omisión, acorde con la dirección motivadora de la norma penal. Consecuentemente, incluso muchas circunstancias *ex-ante* desconocidas, azarosas o casuales si se quiere, pueden ser advertidas y tenidas en cuenta por el autor al momento de deliberar y realizar una conducta, como ocurre por ejemplo cuando un conductor circula por una carretera de dos vías (ida/vuelta) y en una curva ciega decide adelantar a un camión, confiando que ante la eventualidad de que otro vehículo circule regularmente en dirección contraria, será capaz de reingresar a su carril y/o que la pericia del otro permitirá evadir la colisión.

En este ejemplo, si el accidente no se produce por la ausencia de un vehículo circulando contrariamente, o por la habilidad de alguno de los conductores, el chofer imprudente, como cualquier otro, pudo advertir la circunstancia azarosa que evitó el resultado. Contrariamente, si el peligro originado por su imprudencia se realiza en un resultado lesivo, no podrá alegar que el resultado obedece a condiciones azarosas, como la presencia de un vehículo que circulaba regularmente en sentido contrario o la imposibilidad de ambos conductores de esquivarse mutuamente, pues tales circunstancias pudieron ser previstas y dominadas mediante la omisión del comportamiento imprudente (adelantar en una curva ciega).

---

parte (...) indican que, a partir de una acción *A*, se deriva la consecuencia *C* con un porcentaje *P* de probabilidades", Vid. Ibid., pp. 173-174. En su forma lógica, esta leyes señalan que dadas las especies de hechos A y B, *Ex* (A_x —> B_x), existe al menos uno de esos hechos de la especie *A* del que se sigue un hecho de la serie *B*, Vid. *Ibid*., p. 174, nota 69.

Como señalamos líneas arriba, negar la capacidad de prever y dominar determinadas circunstancias azarosas equivale a empobrecer notablemente la concepción del ser humano, es decir una limitación de aquella racionalidad que le permite operar en el mundo confiando que su conducta, aunque peligrosa y bajo específicas condiciones, puede determinar o no resultados lesivos para los bienes jurídicos. Por ende, concebir todo resultado como obra del azar y no de la conducta humana significa, contrariamente a lo sostenido por SANCINETTI, concebir el mundo mitificadamente: al ser humano como un espíritu incapaz de determinar todo curso lesivo o peligroso; y, a lo sobrenatural, o sea la casualidad, el azar o la suerte, como amo y señor de dichos cursos, los dioses como autores de lo malo y de lo bueno, la vida como una lotería.

Empero, tampoco puede desconocerse que muchos resultados riesgosos o lesivos para un bien jurídico-penal y en donde causalmente existe intervención humana, en el sentido de la teoría de la equivalencia de las condiciones, pueden ser atribuidos principalmente al azar, como ocurre si los pilotos conducen prudentemente un avión comercial, cuya ala es alcanzada por un rayo que les obliga a ejecutar un aterrizaje forzoso que causa varios heridos; o el caso del ingeniero en ciencias ambientales que conduce un proceso de emisión de sustancias tóxicas a la atmósfera, respetando los recientes límites de tolerabilidad impuestos por una nueva legislación administrativa, pero ocurre que tales límites fueron calculados erróneamente por los técnicos que asesoraron al legislador, de modo que dicha emisión origina, luego de un mes, daños irreversibles en el ecosistema de una provincia.

En ambos casos, fuera de las responsabilidades que podría recaer en la torre de control que omite informar a los pilotos que se acercan a una zona de rayos, o la atribuible a los técnicos que asesoraron al legislador, respectivamente; quienes directamente realizan la actividad peligrosa (los pilotos y el ingeniero), *ex-ante* no podían prever ni dominar las consecuencias lesivas de dicha actividad, pues ha concurrido un factor exógeno no controlable por estos y que impropiamente podríamos denominar azar o casualidad.

Según lo aquí sostenido, sin perjuicio de reconocer que determinados resultados son principalmente obra del azar o de la casualidad, ónticamente puede constatarse también lo contrario: que innumerables resultados son previsibles y dominables por el comportamiento humano, de modo que pueden ser atribuidos a la realización de este. Esto último se condice, en el plano filosófico, con el reconocimiento de la capacidad racional del ser humano de poder prever, en muchos casos, las consecuencias ciertas o probables de su conducta y dirigirse conforme con ello.

Estas conclusiones, llevadas a la órbita penal deben ser relacionadas con el principio de culpabilidad, en particular con los fundamentos que conducen a la exclusión de la responsabilidad objetiva o por el mero resultado. En esta línea de ideas, no es posible admitir, en palabras de RADBRUCH una "avergonzante responsabilidad *(penal)* por la casualidad"[786], pues conforme a la evolución del DP, en la actualidad solo es posible responsabilizar a un individuo por las consecuencias previsibles de su comportamiento y no por aquellas que él no puede prever ni dominar: el azar o la casualidad[787].

Efectivamente, "El fin último de toda la teoría de la imputación (...) es precisamente el de rechazar aquellos resultados que no 'pertenecen' a la acción y al autor, que no son 'obra suya', sino del azar (...) En la medida en que es imputable, la producción del resultado no es casual y pertenece al injusto como manifestación del desvalor de acción"[788].

De esta forma, debe concluirse que toda consecuencia del azar es intrascendente para una teoría de la imputación penal. Por cierto, si por azar se pretende entender aquellas circunstancias previsibles que deter-

---

[786] Cit. sin referencia por STRATENWERTH, Günter. *Acción y resultado en DP*, p. 78, paréntesis y cursiva fuera de texto.

[787] Similar, HUERTA TOCILDO, Susana. *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, p. 63, nota 102.

[788] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 132.

minan la verificación del resultado, entonces estamos llamando azar a lo que no es, pues la posibilidad de prever las consecuencias ciertas o probables de una conducta, permite orientar el comportamiento activo u omisivo hacia metas acordes o no con el sentido de la norma penal. Por contra, si se limita el concepto de resultados azarosos a aquellos que son *ex-ante* imprevisibles, en el momento de la realización del comportamiento prohibido, entonces nos hallamos ante resultados irrelevantes para el DP, equivalentes a lo que en la moderna literatura penal se ha venido a denominar "caso fortuito". Y con mayor razón lo serán aquellos que, desde una consideración *ex-post*, aparezcan como imprevisibles.

En conclusión, la idea del resultado como obra del azar es incompatible con la experiencia general, con el reconocimiento de la racionalidad humana de prever y dominar las secuelas de su comportamiento y con el principio de culpabilidad entendido como exclusión de la responsabilidad objetiva. Consecuentemente, por azar debe entenderse tanto lo imprevisible *ex-ante*, como *ex-post*, es decir lo intrascendente para un DP respetuoso del principio de culpabilidad. En ese universo se incluyen tanto las circunstancias no cognoscibles por el autor al momento de realizar la conducta, como aquellas que aparecen también como desconocidas para el observador póstumo.

Estos últimos son los que han venido siendo objeto de constante preocupación en la jurisprudencia europea, principalmente de Alemania, Italia y España, y sobre todo en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos, como dan cuenta los asuntos antes citados: *Contergan, Lederspray, Holtzschutzmittel, Montecatini-Edison* y *Colza*. En tales oportunidades, la imposibilidad de contar con leyes fenoménicas de carácter determinista a fin de demostrar con certeza el nexo causal entre el consumo normal de un producto y las consecuencias lesivas para la salud pública y bienes jurídicos individuales, dio origen a profundos desacuerdos científicos en torno a la determinación de la ley fenoménica probabilística aplicable en cada caso concreto.

Con todo, estas experiencias han evidenciado, en el ámbito judicial, los importantes límites de la ciencia para explicar los fenómenos y

sucesos naturales, incluso aquellos que pueden originarse en un comportamiento humano. Sin embargo, la desmitificación de la fe ciega en la ciencia no es reciente, pues ya desde la segunda mitad del siglo XIX, las investigaciones de Max PLANCK en el campo subatómico, pusieron en crisis la concepción mecanicista del mundo, de tradición aristotélica y newtoniana, aferrada al principio de la causalidad y a las categorías de espacio y tiempo[789]. Efectivamente, con los desarrollos y fórmulas elaboradas por HEISENBERG (1927), la denominada física de la mecánica cuántica erigió su propio modo de calcular las magnitudes de los movimientos y los lugares en el interior de los átomos, a partir de lo cual se acepta que en el terreno subatómico no opera la ley de la causalidad[790].

Sin duda, los aportes de HEISENBERG sirvieron para demostrar las inconsistencias del determinismo, pues se logró "demostrar que existían procesos ínfimos que convertían al reloj determinista en algo impreciso. La física cuántica se vio obligada a introducir las probabilidades. Si el mundo físico no era un mundo regulado por las leyes newtonianas, sino que en él regía la imprecisión y la irregularidad, los fundamentos empíricos del determinismo quedaban seriamente debilitados"[791]. Y en similar orientación, la formulación de Albert EINSTEIN de las conocidas teorías de la relatividad general y especial, así como la generalizada aceptación de la teoría del *"big bang"* sobre el origen del universo, han afectado también negativamente a las categorías de tiempo y espacio[792].

---

[789] REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*, p. 35, señala que "Los trabajos de Max PLANCK demostraron comportamientos irregulares en el campo subatómico, donde las órbitas de los electrones que giran alrededor del núcleo de los átomos desafían las leyes de la física ya que pese al gasto de energía que sus desplazamientos suponen, mantienen idénticas órbitas en lugar de que (como sería de esperarse) ese gasto de energía las hiciera ser atraídas hacia el núcleo describiendo círculos más pequeños y a mayor velocidad".

[790] *Ibid.*, pp. 35-36.

[791] DOVAL PAIS, Antonio. *Delitos de fraude alimentario*, p. 271, nota 32.

[792] Con detalle REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*, pp. 36-37.

Actualmente el mundo ya no puede ser visto como un inmenso reloj sumamente preciso, es decir como un sistema físico altamente regular[793]. Antes bien, la constatación de esta realidad constituye el principal aliciente de la ciencia en el afán de mermar permanentemente el desconocimiento sobre la explicación de los sucesos y fenómenos naturales, aunque evidentemente conserva plena vigencia la idea de la filosofía antigua de que es más lo desconocido que lo conocido sobre tales fenómenos. En este contexto, se ha venido a entender que la ciencia modernamente "trata de buscar racionalidad al objeto y se asume que no hay 'verdades' absolutas, sino que se van encontrando verdades parciales y provisionales, que van alcanzando consenso en la comunidad científica en un momento dado. Se trata de una razón comunicativa: testimonial y de fiabilidad"[794].

Ahora bien, frente a esta relativización del conocimiento científico y, en particular, del principio de la causalidad y las categorías de espacio y tiempo, cabe preguntarse sobre su repercusión en la órbita penal. En este sentido, no puede albergarse dudas sobre la incapacidad del DP de elaborar y manejar un concepto propio o privativo de causalidad, dado que ello significaría solucionar anteladamente los problemas que, frente a las categoría de espacio y tiempo, enfrenta la física teórica[795]. Este punto de partida ha conducido a un sector de la doctrina a entender que la reevaluación teórica de la causalidad en el plano físico no impide su empleo en el ámbito jurídico, pues para enfrentar los casos sometidos a su consideración, al Derecho le bastan las teorías de NEWTON[796], es

---

[793] POPPER, Karl. *Un mundo de propensiones*, trad. de Esteban Cloquell, Madrid, 1992, p. 22.

[794] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal en el Perú?*, nota 2, Salamanca, 1996, p. 1; citando a HABERMAS, ADORNO, HORKHEIMER & FLOREZ MIGUEL, C. *Mundo técnico y humanismo. Discurso de apertura del curso 1994-1995*, Universidad de Salamanca, 1994.

[795] REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*, p. 37.

[796] En ese sentido, *Ibid*., p. 37, continúa irónicamente REYES ALVARADO:

decir aquellas asentadas en el principio clásico de causalidad mecanicista.

No obstante, un tal entendimiento equivale a la pretensión de explicar todos los fenómenos jurídicos sobre la base de leyes fenoménicas de carácter determinista, es decir como leyes de necesidad (a tal comportamiento corresponde únicamente este resultado) donde no existe espacio para lo probable o lo posible, es decir la negación de la categoría de peligro. Por esta razón, consideramos trascendental aceptar como punto de partida la relevancia jurídico-penal de las leyes fenoménicas deterministas y probabilísticas, estas últimas de enorme importancia, según se ha adelantado, para el control de fuentes de riesgo para bienes jurídicos colectivos como el ambiente natural o la salud pública.

4. El resultado en los delitos de peligro

Si la configuración del injusto penal es dual, entonces la admisión de los delitos de peligro en general, o de alguna subclase de los mismos, está condicionada a la justificación del resultado en los ilícitos de riesgo. Este punto de partida no es problemático para la admisión de los delitos de peligro concreto, pero sí impide de plano la instrumentación de las fórmulas de peligro abstracto consistentes en la violación de reglas ético sociales o ético religiosas, y los que se identifican con los ilícitos de mera desobediencia, delitos de policía o injustos administrativos[797]. Por ese motivo, debe insistirse en que la exigencia de un resultado de peligro no es fruto de una concepción formal de la antijuricidad, sino que se

---

"En efecto, mientras los accidentes de tránsito con lesiones y muertes no sean provocados por vehículos que se mueven a velocidades cercanas a la de la luz, mientras no ocurran delitos dentro de los átomos, y en tanto el universo no termine de expandirse y comience su contracción, el Derecho puede seguir trabajando con el concepto tradicional de la causalidad, sin preocuparse de los inconvenientes que él presenta como consecuencia de la física cuántica y la teoría de la relatividad", pp. 37-38.

[797] TORÍO LÓPEZ, Ángel. "Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)", en: *ADPCP*, 1981, p. 828.

inscribe en la dirección de dotarla de un contenido material cognoscible en función del grado de lesividad al que se ve sometido el bien jurídico-penal.

Por ese motivo, el Art. IV del Título preliminar del CP91 del Perú condiciona la imposición de la pena a la creación de un resultado de lesión o de peligro concreto (puesta en peligro de bienes jurídicos) para el interés protegido. En el DP español, el PCP92 constituyó una de las primeras tentativas de consagrar positivamente el resultado en los delitos de peligro, pues el Art. 10°[798], que regula la cláusula de equivalencia entre la acción y la omisión, estableció que el límite a la intervención penal no necesariamente debe señalarse, como regla general, en la lesión de bienes jurídicos[799], admitiendo al mismo nivel la configuración de resultados consistentes en la posibilidad de afectación de los bienes objeto de tutela, lo que se aprecia actualmente en la Parte especial del Código penal español, pese a que la cláusula de equivalencia del Art. 11° no reconoce expresamente los resultados de peligro, lo que evidentemente no impide su admisión como categoría dogmática.

Efectivamente, en el actual estado de las ciencias penales se entiende unánimemente que la creación del peligro constituye el resultado típico en los delitos de riesgo, equivalente al resultado lesivo y abarcable, en consecuencia, por el dolo del autor[800]. Sin embargo, queda aún por

---

[798] Art. 10° del PCP92: "Los delitos o faltas consistentes en la producción de un resultado de lesión o de peligro podrán realizarse tanto por acción como por omisión, (...)".

[799] MAQUEDA ABREU, Mª Luisa. *La idea de peligro en el moderno Derecho penal*, p. 481.

[800] En la doctrina alemana: BAUMANN, Jürgen & Ulrich WEBER. *Strafrecht. AT. Ein Lehrbuch, 9ª* ed., Gieseking, Bielefeld, 1985, p. 134; KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Straftat, Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1989, p. 190; ROXIN, Claus. *Strafrecht. AT. T.I*, §§ 10/123, 11/114; JAKOBS, Günther. *DP. PG*, p. 206. WELZEL Hans. *DP alemán. PG*, p. 93; SCHÜNEMANN, Bernd. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeitsund Gefährdungsdelikte*, p. 793; BENFER, Jost. *Allgemeines Strafrecht*,

precisar el contenido material del resultado de peligro, lo que en definitiva permitirá pronunciarse sobre las técnicas de tipificación del peligro, en especial las relativas a los ilícitos de riesgo abstracto y las llamadas fórmulas "intermedias" sustentadas en la peligrosidad objetiva *ex-ante* del comportamiento.

III. ESTADO ACTUAL SOBRE EL CONCEPTO NORMATIVO DE PELIGRO. ESPECIAL REFERENCIA AL PELIGRO CONCRETO

1. Generalidades

Sin duda la determinación del concepto penal de peligro no constituye una tarea fácil, habida cuenta que su utilidad no se limita al ámbito de los delitos de peligro, sino que trasciende al terreno de las infracciones imprudentes, el riesgo permitido, la tentativa, la imputación objeti-

---

Carl Heymanns, München, 1984, p. 25. En la doctrina italiana: MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*, 3ª ed., Cedam, Padova, 1992, p. 224; GALLO, Marcelo. "Il reati di pericolo", en: *Foro Penale*, 1969, p. 5. En la doctrina española: BERISTAIN IPIÑA, Antonio. "Resultado y delitos de peligro", en: *RFDUCM*, 1969, pp. 461 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *DP. PG*, Civitas Madrid, 1978, pp. 340, 342; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. "El resultado en la teoría jurídica del delito", en: *CPC*, Nº 1, 1977, p. 62; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio & HUERTA TOCILDO, Susana. *DP. PG. Teoría jurídica del delito,* 2ª ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1986, pp. 73 y 164; LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en DP*, pp. 27 y ss., 115 y ss., 182; MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, Mercedes. *DP. PG*, p. 320; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 101; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 144 y ss.; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Curso de DP. PG*, p. 277; COBO DEL ROSAL, Manuel & VIVES ANTÓN, Tomás *DP. PG*, 4ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 301; PÉREZ ALVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumidor*, p. 192; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, PPU, Barcelona, 1989, p. 205; GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente,* Inédito, Albacete, 1997, pp. 68 y ss.

va o las causas de justificación, en particular el estado de necesidad[801]. Esta generalización del concepto de peligro ha motivado el rechazo de los autores a abordarlo pluridimensionalmente, por considerarse inabarcable o carente de un núcleo definitorio común[802].

Antes bien, aunque esta exposición no tiene por objetivo la articulación de un concepto universal de peligro, aplicable a todos los ámbitos en el que este opera, sí aspira a establecer una noción de riesgo suficientemente útil para la protección de los bienes jurídicos colectivos, extremo sobre el cual prácticamente existe un vacío en la doctrina penal de habla hispana. En tal orden, la importancia de los esfuerzos para la definición del peligro radica en que del contenido asignado al mismo depende la amplitud o restricción de la tutela asignada a los distintos bienes jurídicos, y del éxito en el establecimiento de los requisitos necesarios para verificar la subsistencia o no del peligro, dependerá también la eficacia de esta técnica de tutela[803]. Teniendo en cuenta esta finalidad, es necesario evaluar el desarrollo del concepto penal de peligro y advertir el sentido de las principales tendencias actuales.

---

[801] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 21; GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente*, p. 2, quien advierte además que "desde otro ángulo, se habla de la peligrosidad del autor como requisito para la imposición de medidas de seguridad", pero esto escapa ya al análisis que aquí se pretende. Similar, ANGIONI, Francesco. *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale,* Chiarella, Sassari, 1981, p. 8.

[802] GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente* p. 2. De allí las palabras del Bundesgerichtschot (Tribunal Supremo Federal alemán), cuando señala que estamos ante un concepto "que se sustrae a una precisa definición científica. No resulta determinable con validez universal", cit. por *Ibid*., p. 2.

[803] MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 51.

2. Teorías subjetivas sobre la noción de peligro

Los orígenes de esta concepción se remontan a fines del siglo XIX, en el marco del neoidealismo[804] y del auge del positivismo empirista, ligado al pensamiento causal mecanicista y al determinismo físico[805]. Sobre esta base, se llegó a negar la existencia real, óntica u objetiva del peligro, por entenderse que en la realidad, ante la realización de un comportamiento solo hay lugar para la "causalidad" o la "no causalidad", es decir que un suceso se produce o no se produce. Ello encajó perfectamente con la concepción del neoidealismo, según el cual la realidad es obra del conocimiento operado por el sujeto, razón por la cual el peligro no podía ser más que una creación de la mente humana[806].

Esta concepción binaria, en términos de ser o no ser y que equivale a la defensa de la "ley o principio de necesidad"[807], sirvió para fundamentar que son inconcebibles categorías reales a caballo entre un resultado y un no resultado, o sea que los conceptos de peligro, riesgo, posibilidad o probabilidad no existen en el mundo fáctico sino, exclusivamente, en la mente del observador ignorante, como un pronóstico meramente subjetivo fruto de la desinformación, pues la ley causal vincula indefectiblemente una determinada acción con un determinado resultado, de modo que si este no se produjo es porque en ningún caso, bajo las condiciones dadas, pudo producirse.

---

[804] *Ibid.,* p. 53.

[805] DOVAL PAIS, Antonio. *Delitos de fraude alimentario*, p. 270.

[806] MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 53.

[807] "El mundo físico –se dice– es un mundo de seguridades y de imposibilidades, pero no de peligros", *Ibid*., p. 271; DEMUTH, Heinrich. *Der normative Gefahrbegriff. Ein Beitrag zur Dogmatik der konkreten Gefährdungsdelikte*, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1980, p. 51; ESCRIVÁ GREGORI, José Mª. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en DP*, Bosch, Barcelona, 1976, p. 48.

En ese sentido, merece resaltar la plurialudida expresión de HERTZ, quien entendió el peligro como "un hijo de nuestra ignorancia"[808], dado que el hombre por su limitada capacidad de conocer, es incapaz de predecir racionalmente todos los sucesos de mundo físico pues ello requeriría un absoluto dominio ontológico y nomológico, un entendimiento preciso de las relaciones fácticas y las leyes causales que operan en la realidad del ser, dones del que está privado el ser humano[809]. De esta manera, el concepto de peligro no puede definirse mediante relaciones objetivas, por lo que se concreta a través de la pura apreciación subjetiva[810].

Sobre esta base general, es posible diferenciar dos tendencias en la orientación subjetivista: una extrema y otra moderada[811]. El subjetivismo extremo o radical, sostenido entre otros por HERTZ[812] y JANKA, niega absolutamente la existencia de una base objetiva útil para la determinación del juicio de peligro, de modo que este solo puede consistir en el miedo o temor subjetivo del individuo[813]. Por contra, el subjetivismo moderado establece que los conocimientos empíricos relativos al mundo fáctico sí pueden permitir la realización de una prognosis futura[814]

---

[808] "*Ein Kind unserer Unwissenheit*", HERTZ, Eduard. *Das Unrecht und die allgemeine Lehren des Strafrechts*, T. I, Hoffmann & Comp., Hamburg, 1880, p. 75. En similar orientación: HÄALSCHNER y FINGER.

[809] En similar sentido: LAMMASCH, von BURI, JANKA, FINGER, Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 22.

[810] "Esta imposibilidad de acceder a todos los datos que determinan la aparición o no de un suceso hace que este en ocasiones formule juicios de peligro", DOVAL PAIS, Antonio. *Delitos de fraude alimentario*, p. 271.

[811] DOVAL PAIS, Antonio. *Delitos de fraude alimentario*, p. 272.

[812] HERTZ, Eduard. *Das Unrecht und die allgemeine Lehren des Strafrechts*, pp. 80 y ss.

[813] MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Delitos de peligro y bienes jurídicos colectivos*, p. 169.

[814] Así FINGER, August. *Begriff der Gefahr und seine Anwendung im Strafrecht. Juristische Vierteljahresschrift des Deutschen Juristenvereins in Prag*, Wien, 1889, pp. 232 y ss. También von BURI y APPLE.

a cargo de un "observador objetivo", de forma que el juicio sobre la peligrosidad o no de una acción es siempre un juicio medio y realizado *ex-ante*, con arreglo al cual un comportamiento es peligroso si no puede reconocerse los motivos por los que *ex-post* el resultado lesivo no se realiza[815].

Ahora bien, actualmente se acepta con segura unanimidad que un concepto subjetivo de peligro carece de validez para las ciencias penales, quizás no tanto por enfrentarse al indiscutible carácter objetivo del peligro como por rehuir el asunto de fondo, consistente en la determinación de la base y momento del juicio de peligro[816]. En todo caso, es evidente que la realidad del peligro, en tanto evento disvalioso desde la óptica del bien jurídico y por ello merecedor de pena, no puede ser conceptualizado desde los presupuestos causal-naturalistas que pretenden fundamentar la teoría subjetiva[817].

En tal orden de ideas, precisa HORN que el "mundo objetivo" de los defensores de esta doctrina es un "mundo subjetivo", en el que los conceptos son antes que los hechos y estos solo se desarrollan en su concepto[818]. Por ello, esta forma de argumentación es propia de toda pretensión de especificar en relación con un absoluto y por ello constituye una dirección infecunda que se limita a trabajar con meras idealidades[819]. Pero aun así, la concepción absoluta impuesta por el modelo

---

[815] FINGER, August. *Begriff der Gefahr und seine Anwendung im Strafrecht*, pp. 75 y ss.

[816] DEMUTH, Heinrich. *Der normative Gefahrbegriff*, pp. 60 y ss.

[817] *Ibid.*, p. 64. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 28.

[818] HORN, Eckhard. *Konkrete Gefährdungsdelikte*, pp. 37 y ss. "La estructuración del mundo bajo las leyes de la causalidad y la necesidad, negando que en el mundo objetivo haya otro estado distinto de los de causa/no-causa de lesión, es un sistema conceptual absolutamente inidóneo para explicar el concepto de peligro"; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 28.

[819] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Los delitos de peligro*, p. 324, le sigue MÉNDEZ

causal mecanicista hoy se encuentra superada gracias al desarrollo de la física cuántica, de modo que actualmente el mundo ya no puede ser visto como "un inmenso reloj sumamente preciso"[820] regido por las leyes causales de necesidad, sino por la relatividad y el indeterminismo, en cuyo seno tiene pleno lugar la existencia óntica del peligro[821].

Desde otro ángulo de la crítica, se ha destacado que las concepciones subjetivistas no son acordes con el sentido gramatical del término "peligro", ni con lo pretendido por el legislador al emplearlo[822]. En tal sentido, obstaculizan el establecimiento de un concepto general de peligro, de modo que carecen de utilidad jurídica, incluso desde la versión moderada que pretende objetivar el juicio recurriendo a los baremos del "hombre medio" u "observador objetivo"[823]. Por ello, el peligro como juicio contradice el principio de certeza jurídica, pues se agota en el mero juicio subjetivo de quien debe valorar la existencia o no de un peligro[824]. En efecto, dado que el juicio subjetivo tiene un carácter constitutivo del peligro, entonces dicho peligro carece de autonomía[825] y no puede preexistir a la valoración subjetiva, siendo imposible el trata-

---

RODRÍGUEZ, Cristina. *Delitos de peligro y bienes jurídicos colectivos*, p. 169.

[820] POPPER, Karl. *Un mundo de propensiones*, p. 22.

[821] DEMUTH, Heinrich. *Der normative Gefahrbegriff*, pp. 67 y ss., le sigue RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 28.

[822] DEMUTH, Heinrich. *Der normative Gefahrbegriff*, pp. 52, 62, 67 y 68, le sigue DOVAL PAIS, Antonio. *Delitos de fraude alimentario*, p. 272.

[823] DOVAL PAIS, Antonio. *Delitos de fraude alimentario*, pp. 272-273; ANGIONI, Francesco. *El pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, p. 13; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 55.

[824] ROCCO. *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Milano, 1913, p. 303, por MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 55.

[825] MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 55.

miento del peligro como resultado típico que, en todo caso, reclama una existencia independiente de las creencias de los individuos[826].

Ahora bien, los defensores del subjetivismo radical, aunque pretenden atribuir al peligro un desvalor autónomo y propio, pierden en cambio la objetividad del juicio y por ende la objetividad del desvalor, lo que es inaceptable, más aun porque conduce a negar la existencia del peligro si la víctima es inconsciente del mismo, provocando además graves problemas de verificación acerca de si el sujeto pasivo tuvo la sensación o la impresión de la existencia del riesgo, pese a que desde otros parámetros es inexistente[827]. Por su parte, los subjetivistas moderados, si bien reconocen que el juicio de peligro se asienta en determinadas bases objetivas, reducen el concepto de peligro a un juicio *ex-ante* con bases limitadas[828], lo que genera disfunciones en el ámbito de los delitos de peligro concreto que constituyen infracciones de resultado, pues la imputación *ex-post* del riesgo con unas bases limitadas origina una inadmisible ficción en contra del reo y la no imputación de un peligro *ex-ante* imprevisible no requiere de un especial concepto de peligro, puesto que su exclusión opera por la imputación objetiva y subjetiva[829].

Con todo, pese a las críticas sostenidas contra las posturas subjetivistas[830], en los últimos años, se ha asociado la defensa de la concepción

---

[826] DOVAL PAIS, Antonio. *Delitos de fraude alimentario*, p. 273; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 28.

[827] MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 56; ANGIONI, Francesco. *El pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, p. 19.

[828] SCHÜNEMANN, Bernd. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeitsund Gefährdungsdelikte*, p. 794.

[829] *Ibid*., p. 794. En igual sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 28-29.

[830] Vid. además: HORN, Eckhard. *Konkrete Gefährdungsdelikte*, pp. 32 y ss.; HERMANN, Helmut. *Zum Begriff der Gefahr, inbesondere der Gemeingefahr im deutschen Strafrecht*, G. H. Nolte, Düsseldorf, 1939, pp. 9 y ss.; ANGIONI, Francesco. *El pericolo concreto come elemento della fattispecie*

subjetivista a autores como BASSENGUE, LACKNER y HORN[831]. El primero de ellos toma como punto de partida que solo existen las leyes de necesidad y la imposibilidad, y entiende que el juicio de peligro es uno de probabilidad formulado *ex-ante* y con bases fácticas y nomológicas limitadas, es una conciente abstracción metódica, sin validez absoluta[832]. En similar sentido, LACKNER defiende un concepto de peligro como pronóstico o juicio *ex-ante* con bases limitadas[833]. Finalmente, KINDHÄUSER ha señalado que HORN, aunque matizadamente, no deja de aportar una concepción subjetiva de peligro[834].

3. Teorías objetivas acerca del concepto de peligro

Por contraposición a las teorías subjetivas surgieron, principalmente en Alemania, las teorías objetivas. No obstante, ambas comparten el mismo punto de partida, es decir la aceptación del principio de necesidad causal, pero se alejan porque las objetivas sostienen que el peligro se concreta en la posibilidad objetiva de que se realice un resultado lesivo para los bienes jurídicos[835].

En tal dirección, resaltan que un suceso futuro es objetivamente posible si en el estado de cosas actual son reconocibles determinadas condiciones que, desde el punto de vista humano, pueden originar dicho

---

penale, pp. 18-19; ESCRIVÁ GREGORI, José Mª. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en DP*, pp. 48 y ss.

[831] Sobre estas tendencias, Vid. DOVAL PAIS, Antonio. *Delitos de fraude alimentario*, p. 272.

[832] BASSENGUE, Peter. *Der allgemeine strafrechtliche Gefahrbegriff und seine Anwedung im zweiten Teil des StGB und in den strafrechtlichen Nebengesetzen*, Rheinische Friedrich-Wilhems Universität, Bonn, 1961, pp. 19 y ss.

[833] LACKNER, Karl. *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, W. de Gruyter, Berlin, 1967, pp. 16 y ss.

[834] KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Straftat*, pp. 190, 198-201.

[835] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 24-25.

suceso. Tal punto de vista se sustenta en la teoría de la probabilidad, introducida al debate sobre la concepción de peligro por von KRIES, quien lo entiende como la "posibilidad objetiva de un resultado lesivo"[836], lo que permite el tratamiento del riesgo como una magnitud objetiva[837]. Consecuentemente, y a diferencia de las posturas subjetivas, el juicio de peligro adquiere un carácter declarativo o de reconocimiento del peligro, de modo que este existe en el mundo fáctico, previamente y con independencia del juicio. Antes bien, se entiende que el peligro puede ser consustancial a la acción o ser producto de ella[838].

Desde las posturas subjetivistas se ha criticado que la pretensión de tratar el peligro como una realidad objetiva es inocua porque este apenas consiste en la impresión recibida por el sujeto[839], pues todo concepto se asienta sobre percepciones humanas de orden subjetivo. El mundo pierde su objetividad desde el momento en que es "captado" a través del lenguaje humano, pareciendo sugerirse que solo en un mundo "objetivo" sin conceptos puede determinarse lo que existe y lo que no existe[840].

---

[836] von KRIES, J. "Uber den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben (Zweiter Artikel)", *Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie* 12, Leipzig , 1888, p. 288, cit. por *Ibid*., p. 25.

[837] Vid. DOVAL PAIS, Antonio. *Delitos de fraude alimentario*, p. 273. Defendieron la concepción objetiva, entre otros: STÜBEL, von WANJECK, ROTERING, SIEBENHAAR, LOENING, HENCKEL, von KRIES y ROHLAND, MERKEL, BINDING, BUSCH, MIRICKA, KLEE, A. KÖHLER, von LISZT, ROSENDHAL, MEZGER, P. MERKEL, von HIPPEL, RABL y HERRMANN.

[838] DOVAL PAIS, Antonio. *Delitos de fraude alimentario*, p. 274. Ampliamente, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación,* pp. 56 y ss., quien precisa como la imputación del peligro a la acción es producto de la teoría de la causalidad adecuada (p. 57) y ha determinado que mayoritariamente se apueste por un juicio *ex-ante* para la determinación del peligro (p. 59). Mientras tanto, aquellos que atribuyen el peligro al resultado por lo general defienden la perspectiva *ex-ante*, a lo que se opone la autora reivindicando el momento *ex-post* (p. 102).

[839] HERTZ, Eduard. *Das Unrecht und die allgemeine Lehren des Strafrechts*, p. 73.

[840] DOVAL PAIS, Antonio. *Delitos de fraude alimentario*, p. 274.

No obstante, contra estas críticas se ha levantado HORN señalando que la decisión sobre la existencia o no de un determinado estado de cosas se funda en la congruencia de unas circunstancias con un sistema conceptual dado[841], de modo que caracterizado el peligro en función de determinadas categorías, el juicio humano sobre su existencia en una circunstancia dada consistirá en una declaración sobre la pertenencia de un estado de cosas a la clase de los estados de cosas peligrosas[842].

Ahora bien, las teorías objetivas tampoco logran ofrecer un concepto adecuado de peligro, dado que la simple referencia probabilística o estadística *ex-ante* fundamentada en las leyes causales queda sin lugar ante la necesaria consideración *ex-post* del efectivo desenvolvimiento del curso causal. De esta forma y sobre todo en el terreno de las infracciones de peligro concreto, si se imputa el riesgo con prescindencia de las específicas circunstancias que determinaron la evitación del resultado lesivo, se viola el in dubio pro reo[843].

Asimismo, se ha señalado que la ausencia de un baremo exacto para la cuantificación del peligro, como la falta de señalamiento del grado –porcentaje– de riesgo necesario, despiertan dudas de cara al respeto del principio de determinación que exige una conceptualización clara e indubitable de las categorías dogmáticas, con el fin de solventar las condiciones mínimas para la motivación penal y que, bajo el influjo de las teorías objetivas, pierde fuerza inhibitoria en desmedro de las necesidades preventivas[844] y de protección de bienes jurídicos.

---

[841] "Es evidente que mediante la captación conceptual del mundo, abstracta, 'subjetiva', es como este se hace comprensible, conocible, abarcable y, por ello, manejable, útil", DOVAL PAIS, Antonio. *Delitos de fraude alimentario*, p. 274.

[842] HORN, Eckhard. *Konkrete Gefährdungsdelikte*, pp. 37-43.

[843] SCHÜNEMANN, Bernd. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits-und Gefährdungsdelikte*, pp. 794 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 29.

[844] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 29.

Con todo, el enfrentamiento entre las teorías objetivas y subjetivas, que cobró la atención de la doctrina penal durante muchos años, carece actualmente de trascendencia alguna en el orden práctico, pues "ambas teorías acaban reconduciendo el problema a la determinación de las bases ontológicas y nomológicas sobre las que se asienta el juicio de peligro y al momento (*ex-ante/ex-post*) en que dicho juicio ha de formularse"[845], de modo que ninguna de ellas logra ofrecer un concepto material de peligro.

4. Panorama actual sobre el concepto de peligro y su orientación normativa en la doctrina alemana. Especial referencia al peligro concreto

El producto del debate en torno a las posiciones subjetivas y objetivas sobre el concepto de peligro no constituye un avance significativo pues el entendimiento del riesgo como un juicio de probabilidad *ex-ante*, es decir como un estado de no lejana posibilidad o probabilidad de lesión de un bien jurídico[846], es insuficiente para explicar el peligro como resultado típico de los delitos de peligro concreto.

Empero, en los delitos de resultado de peligro concreto la determinación del concepto de peligro requiere de una verificación *ex-post*, o sea teniendo en cuenta todas las circunstancias específicas que rodearon al caso. Ello permitirá diferenciar las manifestaciones concretas de riesgo de los delitos de peligro abstracto, en los que el "fundamento" de la

---

[845] *Ibid*., p. 27, citando a BASSENGE y DEMUTH.

[846] WELZEL, Hans. *DP alemán. PG*, p. 71; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de DP. PG*, T. I, trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, p. 358; SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht AT. Lehrbuch*, 2ª ed. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975, 8/33; BAUMANN, Jürgen, & WEBER, Ulrich. *Strafrecht. AT,* p. 134; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal. Parte general*, pp. 377 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio & HUERTA TOCILDO, Susana. *DP. PG*, p. 164; MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, Mercedes. *DP. PG*, p. 320; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Curso de DP. PG*, pp. 283-284.

pena reside en la aptitud lesiva del comportamiento o la peligrosidad de la conducta, a constatarse desde una perspectiva objetiva *ex-ante*.

Se requiere que el bien jurídico ingrese en el ámbito de eficacia de la acción típica peligrosa y que se incorporen criterios valorativos o normativos que puedan aportar una medida objetiva precisa, más allá de la referencia a la mayor o menor probabilidad, criterio que, a pesar de las pretensiones de objetivarlo recurriendo a estándares como la "experiencia general" o la "experiencia media", termina reduciéndose a la experiencia personal del juzgador[847].

Ante esta realidad y sobre todo en la doctrina germana, en los últimos años se han formulado múltiples propuestas que tienen por finalidad la concreción normativa[848] del concepto de peligro y que reviste mayor importancia en el terreno de los delitos de peligro concreto, pues los abstractos carecen de un resultado fáctico de peligro por sustentarse en la mera aptitud lesiva o peligrosidad del comportamiento. Con todo, entre estas elaboraciones cabe destacar las de HORN, SCHÜNEMANN, DEMUTH, WOLTER y KINDHÄUSER.

4.1. La postura "científico-natural del resultado de peligro"[849] de HORN

El punto de partida en la propuesta de HORN reside en su idea de peligro como un "estado de cosas conceptuado", es decir como un con-

---

[847] SCHÜNEMANN, Bernd. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits-und Gefährdungsdelikte*, pp. 794 y ss.; ROXIN, Claus. *Strafrecht. AT. T I*, § 11/116.

[848] Vid. von HIPPEL , Reinhard. "Vorsatzprobleme der Straßenverkehrsgefährdung de lege ferenda", en: *ZStW*, 1963, pp. 442 y ss., a quien se le atribuye el rechazo de las definciones causalistas y los primeros intentos de concreción de un concepto normativo de peligro, en el ámbito de la estructura del tipo penal y en función del bien jurídico y el deber de protección.

[849] Denominación de WOLTER, Jürgen. *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten. Gefahr und Veletzung in einen funktionalen Strafrechtssystem*, Duncker & Humbolt, Berlin, 1981, p. 217.

cepto objetivo de validez general y no como simple y arbitrario juicio del "observador objetivo" o del juez[850].

En ese sentido, entiende HORN que si bien es innegable que para constatar el peligro no puede prescindirse del juicio que verifique la existencia de ese estado de cosas llamado "peligro" y que tal juicio tiene carácter constitutivo del peligro en el caso concreto, no debe olvidarse que el presupuesto fundamental para realizar el juicio es contar con una definición precisa de peligro[851].

En ese sentido, la mera referencia al "observador objetivo" es superflua, al no ser más que un sinónimo personificado del concepto de peligro concretado. Su juicio (*el del observador*) no es otra cosa que la expresión de la identidad entre el concepto de peligro y el estado de peligro y, por tanto, el objeto de la subsunción judicial"[852]. De esta manera, el juicio no tiene carácter constitutivo del *concepto* de peligro, aunque sí del peligro *específico* que pueda predicarse en un evento determinado como consecuencia de la aplicación del concepto previamente establecido.

En tal orden de ideas, para el autor la existencia del peligro puede afirmarse independientemente de la realización o no del resultado lesivo. Ciertamente, la lesión prueba la existencia de la situación del peligro y, por tanto, el peligro puede ser interpretado como un estado de cosas que causa una lesión, lo que no equivale a sostener que la ausencia de evento lesivo argumente la inexistencia de un peligro previo, puesto que "Toda causa de lesión significa peligro, pero el concepto de peligro no se agota en el concepto de causa de lesión", de modo que su contenido se co-define o complementa con el de posible causa de lesión. En consecuencia, puede establecerse un concepto superior de peligro, definido a su vez por dos conceptos relacionados con su doble expresión: "causa de lesión" y "posible causa de lesión"[853].

---

[850] HORN, Eckhard. *Konkrete Gefährdungsdelikte*, pp. 45 y ss.

[851] *Ibid.*, p. 42.

[852] *Ibid.*, p. 45, cursiva entre paréntesis fuera de texto.

[853] *Ibid.*, pp. 60 y ss.

De ambas expresiones solo la determinación de la "posible causa de lesión" plantea un especial problema para la dogmática de los delitos de riesgo, pues el peligro como "causa de lesión" puede explicarse con el recurso a las teorías sobre la causalidad penal. Los supuestos de no causa de lesión revisten a su vez un doble aspecto: uno positivo y otro negativo. El positivo lo acerca al estado de lesión, es decir el peligro como posible causa de lesión, mientras que el aspecto negativo lo aleja pues se refiere al peligro como no causa de lesión. Esta aparente contradicción precisa de un correctivo, dado que si se conoce el efectivo desarrollo del curso causal y, por ende, que no se produce el resultado lesivo, entonces habría que negar la existencia de un estado peligroso susceptible de una desvaloración. Empero, el correctivo no puede operar por medio de la abstracción de los hechos conocidos, por lo que deben tenerse en cuenta la totalidad de circunstancias que rodean al evento, en orden a constatar el desconocimiento de las razones por la que no se podía producir el evento. Por ello, el peligro, en cuanto no causa de lesión, es un estado de cosas en el que no se sabe por qué no se ha producido la lesión del bien jurídico[854].

En resumen, como precisa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, el concepto propuesto por HORN puede sintetizarse del modo siguiente: "peligro es un estado de cosas que conforme a la ley de la experiencia (que es una "ley causal abstracta") es regularmente causa de una lesión, sin que la no producción de la misma pueda explicarse mediante una concreta ley de imposibilidad"[855], la lesión no se ha producido solo por una razón inexplicable según las ciencias naturales, 'como por un milagro', o debido a un azar enigmático"[856].

Pues bien, pese al significativo aporte de HORN en orden a dotar de certeza al concepto de peligro, se han formulado sin embargo

---

[854] *Ibid.,* pp. 106 y ss.

[855] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 32.

[856] ROXIN, Claus. *Strafrecht. AT*, T. I, § 11/116.

múltiples críticas. En el plano pragmático, se ha sostenido que las complicaciones del proceso de concreción hacen del concepto de peligro algo impracticable[857]. De otro lado, el criterio de la ausencia de una ley de imposibilidad que explique la no lesión, contrae demasiado el concepto de peligro, dado que con solo investigar *ex-post* con cierto rigor, casi todo es explicable por las ciencias naturales[858]. Pero además, dicho criterio puede motivar un regreso infinito si identificada una causa para la imposibilidad deba esta explicarse de acuerdo con una ley causal concreta y así sucesivamente, desconociéndose donde se interrumpe el regreso, aunque quizás HORN solo haya pensado en un retorno hasta el primer momento de la acción punible[859].

Pero la principal crítica contra el razonamiento interno de HORN ha destacado que "las coordenadas de la ley causal abstracta y la ley de imposibilidad concreta se orientan demasiado a una visión causalmonista del mundo propia del siglo XIX hoy ya superada y no tienen en cuenta los principios probabilísticos de la teoría científica moderna"[860].

Finalmente, no debe olvidarse que el autor criticado pretende alcanzar un concepto axiológico de peligro capaz de articular un injusto de peligro, que implique una desvaloración similar al de las infraccio-

---

[857] SCHÜNEMANN, Bernd. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits-und Gefährdungsdelikte,* p. 795; DEMUTH, Heinrich. *Der normative Gefahrbegriff*, p. 157. Esta crítica es aceptada por HORN, Eckhard. *Konkrete Gefährdungsdelikte*, p. 212.

[858] ROXIN, Claus. *Strafrecht. AT*, T. I, § 11/116.

[859] SCHÜNEMANN, Bernd. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits-und Gefährdungsdelikte*, pp. 795 y ss.; DEMUTH, Heinrich. *Der normative Gefahrbegriff*, pp. 175 y ss.

[860] SCHÜNEMANN, Bernd. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits-und Gefährdungsdelikte*, p. 795. Como señala RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 33, "No parece que un concepto como el de peligro, con el protagonismo que ha adquirido en la vida moderna, pueda explicarse mediante el esquema de leyes determinista de posibilidad e imposibilidad de la física clásica, prescindiendo de la leyes estadísticas de probabilidad".

nes con resultado lesivo[861]. No obstante, este presupuesto de análisis termina siendo traicionado por el propio HORN, pues se aprecia una contradicción valorativa entre la búsqueda un concepto valorativo y la fundamentación ontológica del peligro en función de las leyes causales y de imposibilidad[862].

4.2. La tesis "normativa del resultado de peligro" de SCHÜNEMANN[863] y CRAMER

En la doctrina alemana, ha sido SCHÜNEMANN uno de los pioneros en la labor de asentar un concepto de peligro que rehuya de los meros criterios ontológico-causales. Por tal motivo, partiendo del dato ontológico, el autor ha propuesto la introducción de correctivos de carácter normativo, indicando que la idea fundamental de peligro deriva de si el agente podía confiar en la eficacia de una determinada causa salvadora o en la no realización del evento lesivo a consecuencia de la "casualidad"[864].

Entendido con amplitud el "principio de confianza", el peligro aparece si la salvación del bien jurídico depende de circunstancias que escapan al control de la actividad humana, y la función del concepto de peligro concreto consiste en valorar las causas salvadoras sin tener en cuenta aquellas en cuya intervención *no podía confiarse* según el estricto orden del ámbito vital afectado[865].

---

[861] HORN, Eckhard. *Konkrete Gefährdungsdelikte*, p. 106.

[862] DEMUTH, Heinrich. *Der normative Gefahrbegriff*, pp. 167 y ss.; SCHÜNEMANN, Bernd. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits-und Gefährdungsdelikte*, p. 796; ROXIN, Claus. *Strafrecht. AT*, T. I, § 11/116.

[863] Donominación de WOLTER, Jürgen. *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten*, p. 217.

[864] SCHÜNEMANN, Bernd. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits-und Gefährdungsdelikte*, p. 796.

[865] *Ibid.,* p. 796

Sobre estas ideas, SCHÜNEMANN erige las bases para el concepto normativo de peligro[866]: i) Una acción típica y un objeto de bien jurídico individual típico, de modo que su puesta en riesgo se cuestiona. ii) la lesión de dicho objeto debe presentarse como una "consecuencia adecuada de la acción", es decir que aparezca como una posibilidad próxima o cercana. Aunque el grado de probabilidad no puede precisarse abstractamente, y sin perjuicio de que el tipo penal ofrezca criterios para la verificación del riesgo exigible, este depende de la categoría y clase del bien jurídico, del ámbito del peligro y de otras condiciones o circunstancias que determinan el nivel de riesgo penalmente permitido. iii) todas las causas salvadoras que impiden la realización del resultado lesivo deben ser ajenos al "normal" desarrollo del curso causal, es decir que han de ser producto del "anormal" desarrollo del mismo o una imprevisible concatenación de "afortunadas" circunstancias y, por ende, "casuales" e inadecuadas para excluir la responsabilidad penal por el delito de peligro concreto.

Consecuentemente "Solo los medios salvadores dominables excluyen la peligrosidad de la acción, no la casualidad, en forma de pericia de la víctima o de la concatenación de circunstancias afortunadas en las que no se puede confiar"[867]. De esta manera, según la tesis de la dominabilidad las habilidades especiales de la víctima *ex-ante* desconocidas por el autor y todas las circunstancias azarosas carecen de importancia en orden a la exclusión del peligro penalmente relevante.

Esta misma tendencia de la falta de dominabilidad ha sido recientemente actualizada en el DP alemán por Peter CRAMER[868], para quien los delitos de peligro concreto precisan de una acción de puesta en riesgo, lo que significa, además de la peligrosidad general, que el au-

---

[866] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 35.

[867] Cit. por *Ibid*., p. 35, cursiva y negrita fuera de texto.

[868] CRAMER, Peter. En: Schönke, Adolf, Horst Schröder. *StGB. Kommentar,* 24ª ed. München, C.H. Beck 1991, Nº 5, antes del §306 y ss.

tor provoque una situación en la que ya no puede evitar con seguridad el resultado lesivo. Por ende, a su juicio lo distintivo del peligro es la falta de dominabilidad de los efectos del comportamiento, en función de los conocimientos y capacidades de quien lo realiza, por lo que la producción del evento lesivo queda al arbitrio de la casualidad. Antes bien, junto a la acción destaca la necesidad de un resultado de concreto peligro, es decir que dicha conducta incida sobre la seguridad del bien jurídico al punto de que su destrucción o menoscabo quede en manos del azar.

4.3. La tesis de la "indominabilidad normal" de DEMUTH

El punto de partida en la construcción de DEMUTH lo constituye las funciones del resultado de peligro y del aspecto valorativo del peligro. En tal sentido, asocia a la exigencia del resultado de peligro tanto la clásica función interpretativa del tipo y de selección de las conductas con aptitud lesiva, así como una función de prevención general de conductas y de adelantamiento de la protección de bienes jurídicos. Luego, tales funciones pueden verificarse siempre que la puesta en peligro genere un sentimiento o impresión de desvalor similar al de la efectiva lesión del bien, tanto para la generalidad de individuos como para el mismo autor[869].

En tal perspectiva, entiende DEMUTH que el sentimiento de desvalor opera si el peligro representa una realidad social, en forma de "aguda crisis" para el bien jurídico, de sensación de amenaza. Hay "aguda crisis" cuando el peligro presenta cierta "proximidad externa", es decir cuando se sobrepasa el momento en que puede evitarse, a través de medidas preventivas y con seguridad, la lesión del bien jurídico; y las posibles causas salvadoras son fruto de la casualidad, de modo que al no poder confiar en ellas se suscita la "inseguridad". En consecuencia, el momento valorativo decisivo es el de la "normalidad" de las causas salvadoras, o sea su dominabilidad o no, desde la perspectiva de la confianza[870].

---

[869] DEMUTH, Heinrich. *Der normative Gefahrbegriff*, p. 184 y ss., 193 y ss.

[870] *Ibid.,* pp. 197 y ss., 203 y ss.

De esta manera, el citado autor entiende el peligro como "una situación que representa una amenaza exteriorizada para un bien jurídico ya no controlable con medios normales y que crea un sentimiento de inseguridad, porque la no producción de la lesión no puede ser controlada con las medidas normales de evitación del daño. O brevemente: *Peligro es la amenaza a un bien jurídico ya no dominable a través de los medios normales de defensa*"[871].

4.4. La teoría "normativa modificada del resultado de peligro"[872] de WOLTER

Una orientación muy cercana a la HORN es la que defiende WOLTER, para quien la exclusión del peligro opera ante la concurrencia de circunstancias que abren posibilidades de salvación. De este modo, para excluir el peligro no basta con tener presente los momentos excluyentes del resultado, siendo necesario considerar todas las circunstancias que pudieran excluirlo. En tal perspectiva, hay peligro concreto siempre que no existan esas posibles circunstancias, por lo que la salvación del objeto afectado es atribuible a la mera casualidad[873].

Empero, esta construcción debe, al igual que la de HORN, rechazarse también porque tiene una fundamentación básicamente ontológica pues al admitirse indiscriminadamente, para efectos de excluir el peligro, cualquier circunstancia que posibilita la indemnidad del bien jurídico, se omite la determinación del grado de posibilidad salvadora lo que no solo afecta negativamente al principio de determinación penal, sino que permite una fundamentación puramente causal –*ontológica*– del peligro: todo curso causal salvador impide apreciar el peligro.

---

[871] *Ibid.*, p. 218.

[872] WOLTER, Jürgen. *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten*, pp. 223 y ss.

[873] WOLTER, Jürgen. "Konkrete Erfolgsgefahr und konkreter Gefahrerfolg im Strafrecht", en: *JuS*. (1978), pp. 748 y ss., 754; ÍDEM. *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten*, pp. 219, 223 y ss.

En esta línea de pensamiento, WOLTER renuncia a toda consideración valorativa que permita delimitar con criterios normativos qué tipo de cursos salvadores excluyen el peligro. De este modo, la modestia de los criterios ontológicos a los que recurre relativiza, en el ámbito de las infracciones imprudentes, el principio de confianza pues por ejemplo, cuando un conductor realiza una maniobra prohibida pero la habilidad de los otros conductores evita la colisión, no podrá apreciarse la existencia de un peligro penalmente relevante dado que existió, desde el punto de vista ontológico, un curso casual salvador. Como es evidente, tal solución está reñida con el principio de confianza porque las posibles víctimas no solo están obligadas a desplazarse con prudencia sino que además quedan desamparadas frente a los conductores que violan las reglas de cuidado, es decir que no podrán confiar en que estos respetarán dichas reglas.

Por ello, no le falta razón a RODRÍGUEZ MONTAÑÉS cuando precisa que "no cualquier circunstancia que pueda excluir la lesión, sino solo aquellas en las que se pueda confiar fundadamente *ex-ante*, tendrán la virtualidad de excluir el peligro concreto"[874]. De allí que a juicio de ROXIN, valorando la postura de WOLTER, relativiza la idea rectora del no poder confiar: la extraordinaria destreza de la víctima potencial que para el autor es tan imprevisible como toda otra circunstancia extraordinaria[875].

4.5. El "concepto práctico" de KINDHÄUSER

En el ámbito de las modernas posturas funcionalistas KINDHÄUSER sustenta también una postura normativa de peligro, pero precisando la necesidad de articular un "concepto práctico" del mismo. Sobre esta base, el autor niega la virtud de las posturas que pretenden concebir el peligro como la causa hipotética de la lesión de un bien jurídico, dado

---

[874] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 34.

[875] ROXIN, Claus. *Strafrecht. AT*, T. I, § 11/118.

que su naturaleza no es empírico-teórica, sino de orden teleológico-práctico[876].

En tal orden lógico, entiende KINDHÄUSER que "una conducta es peligrosa cuando el autor no está ya en situación de excluir con certeza la entrada de circunstancias relevantes para la lesión. Lo relevante para el peligro es la incapacidad de prevención o evitación"[877]. Por ello, la producción de un peligro concreto equivale a la creación de una "situación en la que el bien jurídico deja de estar en condiciones de ser defendido o protegido certeramente frente a la lesión con los medios del ámbito organizativo al que pertenece. La verdadera dañosidad de la puesta en concreto peligro reposa en la aguda desprotección del bien, en la dependencia de su integridad de influencias heterónomas"[878].

5. El concepto de peligro en la ciencia penal española. Especial referencia al peligro concreto

En la doctrina española, desde las prácticamente pioneras opiniones de CÓRDOBA RODA[879] o BERISTAIN IPIÑA[880], el concepto de peligro aplicable en el ámbito de los delitos de peligro, pese a su creciente y actual importancia para la dogmática, la legislación y la jurisprudencia, no ha merecido hasta el momento un desarrollo exhaustivo[881], salvo por ejemplo las versiones monográficas de ESCRI-

[876] KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Straftat*, pp. 201 y ss., 204.

[877] *Ibid.,* p. 206.

[878] *Ibid.,* p. 214.

[879] CÓRDOBA RODA, Juan. "Les delits de mise en danger". Informe Nacional presentado al X Congreso Internacional de DP. «Rapport» sobre los delitos de peligro, en: *RIDP*. Nº 1-2, 1969, pp. 357 y ss.

[880] BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Resultado y delitos de peligro*, pp. 445 y ss.

[881] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 9, nota 21.

VÁ GREGORI[882], MÉNDEZ RODRÍGUEZ[883] o GARCÍA RIVAS[884], y algunas referencias en publicaciones de la parte general[885] y la parte especial[886].

Pese a ello, sí ha sido objeto de numerosos análisis lo relativo a las técnicas de tipificación del peligro, en especial las infracciones abstractas de peligro[887] dada su trascendencia para la tutela de los bienes jurídicos colectivos, sobre todo en el sector penal económico, como por los abundantes cuestionamientos que ha despertado su legitimidad, de cara al respeto del principio de ofensividad. Antes bien, como consecuencia de la recepción de las posturas alemanas en relación al concepto de peligro (*Gefahrbegriff*) y los delitos de peligro (*Gefährdungsdelikte*), las tendencias actuales se inscriben en la dirección de articular un concepto normativo fundamentado, en general, en la falta de dominabilidad sobre la posible realización del riesgo en el resultado lesivo, lo que se aprecia por ejemplo en las contribuciones de CORCOY BIDASOLO, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, GARCÍA RIVAS y DOVAL PAIS.

---

[882] ESCRIVÁ GREGORI, José Mª. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en DP*, pp. 47 y ss.

[883] MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, pp. 49 y ss.

[884] GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente*, pp. 2 y ss.

[885] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 21 y ss.

[886] DOVAL PAIS, Antonio. *Delitos de fraude alimentario*, pp. 269 y ss.; DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. *Respuesta penal al peligro nuclear*, pp. 123 y ss.; RODAS MONSALVE, Julio César. *Protección penal y medio ambiente*, pp. 240 y ss.

[887] Vid. por todos BARBERO SANTOS, Marino. *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, pp. 487 y ss.; TORÍO LÓPEZ, Angel. *Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto),* pp. 825 y ss.

5.1. El tránsito hacia la normativización del concepto de peligro

Efectivamente, la revisión de las diferentes posturas doctrinales sostenidas en los últimos años evidencia la consolidación de un concepto objetivo de peligro que deja muy atrás las definiciones puramente subjetivistas que lo califican como el "hijo de nuestra ignorancia" o, simplemente, como producto del temor individual de la víctima[888].

No obstante, la aceptación de la indiscutible naturaleza objetiva del peligro, es decir su consideración como una realidad presente en el mundo ontológico, a su vez ha estado acompañada del creciente sentimiento sobre la necesidad de liberar el juicio de peligro, tanto su momento (*ex-ante* o *ex-post*) como su base (los conocimientos a tener en cuenta), de las explicaciones causal-mecanicistas[889] y la apuesta por la introducción de criterios valorativos y normativos[890] que permitan una conceptualización material del peligro que sea útil para el DP, es decir que merme los espacios de indeterminación a través de un concepto que permita reconocer con claridad, sin duda en la esfera de lo profano,

---

[888] Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Los delitos de peligro*, pp. 323-324; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Delitos de peligro y bienes jurídicos colectivos*, p. 169. Señala QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Curso de DP. PG*, p. 283, que el peligro no puede ser de naturaleza psicológica-emotiva porque ello sería contrario a la seguridad jurídica.

[889] Defendida en su momento por RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho penal español. Parte General*, 13ª ed. revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez, Dykinson, Madrid, 1990, p. 427, tras entender que el peligro pasado ya no es peligro, dado que jamás pudo suceder otra cosa que lo efectivamente acaecido.

[890] ESCRIVÁ GREGORI, José Mª. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en DP*, p. 105; MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, Mercedes. *DP. PG*, p. 320; DOVAL PAIS, Antonio. *Delitos de fraude alimentario*, pp. 280 y ss.; RODAS MONSALVE, Julio César. *Protección penal y medio ambiente*, p. 240. Ya en la original publicación de 1969 advirtió BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Los delitos de peligro*, p. 323, que "la idea de peligro no es un concepto puramente normativo (...) el concepto de peligro no puede separarse del concepto de valor".

los comportamientos peligrosos no permitidos o prohibidos, pues de tal claridad depende el éxito de la motivación penal y los consiguientes fines preventivo generales perseguidos mediante la criminalización de la puesta en riesgo de bienes jurídicos.

Consecuentemente, se rompe la identidad entre el concepto naturalista de peligro erigido sobre las leyes de necesidad, universales o de certeza, y la noción aplicable en el terreno jurídico-penal, pues esta última parte del reconocimiento de las leyes científicas, estadísticas o probabilísticas[891] y exige no solo la relación teleológica entre el riesgo y el bien jurídico protegido[892] sino también la introducción de correctivos en orden a la determinación del peligro penalmente relevante.

En tal perspectiva, mayoritariamente se entiende el peligro como una categoría relacional que se concreta en el vínculo entre el comportamiento y el resultado negativamente valorado, en tanto relación de posibilidad de lesión del bien jurídico. Como lo pone de relieve TERRADILLOS BASOCO, el concepto de peligro tiene dos notas características: "es, en primer lugar, una potencia, no un acto, una posibilidad, no una realidad; además la eventualidad lo es de un mal que se identifica con la destrucción o deterioro de un bien jurídico"[893]. No obstante, pese a este unánime punto de partida, hasta la actualidad no reina acuerdo respecto al grado de cercanía exigible entre el peligro y la lesión del bien

---

[891] GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente*, pp. 4-8.

[892] Precisa ESCRIVÁ GREGORI, José Mª. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en DP*, p. 17, que la noción de peligro no es autónoma pues debe referirse siempre al bien jurídico. En similar orientación: RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *La omisión de socorro en el Código penal*, Tecnos, Madrid, 1966, p. 165; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Los delitos de peligro*, p. 323; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Delitos de peligro y criminalidad económica*, pp. 20 y 22; DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. *Respuesta penal al peligro nuclear*, p. 124.

[893] TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Delitos de peligro y criminalidad económica*, p. 22; ÍDEM. *DP de la empresa*, p. 52. Similar ESCRIVÁ GREGORI, José Mª. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en DP*, pp. 18 y ss.

penalmente protegido, es decir sobre la calidad del riesgo (probabilidad o mera posibilidad[894]) y, en su caso, sobre su cuantificación o valoración no numérica (elevado, mínimo).

En cuanto al grado de cercanía, la exigencia de una probabilidad de lesión ha sido defendida en la doctrina española por autores como BUSTOS RAMÍREZ[895], y en la actualidad por MUÑOZ CONDE[896], COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN[897]. Asimismo, la necesidad de verificar la mera posibilidad de alcanzar un resultado lesivo es sostenida por CÓRDOBA RODA[898], QUINTERO OLIVARES[899] y TERRADI-

---

[894] Como precisa MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 120 nota 146, en la doctrina española es mayoritaria la utilización del término probabilidad en cuya definición se "juega con el binomio probabilidad/posibilidad, dotando a cada uno de estos términos de un significado diverso".

[895] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Los delitos de peligro*, p. 324, entiende el peligro como una categoría relacional, "en cuanto relación de valor y en cuanto relación de probabilidad".

[896] MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, Mercedes. *DP. PG*, p. 320, señalan que "El peligro es un concepto también normativo en la medida en que descansa en un juicio de *probabilidad* de que un determinado bien pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después esa lesión de hecho no se produzca", cursiva fuera de texto.

[897] COBO DEL ROSAL, Manuel & VIVES ANTÓN, Tomás. *DP. PG*, p. 301, sostiene que el peligro concreto es la "*probabilidad* de producción efectiva de un daño inherente a la realización de una determinada acción", cursiva fuera de texto. En la doctrina italiana Vid. RANIERI, Silvio. *Manual de DP. PG*. T. I. trad. de la 4ª ed. italiana por J. Guerrero, Bogotá, 1975, p. 318.

[898] CÓRDOBA RODA, Juan. *Les delits de mise en danger*, p. 359, señala que el peligro precisa de una posibilidad de lesión "en grado más o menos elevado".

[899] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Curso de DP. PG*, p. 284, precisa que la noción jurídico-penal de peligro se concreta en "la *posibilidad* relevante de que un resultado se produzca como consecuencia normal de un determinado acto o situación", cursiva fuera de texto.

LLOS BASOCO[900]. Por su parte, BERISTAIN IPIÑA postula una concepción ecléctica, pues considera que "el baremo será unas veces la *probabilidad*, en cambio en otras (las menos) bastará la *posibilidad*"[901], lo que parecen refrendar autores como BARBERO SANTOS[902], TORÍO LÓPEZ[903] y ARROYO ZAPATERO[904].

Sin embargo, se ha señalado[905], con suma corrección a nuestro juicio, que criterios como los aportados por los autores antes citados a fin de determinar el grado de posibilidad o probabilidad exigible, apenas pueden diferenciarse en el plano semántico y, prácticamente desaparecen ante el fundado rechazo para el ámbito jurídico-penal de toda relación de probabilidad rigurosamente estadística o matemática, exclusión que obedece a la ausencia de toda justificación dogmática que permita la introducción de estos criterios propios para la explicación de la rea-

---

[900] TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Delitos de peligro y criminalidad económica*, p. 23; ÍDEM. *DP de la empresa*, p. 52, destaca la exigencia de un "grado apreciable de posibilidad". La STS de 29 de enero de 1983 señala que "el peligro no es más que la mera *posibilidad* cognoscitiva de que se produzca el daño cuando el daño potencial se convierte en real", cursiva fuera de texto.

[901] BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *El delito de peligro por conducción temeraria*, p. 552, cursiva fuera de texto.

[902] BARBERO SANTOS, Marino. *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, p. 492, peligro es "la *probabilidad* –no en sentido matemático, sino en el de relevante *posibilidad*– de que se produzca la lesión de un bien jurídico", cursiva fuera de texto.

[903] TORÍO LÓPEZ, Angel. *Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto),* p. 841, defiende que el concepto de peligro "es un juicio relativo al grado de *probabilidad* de un acontecimiento dañoso. El peligro se encuentra entre la mera *posibilidad* y la necesidad forzosa", cursiva fuera de texto.

[904] ARROYO ZAPATERO, Luis. *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, p. 256.

[905] RODAS MONSALVE, Julio César. *Protección penal y medio ambiente*, p. 241; DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. *Respuesta penal al peligro nuclear*, p. 127.

lidad del ser, e inútiles para determinar un concepto del deber ser: el peligro penalmente prohibido[906].

Frente a estas insuficiencias, los actuales esfuerzos de la dogmática se orientan hacia la concreción de los criterios normativos a tener en cuenta para la determinación del concepto de peligro, es decir la relación de probabilidad que existe entre el hecho atribuible a un sujeto y la lesión del interés jurídicamente protegido. Pero el peligro, como realidad ontológica valorada, es apenas la situación (*Zustand*) que debe ser comprobada por el Juez mediante un juicio (*Urteil*) de peligro, o sea un juicio de pronóstico, hacia el futuro[907], para lo cual es fundamental contar con los necesarios datos ontológicos y nomológicos.

El conocimiento ontológico se relaciona con el conocimiento de la situación de hecho en la que se realiza la acción a enjuiciar, mientras que el conocimiento nomológico, o sea las leyes de la naturaleza y reglas de la experiencia que permitan deducir que dada una acción, efectuada en tal forma y circunstancias, puede esta producir generalmente la lesión

---

[906] TORÍO LÓPEZ, Angel. *Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto),* p. 842, señala que "la tipicidad no se agota en el juicio de pronóstico sobre su idoneidad para lesionar los bienes jurídicos, sino que esencialmente radica en si la acción está en contradicción con la norma base del tipo penal. Lo que el juez ha de decidir es si esa acción se encuentra jurídico-penalmente prohibida. Esta decisión no es posible adoptarla en el plano del ser, sino en el del deber-ser". También rechazan los criterios meramente matemáticos y estadísticos: BARBERO SANTOS, Marino. *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, p. 492; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Delitos de peligro y criminalidad económica*, p. 23; DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. *Respuesta penal al peligro nuclear*, p. 127; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, pp. 119-120. Vid. además GRASSO, Giovanni. "L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato", en: *RIDPP*, 1986, p. 704.

[907] GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente*, pp. 46-47.

de un bien jurídico[908]. Tales datos ontológicos y nomológicos deben ser valorados de conformidad con los criterios del momento del juicio y la base del juicio, el primero de ellos señala la opción por una perspectiva *ex-ante* o *ex-post*, mientras que el segundo, sin duda condicionado por el momento del juicio, precisa el cúmulo de información a tomar en consideración durante la realización del juicio de peligro[909].

Partiendo de un concepto normativo de peligro y en función de estas últimas consideraciones –el conocimiento ontológico y nomológico, la base y momento del juicio– relativas al juicio de peligro, se asientan en las recientes orientaciones de la doctrina penal española, destacándose en todo caso la distinta concepción y función del riesgo penalmente relevante en los delitos de peligro y en la tipificación de la tentativa[910], pero poniéndose a la vez de relieve la utilidad de las categorías riesgo permitido[911] e imputación objetiva[912] en estos delitos de peligro.

---

[908] MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*, p. 320.

[909] MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 102.

[910] MAQUEDA ABREU, Mª Luisa. *La idea de peligro en el moderno DP*, pp. 483 y ss.; REY HUIDOBRO, Luis. *El delito de tráfico de estupefacientes (su inserción en el ordenamiento penal español)*, Barcelona, 1987, p. 85. No obstante, ello no impide la generalizada concepción del delito de peligro como un supuesto de "tentativa" o caso de especial tipificación del comportamiento imprudente sin resultado, en ese sentido: FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 127-128; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente*, p. 206; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 134 y ss. No obstante, tras otorgarle contenido propio y autónomo a los delitos de peligro, consta la expresa oposición de KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Straftat*, pp. 191 y ss., 215 y ss.

[911] PAREDES CASTAÑÓN, Manuel. *El riesgo permitido en DP*, pp. 159 y ss.

[912] En especial el criterio del *"fin" o "ámbito" de protección de la norma*, Vid. TORÍO LÓPEZ, Angel. *Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto),* p. 845-846. GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente*, pp. 31 y ss., 42, 137.

En tal orientación, y solo a modo de ejemplo pues seguidamente se hará referencia a las contribuciones que consideramos más destacadas, DE LA CUESTA AGUADO, en su monografía relativa a los límites penales impuestos al uso de la energía nuclear[913], conceptualiza el peligro partiendo de aceptar la validez de las leyes científicas probabilísticas y la consideración de la previsibilidad de la causación del resultado *ex-ante*, por lo que bastaría que de la acción realizada se derive un peligro apreciable *ex-ante* para el bien jurídico y que tal peligro exceda de los límites permitidos por el ordenamiento[914].

5.2 El concepto "práctico" de CORCOY BIDASOLO

Uno de los trabajos más logrados en el ámbito de las infracciones imprudentes del DP español es el aportado por CORCOY BIDASOLO[915], en el cual, a la luz de los principios de la moderna teoría de la imputación objetiva, estudia los criterios para la determinación de la infracción del deber objetivo y subjetivo de cuidado, como la realización de dicho peligro en un disvalor de resultado. Lo importante de esta monografía, para efectos de lo que aquí nos interesa, reside en la evaluación de los presupuestos normativos utilizados por CORCOY en la delimitación del concepto de peligro.

La autora, siguiendo a KINDHÄUSER[916], se decanta por un concepto "práctico" de peligro que describa la relación entre el sujeto y su conducta, o sea un concepto teleológico y no causal y, por ende, inmerso en una relación de medio a fin. De esta manera, destaca como necesario que exista un peligro *ex-ante*, es decir, "peligro concebido como situa-

---

[913] De allí su relevancia para el control de los "nuevos riesgos" que enfrentan los "nuevos" bienes jurídicos de carácter colectivo.

[914] DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. *Respuesta penal al peligro nuclear*, pp. 128-129.

[915] CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente*, passim.

[916] *Ibid.,* p. 196. Vid. también CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública*, p. 337.

ción caracterizada por la probabilidad de lesión de un bien jurídico que no pueda ser evitada por el autor. La relevancia típica de este peligro –puramente objetivo– se verá, a su vez, limitada por el aspecto subjetivo, ya que al DP lo que le interesa es "el peligro en cuanto conocido o cognoscible por el autor"; en particular, en la imprudencia, en cuanto cognoscible y no conocido exactamente por el autor"[917].

En tal sentido, CORCOY conceptualiza normativamente el peligro con fines de validez para el Derecho penal, es decir como "probabilidad de lesión de un bien jurídico"[918], para quien entiende como más adecuado el método de distribución estadística de probabilidades en grupos que permiten asignar probabilidades a acontecimientos futuros en base a la frecuencia con que tales acontecimientos han tenido lugar en el pasado. "La probabilidad objetiva así concebida, será el límite máximo que deberá restringirse en cada caso por el contenido de la probabilidad subjetiva, entendida como 'posibilidad de conocimiento por el sujeto del grado de probabilidad objetiva'. Por lo tanto, se concibe la probabilidad objetiva=fundamento y la probabilidad subjetiva=límite"[919].

En similar sentido pero ya en el específico ámbito de la imprudencia, la autora defiende que el peligro debe ser entendido como 'peligro penalmente relevante', que se obtendrá a través de un juicio cuya base será el peligro objetivo –probabilidad objetiva– limitado por la probabilidad subjetiva –cognoscibilidad– y el criterio de riesgo permitido"[920]. Como es lógico, el dato normativo de la cognoscibilidad le conduce a privilegiar, en relación al momento del juicio, la perspectiva *ex-ante*, independientemente de que para la imputación del resultado sea necesario un juicio *ex-post*, sobre la efectiva realización de tal riesgo en el resultado lesivo[921]. Por esta razón y en orden a la determinación de la

---

[917] CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente*, pp. 196-197.

[918] *Ibid.*, p. 197.

[919] *Ibid.*, p. 198.

[920] *Ibid.*, p. 200.

[921] *Ibid.*, p. 202.

base del juicio, CORCOY señala que lo conocido y lo cognoscible por el autor constituye dicha base, especificando que lo cognoscible no es todo lo que este "puede conocer" sino solo aquello que "debe conocer", es decir, lo que al autor se le exige conocer[922].

En todo caso, aclara la autora que esta construcción no es contradictoria con la necesidad de realizar una verificación *ex-post* en las infracciones imprudentes, aunque entiende que este segundo juicio carece de importancia para el injusto sino únicamente para la imputación del resultado de peligro. Dicho juicio no es abstracto, pues a través de él debe constatarse que el objeto de la acción ha ingresado "en la esfera de la acción peligrosa o, de otra forma, que el objeto de la acción se encuentra desamparado y su integridad depende de influencias heterónomas"[923].

Finalmente, cabe destacar de la concepción de CORCOY BIDASOLO la definición que, en otra parte y en coherencia con los puntos de partida antes expuestos cercanos a la elaboración de KINDHÄUSER, ha realizado de los ilícitos de peligro concreto: "El peligro concreto se explica así como perturbación de la existencia de certeza en la evitación de la lesión del bien jurídico, en la dependencia de su integridad de intervenciones posteriores del propio sujeto o ajenas a este. En los delitos de peligro concreto no hay una lesión del bien jurídico igual a la de los delitos de lesión, ni son un momento previo a la lesión del bien jurídico, sino que el peligro es una lesión *sui generis* en atención a las especiales características de los bienes jurídicos protegidos en estos tipos"[924].

---

[922] *Ibid.,* p. 204.

[923] *Ibid.,* p. 205.

[924] CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública*, p. 337. En igual sentido su trabajo titulado "Responsabilidad penal derivada del producto. En particular la regulación legal en el Código penal español: delitos de peligro", en: Mir Puig, Santiago, Diego-Manuel Luzón Peña. *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. J. M. Bosch, Barcelona, 1996, p. 249.

5.3 La tesis de la "pérdida de control sobre el curso del peligro" de MÉNDEZ RODRÍGUEZ

La indiscutible importancia de la contribución de MÉNDEZ RODRÍGUEZ al estudio de los ilícitos de peligro quedaron plasmadas en su tesis doctoral[925], donde en general toma partido por la valía del principio de ofensividad en la determinación del concepto de peligro y las técnicas instrumentadas para su tipificación.

Para esta autora el concepto de peligro tiene naturaleza normativa en tanto que su objeto de referencia es el bien jurídico[926]. No obstante, señala que su fundamento no es puramente normativo porque se basa en "una regla de experiencia, en una regla de frecuencia que es, a su vez, sintetizada en un tipo penal (...) *El tipo penal no hace otra cosa que recoger una regla de experiencia: se penalizan ciertas acciones que provocan resultados de peligro porque, precisamente en estos casos, se ha demostrado que la lesión es frecuente*; se trata, por tanto, de reglas de experiencia o de conducta en abstracto"[927].

Empero, MÉNDEZ RODRÍGUEZ aclara que la función de tales leyes basadas en la experiencia y la teoría matemática de la probabilidad, se agotan al configurar el tipo penal, careciendo de relevancia en el análisis del caso concreto, dado que no es posible determinar la probabilidad de que se realice un resultado lesivo si el hecho al que se asocia el riesgo ya se ha desenvuelto, es decir que sus efectos son conocidos y consta la no lesión; "respecto a sucesos pasados el resultado se produjo o no, no hay campo para el análisis del grado de probabilidad"[928]. Además, tampoco es posible efectuar un juicio de probabilidad en relación a las acciones humanas y la compleja totalidad de factores concurrentes

---

[925] MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, passim.

[926] *Ibid.,* p. 117.

[927] *Ibid.*, p. 118.

[928] *Ibid.,* p. 118.

en su desarrollo, que producen un grado importante de indeterminación[929].

De esta manera, la autora señala que si se parte de la existencia de una ley de frecuencia en abstracto, o sea de un tipo de peligro, la clave del problema reside en verificar que, "considerando todas las circunstancias del caso concreto, no hay ninguna que se oponga a esa ley de frecuencia en abstracto, es decir que es necesario demostrar que las circunstancias del caso concreto no varían esas reglas, que estamos por tanto ante una acción típica"[930]. Antes bien, este juicio es incompleto si no va acompañado de la imprescindible verificación del resultado peligroso como consecuencia de la acción del sujeto[931], resultado que solo tiene sentido como afección al bien jurídico, lo que es acorde con los principios de ofensividad, taxatividad penal y última *ratio*, y que necesariamente determina la ruptura con el procedimiento de verificación *ex-ante*[932] y la apuesta a favor de la perspectiva *ex-post* como momento del juicio de peligro, es decir la consideración de todas las circunstancias del caso concreto[933].

Con todo, el resultado peligroso para MÉNDEZ RODRÍGUEZ, en concordancia con las modernas orientaciones de la ciencia penal alemana, se concreta desde que el agente pierde la posibilidad de dominar el desarrollo del riesgo: "*existió un resultado de peligroso en términos jurídicos cuando se creó una situación, un estado de cosas –subsumible en la ley de frecuencia en abstracto, en el tipo penal de peligro (estamos aquí hablando de una situación o acción típica)– cuyo desarrollo escapa al control del agente*; me adhiero así en este punto a la opinión de OSTENDÖRF, transcribiendo sus significativas palabras 'imposibilidad de dominar el curso del peligro'; es decir, que se pone en marcha un proceso cuyo de-

[929] *Ibid.*, pp. 119-120.

[930] *Ibid.*, p. 121.

[931] *Ibid.*, p. 121.

[932] *Ibid.*, p. 124.

[933] *Ibid.*, p. 121.

sarrollo ya no se controla. Esto nos permite la vinculación al concepto más 'puro' de peligro como momento en el que existió la incerteza, la inseguridad de que el resultado de lesión se pudiese producir o no (...) Es necesario, también, que el bien jurídico esté en el radio de acción de ese proceso que se ha puesto en marcha"[934].

5.4 La propuesta de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS sobre la "falta de dominabilidad"

A nuestro entender, actualmente el estudio más completo sobre los límites y funciones de la imputación subjetiva en los delitos de peligro lo constituye la monografía de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS[935], el cual sin embargo parte de una toma de postura sobre la noción de peligro.

Esta autora destaca la necesidad de delimitar normativamente el concepto de peligro, señalando como esencialmente correcta la postura de DEMUTH. En tal sentido, precisa que, al margen de los matices propios de cada concepción, lo importante radica en que el bien jurídico se halle en una situación en la que su lesión no pueda ser evitada con seguridad mediante los medios normales, de modo que la indemnidad del bien jurídico queda a merced de un curso causal que el individuo ya no puede dominar[936].

En esa línea de pensamiento, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS precisa que los criterios claves para la caracterización del peligro son "el no dominio de la situación por el autor y la 'casualidad' como factor decisivo: el bien jurídico es puesto en una situación de crisis, perturbado en su seguridad, dejando su integridad en manos del azar[937].

---

[934] *Ibid.*, pp. 122-123.

[935] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, passim.

[936] *Ibid.*, p. 37.

[937] *Ibid.*, p. 37, citando como próximas a su concepción las posturas de ARTZ/WEBER, BERZ, GRASSO, HERZBERG y KUPPER, en relación al peligro concreto.

Sobre estas ideas establece la autora que el peligro concreto se suscita "desde el momento en que el bien protegido entra en el ámbito de eficacia de la acción típica peligrosa y deja de ser segura la evitación de la lesión (con el grado de seguridad propio del ámbito organizativo al que pertenece el bien, como señala KINDHÄUSER). El bien jurídico entra en 'aguda crisis' (DEMUTH), la situación se hace crítica respecto de un cierto encuentro, sin poder ser dominada o controlada con seguridad, deja de ser razonablemente segura la evitación del resultado"[938].

5.5 La doctrina de la "cognoscible ausencia de dominabilidad" de GARCÍA RIVAS

En el segundo ejercicio para su habilitación como Catedrático de Derecho penal, GARCÍA RIVAS se enfrentó monográficamente al estudio dogmático de los tipos de peligro y su relevancia en los ámbitos de la salud pública y el ambiente natural[939]. A nuestro juicio, las dos notas más relevantes de este análisis radican en la reivindicación del principio de lesividad[940] y los criterios de imputación objetiva[941], en la determinación del concepto de peligro, su juicio y técnicas de tipificación.

En coherencia con tales puntos de partida, el autor sostiene que el peligro, en el terreno del tipo de injusto, carece de un autónomo desvalor, dado que tal desvaloración opera solo en razón de que configura una fase previa a la lesión del bien jurídico-penal, no una fase autónoma, sino conectada teleológicamente a otra ulterior y más grave[942]. A su vez, GARCÍA RIVAS señala que el peligro solo puede concebirse como una relación, "es decir como conexión entre dos fenómenos que no pertenece (...) a la férrea ley de causalidad, sino que se mueve en un terreno distinto que

---

[938] *Ibid.*, pp. 37-38.

[939] GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente*, passim.

[940] *Ibid.*, pp. 3, en especial 130 y ss.

[941] *Ibid.*, pp. 31 y ss.

[942] *Ibid.*, p. 43.

es el de la *probabilidad*"[943]. De esta manera, diferencia la orientación de las nociones de "peligro" y "probabilidad", precisando que mientras esta última tiende a la neutralidad desde la perspectiva de la valoración, la idea de peligro está más bien cargada de connotaciones negativas en el sentido de referirse a la "posible" lesión del bien jurídico[944].

Antes bien, el autor reseñado, tras privilegiar la noción de probabilidad frente a la mera posibilidad, dada su teorización científica y por permitir una mayor graduación que favorece la perspectiva normativa y valorativa[945]; se aleja de las consideraciones ónticas y se sitúa en el espacio propio de los juicios de pronóstico inherentes al concepto de peligro, precisando que "el juicio de peligro (pronóstico) es un juicio hacia el futuro, visión esta de la que carece quien no disponga de los medios adecuados para calibrar el grado de probabilidades del daño a partir de determinados datos previamente conocidos"[946]. Empero, con adecuado criterio diferencia también la idea de peligro del llamado juicio de peligro, estableciendo que "el peligro no es un juicio (...) sino el objeto del juicio"[947], "el 'peligro' no lo construye el juez, sino que lo constata, esto es, comprueba mediante un juicio (Urteil) la existencia de una situación (Zustand) de peligro"[948].

Sobre tales consideraciones, GARCÍA RIVAS logra articular un concepto superior de peligro, de posible aplicación tanto al peligro como predicado de la acción y a su consideración como resultado, pues concluye que "por peligro en Derecho penal debe entenderse la relación de probabilidad que existe entre un hecho atribuible a un sujeto y la lesión del interés jurídicamente protegido".[949]

---

[943] *Ibid.*, p. 44.

[944] *Ibid.,* p. 44.

[945] *Ibid.,* p. 45.

[946] *Ibid.*, p. 46.

[947] *Ibid.*, p. 46.

[948] *Ibid.*, p. 47.

[949] *Ibid.,* p. 47.

No obstante, para efectos de la presente investigación merece poner de relieve su elaboración en torno a los delitos de resultado de peligro, es decir las infracciones de peligro concreto. Tras analizar las diferentes posturas de la doctrina alemana, italiana y española respecto de las perspectivas *ex-ante* y *ex-post* , las concepciones ontológicas y normativas de peligro[950], GARCÍA RIVAS rechaza las construcciones que, abierta o subrepticiamente, se nutren de la percepción causal-naturalista del tipo penal y sustentan una noción ontológica de peligro, pues estas confunden en la práctica los ilícitos de peligro y de lesión, tras la asunción de un juicio de peligro que radicaliza el momento *ex-post*, lo que conduce al análisis de lo efectivamente sucedido "después" de la situación de peligro y hasta la lesión del bien jurídico[951].

Consecuentemente, entiende que "cualquier método de análisis que coloque como punto de apoyo del observador la lesión o no lesión y sus causas, lleva en el fondo a convertir lo que debería ser un juicio de pronóstico en un juicio de diagnóstico, como si el resultado de peligro fuese en todo equiparable al resultado de lesión"[952], con lo cual se elimina toda forma de consideraciones normativas y se resta importancia al principio de responsabilidad subjetiva, al no tenerse en cuenta si el agente sabía o podía conocer las circunstancias que daban origen al peligro mismo[953]. "Se trata, en definitiva, de introducir en el estrato de la tipicidad no solo a la realidad tal cual es, sino también un 'deber ser' que viene demandado por una concepción del Derecho penal apoyado en el principio de culpabilidad y de la exclusión de cualquier vestigio de responsabilidad objetiva".

En tal sentido, la concepción normativa de peligro exige cierta dosis de abstracción, o sea la eliminación de circunstancias presentes en el caso pero no dominables por el autor que, según los aportes de SCHÜ-

---

[950] *Ibid.*, pp. 68 y ss.

[951] *Ibid.*, pp. 102-103.

[952] *Ibid.*, p. 103.

[953] *Ibid.*, p. 103.

NEMANN, se concreta en la no consideración, como parte de la base del juicio de peligro, de las especiales habilidades y conocimientos de la posible víctima que le permitan superar el riesgo y evitar el resultado lesivo. Por ende, entiende GARCÍA RIVAS que "el dominio del autor sobre la fuente de peligro debe considerarse como una exigencia normativa básica en los delitos de resultado de peligro, lo que por lo demás se adecua perfectamente a una concepción del injusto en clave personal: 'injusto personalizado'[954].

Con todo, este autor concuerda fundamentalmente con la tesis de DEMUTH en la determinación de la estructura de los tipos de peligro, y logra identificar los contenidos positivos y negativos del disvalor de acción y de resultado. En tal orden, señala que el desvalor de acción se encuentra positivamente caracterizado por la creación de un riesgo en virtud de la cognoscibilidad, como criterio de imputación objetiva general, por parte del autor de las circunstancias que convierten a su acción en potencialmente peligrosa, de modo que no pueden ser consideradas en la base del juicio de peligro aquellas circunstancias que el sujeto no conozca ni pueda o deba conocer. Por ende, la cognoscibilidad se constituye en un criterio restrictivo del ámbito del disvalor de acción en concordancia con la teoría de la imputación objetiva. A su vez, considera que el sentido negativo del desvalor del comportamiento se concreta en la ausencia de dominabilidad por parte del agente de tal riesgo, lo que permite relacionar el resultado de peligro con la acción[955].

Finalmente, defiende que el desvalor de resultado se configura positivamente por la afirmación de la probabilidad de lesión y negativamente por la falta de dominio del autor sobre el suceso. Así, debe constatarse inexorablemente la presencia de una situación de peligro real, insuplantable por una simple y genérica creación de riesgo "potencialmente" vinculada a la lesión del bien jurídico[956].

---

[954] *Ibid.,* p. 105.

[955] *Ibid.,* pp. 105-106.

[956] *Ibid.,* pp. 105-106.

5.6 La tesis de la "previsible posibilidad de lesión" de DOVAL PAIS

En la doctrina española últimamente DOVAL PAIS se ha enfrentado al estudio de los elementos esenciales de los delitos de fraude alimentario, análisis del que merece destacar, por su relevancia para el ámbito de los bienes jurídicos colectivos, la conceptualización del peligro desde una perspectiva normativa[957], y en la que predominan los elementos objetivos, aunque reivindicando el elemento subjetivo "*previsibilidad*"como parte de la definición del peligro. De esta forma, entiende que peligro es "aquel estado de cosas en el que es previsible la posibilidad de que un bien jurídico protegido sufra una lesión"[958].

Dicho estado de cosas se refiere a un conjunto de hechos o circunstancias objetivas y externas que pertenecen a la realidad física, y está configurado por una situación tal que no permite asegurar ni negar con rotundidad la producción de la lesión, hallándose ausentes las relaciones de necesidad, los casos en los que el suceso es imposible que determine la aparición de la lesión y las relaciones que no guardan relación alguna con la lesión[959]. "El estado de cosas es, pues, simplemente *posible* (puede ser) que derive en una lesión"[960].

Precisando más el ámbito de dicho estado de cosas, el autor señala que la relación entre dicho estado y la lesión es una relación causal incompleta, de modo que el peligro encierra la propiedad potencial, de naturaleza causal de una lesión, por lo que la realización del evento lesivo depende de la concurrencia de otras circunstancias. En tal sentido, el estado de cosas constituye una condición contribuyente, pero no decisiva de la lesión, es decir un elemento que convierte en operativo el contexto causal en el que tiene lugar[961].

---

[957] DOVAL PAIS, Antonio. *Delitos de fraude alimentario*, pp. 280 y ss.

[958] *Ibid.,* p. 275.

[959] *Ibid.,* pp. 276-277.

[960] *Ibid.,* p. 277.

[961] *Ibid.*, p. 277.

El estado de cosas "que constituye la situación de peligro es un contexto causal *abierto* o *incompleto*: un conjunto de hechos que, por sí solo, no da lugar a una lesión, pero que podría ser *cerrado* o *completado* por algún nuevo factor, de manera que el efecto sí llegaría a producirse. La *posibilidad* de que el contexto se cierre y se produzca así una lesión es un elemento esencial del concepto de peligro (...) lo que se castiga *en los delitos de peligro* es *la creación* de un contexto causal abierto que podría cerrarse causando una lesión, y no *el cierre* del contexto"[962].

Esta delimitación de orden objetivo, en la concepción de DOVAL PAIS, debe ser sometida al correctivo subjetivo de la previsibilidad. En tal sentido, el autor justifica la introducción de dicho elemento subjetivo en la necesidad de limitar el concepto de peligro a fin de hacerlo más funcional y operativo a efectos jurídico-penales. De esta manera, no es peligro "cualquier situación que es posible que desemboque en una lesión, sino solo aquella que, además, previsiblemente lo hará. De este modo quedan excluidos aquellos estados de cosas acerca de cuyos efectos poco (o nada) pueda saberse, aunque exista un riesgo objetivo de que se produzca una lesión; esto es, situaciones en las que no sea posible prever (ver con anticipación) la lesión de un bien jurídico (...) y la previsión consistirá en un juicio realizado por un sujeto con unos conocimiento determinados"[963].

IV. EL CONCEPTO DE PELIGRO Y SUS TÉCNICAS DE TIPIFICACIÓN

1. Presupuestos para la conceptualización y el enjuiciamiento del peligro en el Derecho penal

Con acertado criterio, el Derecho positivo no define el contenido del "peligro" propio de los llamados "delitos de peligro"[964]. Aunque po-

[962] *Ibid.*, p. 278.

[963] *Ibid.*, p. 279.

[964] ESCRIVÁ GREGORI, José Mª. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en*

dría pensarse que sería más oportuno contar con una definición legal que tome partido por alguna de las distintas posturas doctrinales, pues ello traería mayor seguridad jurídica a un ámbito donde precisamente se observa un déficit de certeza[965], consideramos que la oportunidad del silencio legislativo radica en la necesidad de evitar la petrificación del concepto de peligro y dejar en manos de la creación dogmática y jurisprudencial su desarrollo, cada vez sometido a mayores correctivos normativos que lo hacen más acorde con las necesidades político criminales demandadas en la protección de los diversos bienes jurídicos a cargo del Derecho penal. Sin duda, pues, tal desarrollo se encontraría limitado frente a la imperatividad de una delimitación legal, también inexistente, seguramente por similares razones a las aquí defendidas, en ámbitos tan conflictivos como la "imputación objetiva" y el "riesgo permitido".

Ahora bien, pese a las múltiples diferencias doctrinales en relación al concepto de peligro, consideramos sin embargo que en el actual momento existe un relativo consenso sobre determinados presupuestos mínimos que a nuestro entender deben considerarse irrenunciables al momento de erigir una noción de peligro aplicable al Derecho penal. Desde nuestro punto de vista tales presupuestos son los siguientes:

i. No es posible ni conveniente erigir un concepto de peligro demasiado ambicioso, es decir con pretensiones de eficacia en to-

---

DP, p. 129; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Curso de DP. PG*, p. 283.

[965] Sin duda, en la definición del concepto de peligro se encuentra en juego el principio de determinación o certeza penal y la función preventiva del DP. Por su parte, FIANDACA, Giovanni. "La tipizzazione del pericolo", en: *Materiali per una reforma del diritto penale*, Franco Agneli, Milán, 1987, p. 49, ha llegado a sostener que los delitos de peligro se sustraen a una precisa determinación científica, con la consiguiente e inevitable discrecionalidad y falta de certeza en la aplicación. Asimismo, en opinión de PETRINI, Davide. *Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori*, Milán, 1990, p. 86, esta incertidumbre dificulta la motivación del destinatario de la norma y los consiguientes fines preventivos, dada la imposibilidad de diferenciar indubitablemente el terreno de lo lícito e ilícito.

dos los sectores del ordenamiento jurídico. En efecto, aunque la dogmática de la responsabilidad civil y determinados ámbitos de la administrativa actualmente se orientan hacia una fundamentación sobre la base de criterios de imputación por la creación de un riesgo, entendemos que principios limitadores del *ius puniendi* tan elementales como el de lesividad y culpabilidad, reclaman para el DP una concepción privativa de peligro.

ii. Pero aun en el ámbito del Derecho penal, como ya hemos advertido antes, la idea de peligro constituye un criterio horizontal que influencia la dogmática de la tentativa, la imputación objetiva, el riesgo permitido, la imprudencia, la omisión y las infracciones de peligro. En tal sentido, convenimos que, sin perjuicio de poder articular un concepto general de peligro válido para todos estos ámbitos[966], su rendimiento en el terreno de los delitos de peligro está condicionado a una delimitación específica que responda a la función político criminal de estos ilícitos, es decir a la necesidad de proteger anticipadamente –antes de la lesión– de los bienes jurídico-penales[967], función que también se asigna a los tipos imperfectamente realizados pero con la diferencia que en la tentativa no basta con la creación de un peligro objetivo, pues generalmente será preciso que el tipo subjetivo se oriente hacia la lesión del bien jurídico.

No obstante, en determinados supuestos y pese a que no reina acuerdo sobre el particular, a nuestro juicio es posible reconocer entre el tipo de peligro, el de la tentativa y el imprudente, una zona común, es decir una identidad estructural objetiva tras considerar que, en aquellos ámbitos de la vida social donde la norma de cuidado cuenta con un importante grado de de-

---

[966] ESCRIVÁ GREGORI, José Mª. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en DP*, pp. 29 y ss.

[967] GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente*, pp. 43-44.

terminación y la importancia de los bienes jurídicos en juego reclaman una tutela anticipada, se instauran delitos de peligro que equivalen a meras tentativas o formas de imperfecta ejecución de delitos imprudentes, o sea actuaciones imprudentes sin resultado lesivo. Y como corolario de ello, se tiene además que las infracciones con puro dolo de peligro (sin dolo de lesión) y aquellos realizados con imprudencia conciente, revisten una equivalencia estructural objetiva y subjetiva[968].

iii. Sentada pues la necesidad de contar con una noción de peligro propia de los delitos de peligro, debe ponerse de relieve, junto con GARCÍA RIVAS, la trascendencia de la imputación objetiva en tal realización[969]. Ciertamente, si se tiene en cuenta la creciente aceptación de los criterios de imputación, no solo en el ámbito de la imprudencia, sino también en el terreno de los delitos dolosos y de mera actividad[970], entonces será posible

---

[968] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 134 y ss.

[969] GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente*, pp. 31 y ss. Similar, SALAS ALMIRALL, Salvador. "Causalidad e imputación objetiva en los delitos de peligro", en: *CDJ*, N° XVI, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 132 y ss.

[970] Como precisa WOLTER, Jürgen. "La imputación objetiva y el sistema moderno del DP", trad. de Silvina Bacigalupo, en: Varios Autores. *Omisión e imputación objetiva en DP*, FDUCM, Madrid, 1994, p. 65, "La teoría moderna de la imputación objetiva abarca todo el *sistema del Derecho penal*. Esta influye tanto en las causas de justificación como en la culpabilidad. Llega hasta el sistema de la individualización judicial de la pena e incluso hasta el sistema procesal penal. *En esencia abarca, en todo caso, el tipo de ilícito en su totalidad –desde el comportamiento creador de un peligro hasta la producción del resultado–. No solo están afectados los elementos objetivos y el tipo objetivo del ilícito. La teoría de la imputación objetiva no se detiene ni ante hechos subjetivos ni ante el tipo subjetivo del ilícito*", cursiva al margen del texto. Antes bien, el citado autor señala que el principio del riesgo (*Risikoprinzip*) tiene un alcance general pues se encuentra garantizado a nivel constitucional, dado que se corresponde con la ponderación

abandonar la concepción ontológica o causal-naturalista del injusto sustentada en la afirmación de leyes de certeza, y avanzar hacia su entendimiento normativo desde una perspectiva teleológica, es decir acorde con las leyes probabilísticas y en función del criterio de la previsibilidad como condición para la imputación típica[971].

De esta manera, entendemos que la imputación objetiva opera en dos niveles, los que por cierto nos permitirán fundamentar y diferenciar posteriormente el peligro abstracto del peligro concreto. El primer nivel dota de contenido al desvalor de la acción y se concreta mediante la "creación de un riesgo típicamente relevante", es decir que desde una perspectiva *ex-ante*, el agente ha realizado una conducta que previsiblemente supera los límites del riesgo penalmente permitido y es capaz de poner en peligro o lesionar un bien jurídico. A su vez, el segundo nivel de imputación sustenta la desvaloración del resultado, por lo que este pasa a entenderse como secuela o producto de la acción riesgosa, es decir que el resultado solo es imputable si, desde una consideración *ex-post*, puede verse como la obra o realización del riesgo creado.

iv. Como corolario de la premisa anterior, el peligro, como criterio normativo, puede constituir un adjetivo del comportamiento prohibido, en cuyo caso la doctrina suele referirse a la "peligrosidad de la conducta", es decir a una acción u omisión que, desde una consideración *ex-ante*, tiene una aptitud ofensiva para el bien jurídico. Pero además, la idea de peligro puede entenderse

---

que la tutela de un Estado de Derecho dispensa a los bienes jurídicos y a los intereses de libertad individuales, según la medida del principio de proporcionalidad, *Ibid.,* pp. 67-68.

[971] Vid. ROXIN, Claus. "La problemática de la imputación objetiva", trad. de Enrique Casas Barquero, en: *CPC*. Nº 39, 1989, pp. 749 y ss.; ÍDEM. "Finalidad e imputación objetiva", trad. de Enrique Casas Barquero, en: *CPC*. Nº 40,1990, pp. 131 y ss.

ligada al resultado, o sea como consecuencia de dicha conducta y comprobable *ex-post*, de modo que es posible identificar un resultado de peligro, a caballo entre el mero acto peligroso y el resultado lesivo. Esta doble consideración del peligro, como atributo de la acción o del resultado, goza actualmente de una mayoritaria aceptación por parte de la doctrina, constituyendo el criterio fundamental para la diferenciación entre los delitos de peligro abstracto o de peligrosidad y los de peligro concreto o de resultado de peligro[972].

Pues bien, dada la distinta función que el peligro cumple en el injusto y las diferencias estructurales que de ella deriva, debe tenerse presente que en los últimos años, en contra de la doctrina clásica[973], se viene proponiendo la diferenciación entre los conceptos de riesgo y peligro. De esta forma, como señala CORCOY[974], podrá entenderse por riesgo el cálculo de probabilidad de lesión cognoscible *ex-ante* con el que se valora la peligrosidad de una conducta, se trata del juicio de peligro inherente al primer juicio de imputación objetiva, como creación de riesgo *ex-ante*. Luego, el peligro deberá concebirse como el contenido del juicio valorativo sobre una situación en la que, de acuerdo con una ley de probabilidad disponible, la lesión del bien jurídico es consecuencia lógica de la acción, se trata por ende de un resultado valorable *ex-post*.

---

[972] Vid. por todos MEYER, Andrea. *Die Gefährlichkeitsdelikte*, pp. 182 y ss., cit. por RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delito de peligro, dolo e imprudencia*, p. 294. MEYER establece la distinción entre los delitos de peligrosidad (*Gefährlichkeitsdelikte*) y delitos de peligro (*Gefährdungsdelikte*), según la exigencia o no de un desvalor de resultado.

[973] CARRARA, QUINTANO RIPOLLÉS, RODRÍGUEZ MOURULLO, COBO DEL ROSAL, cit. por DOVAL PAIS, Antonio. *Delito de fraude alimentario*, p. 268 nota 24.

[974] CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente*, pp. 206-207, también notas 802-804.

No obstante, pese a los indudables fundamentos y trascendencia de la diferenciación, consideramos que esta carece de un asidero sólido, primeramente en el plano lingüístico[975], aunque ello no podría ser una traba importante toda vez que la imputación objetiva opera con categorías normativas[976]. Pero además, no debe olvidarse que el Código penal español en varias ocasiones se refiere indistintamente a los conceptos de riesgo y peligro, por ejemplo en el ámbito del delito de contaminación del Art. 305° se refiere al resultado de peligro con la expresión "riesgo de grave perjuicio (...) para la salud de las personas", mientras que el Cap. I del Tít. XVII de la Parte especial denominado "De los delitos de riesgo catastrófico" (arts. 341 y ss.) aglutina varios tipos de peligro concreto. Lo mismo se observa en el Derecho penal peruano, el Art. 307°-A, que sanciona el internamiento ilegal de desechos, describe el resultado de peligro con la expresión "creando un riesgo al equilibrio ambiental", a su vez el Cap. I del Tít. XII de la Parte especial está rotulado como "Delitos de peligro común" pero incorpora tipos en los que no se observa un peligro concreto.

Asimismo, la categoría "delitos de riesgo" se refiere a las infracciones caracterizadas por la expresa exigencia típica de que al realizarse el hecho no se encuentre descartada la posibilidad de una lesión a la vida o a la integridad de terceros, lo que se plasmó en el Proyecto Alternativo del StGB en la regulación de los delitos de "causación de peligro común" y de "fabricación y expendición de comestibles que dañan la salud"[977]. Con todo, a mi entender

---

[975] De hecho la última edición del Diccionario de la Real Academia Española equipara los conceptos de «peligro» y «riesgo».

[976] MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, Edersa, 1992, p. 51.

[977] DOVAL PAIS, Antonio. *Delitos de fraude alimentario*, pp. 268-269; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, pp. 79-80.

la diferenciación entre "riesgo" y "peligro" propuesta en la doctrina española por CORCOY, carece actualmente de consenso en el discurso dogmático, razón por la cual debe advertirse su uso indistinto en el ámbito del injusto y para el disvalor de acción y del resultado.

v. Es aún generalizada la opinión de que quizás no sea posible erigir una respuesta unitaria en relación al contenido del peligro[978], e incluso se ha llegado a sostener, con inusual relativismo, que es inevitable la realización de un análisis casuístico pues el concepto de peligro empleado en el Derecho penal no es único ni común a todos los casos, sino que depende del concreto tipo de injusto al que aparezca asociado[979]. Sin embargo, entiendo que tales ideas deben matizarse, pues por una parte debe reconocerse que en principio no se pueden establecer reglas demasiado específicas, como por ejemplo una probabilidad mínima exacta, dado que la delimitación del peligro típico debe graduarse[980] en función del riesgo permitido[981] que varía dependiendo de la clase del bien jurídico o de la intensidad del riesgo requerido según la naturaleza del área vital en juego[982].

---

[978] CÓRDOBA RODA, Juan. *Les délits de mis en danger*, p. 359; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Delitos de peligro y criminalidad económica*, p. 24.

[979] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Curso de Derecho penal. PG*, p. 284.

[980] El peligro es graduable, no solo en términos de que el abstracto se encuentra más alejado de la lesión del bien jurídico que el peligro concreto, sino en el sentido de que, como precisa ESCRIVÁ GREGORI, José Mª. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en DP*, p. 27, "respecto a la producción de un acontecimiento caben distintos grados de probabilidad, ello nos llevará a afirmar que también *caben distintos grados de peligro*. Con ello no solo resultará invalidado el concepto matemático estadístico (...), sino también un concepto unitario de peligro. En este sentido, cabe hablar de dos situaciones en que una sea *más* peligrosa que la otra, sin por ello dejar de serlo ambas".

[981] DOVAL PAIS, Antonio. *Delitos de fraude alimentario*, p. 282 nota 58.

[982] KLEINE-COSACK, Eva. *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht*, p. 60; DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. *Respuesta penal al peligro nuclear*, pp. 127-129.

Empero, a nuestro juicio las dificultades para señalar a priori estas reglas específicas no deben conducirnos al mero casuismo, pues no están reñidas con la posibilidad de establecer un concepto de peligro capaz de permitir una delimitación cierta del ámbito de prohibición penal, en orden a procurar la motivación y los consiguientes fines preventivos asignados al ordenamiento punitivo. En tal sentido, consideramos que constituye un avance irrenunciable el prudente alejamiento de las posturas puramente subjetivas, objetivas y ontológicas que se fundan en una visión causal-mecanicista del mundo y sus leyes de certeza o necesidad. Lejos de ello, y en orden al establecimiento de una noción normativa de peligro sobre la base de consideraciones positivas y negativas, lo que se pretenderá en el siguiente apartado, es imprescindible reconocer la realidad del peligro y, en consecuencia, admitir que el mundo también opera y puede explicarse en virtud de leyes de probabilidad –o posibilidad–[983]. En tal sentido, la noción de peligro no puede desligarse de la idea de probabilidad, es decir del entendimiento de que dada una conducta *C puede* producirse un resultado *R* como consecuencia de esta.

vi. Caracterizado el peligro como una categoría real perteneciente al mundo de las probabilidades y ubicándonos en el plano dogmático, debe ponerse de relieve que carece de un desvalor au-

[983] Tiene razón GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente*, p. 45, cuando señala que la doctrina más moderna prefiere referirse a la "probabilidad", antes que a la "posibilidad", pues el primero ya ha sido objeto de teorización en otras ciencias y porque se considera que mientras la idea de posibilidad nos ubica en el ámbito de lo absoluto (o el daño es posible o no), el concepto de probabilidad permite una mayor graduación, lo que es conveniente cuando se opera en una perspectiva normativa. Antes bien, a nuestro entender esta distinción aún no se encuentra presente en la doctrina mayoritaria, la cual opera indistintamente con las nociones de probabilidad y posibilidad, por lo que materialmente no representan dos categorías distintas.

tónomo, en el sentido de que el legislador no sanciona la puesta en peligro de determinados intereses porque la considere un fin en sí mismo, con lo cual se llegaría a propugnar la tipificación del peligro como un instrumento autónomo y seguramente a legitimar la actual proliferación de las infracciones de riesgo abstracto, sobre todo como medio de "tutela" de los intereses colectivos[984].

En este sentido, no debe perderse de vista la importancia del principio de lesividad, en virtud del cual la relevancia jurídica del riesgo creado debe medirse en función de que compromete negativamente a los bienes jurídicos penalmente protegidos[985]. Por este motivo es común en la doctrina la referencia a que el peligro constituye un concepto relacional, pues se sirve de una ley de probabilidad para afirmar que una determinada conducta puede originar la destrucción o menoscabo para el bien jurídico, es decir su lesión. En consecuencia la desvaloración del peligro está sujeta a una doble dependencia: (a) no puede sustraerse a la función de tutela exclusiva de bienes jurídicos, lo que trae como consecuencia que (b) el peligro sea concebido como una "fase previa" a la lesión, o sea que su tipificación tiene por finalidad la evitación de eventos lesivos para tales bienes, por lo que su función radica en el adelantamiento de las barreras punitivas frente a las conductas que probablemente lesionarán bienes jurídicos. Dicho de otro modo, el merecimiento y la necesidad de pena en la criminalización de los eventos peligrosos radica en que estos generan una situación en donde no puede garantizarse la no lesión del bien jurídico.

---

[984] Contra esta tendencia: HASSEMER, Winfried. *Crisis y características del moderno Derecho penal*, pp. 640-641; HERZOG, Felix. *Límites al control penal de los riesgos sociales*, p. 320; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Delitos de peligro y bienes jurídicos colectivos*, pp. 181-182

[985] DÍAZ PITA, Mª del Mar. *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 220.

Ahora bien, aunque la necesaria relación entre peligro y bien jurídico sin duda sirve para limitar la expansión irracional del Derecho penal de riesgo, pues descarta por ejemplo la penalización de la mera desobediencia y los ilícitos formales, consideramos que ello no debe ser visto como una traba infranqueable en orden a la eficacia preventiva de la pena. Ciertamente, el alegato de las "razones" o "necesidades" político criminales, ha constituido en los últimos años el caballo de batalla para justificar la instrumentación de ilícitos en los que no puede apreciarse con claridad o simplemente no existe la peligrosidad de la conducta, ni un resultado de lesión o puesta en peligro para algún bien jurídico. Frente a ello, y como se desarrollará posteriormente al evaluar la técnica del peligro abstracto, entendemos que una clara delimitación y autónoma tutela de los bienes individuales o colectivos hace innecesario, desde el punto de vista de la eficacia preventiva, el recurso a las infracciones abstractas de peligro, siendo suficiente la tipificación de la lesión y el peligro concreto para tales bienes.

vii. Pero que la desvaloración del peligro se legitime político criminalmente por constituir un adelantamiento de la tutela penal frente a los sucesos lesivos, no debe conducirnos al equívoco de entender que el concepto de peligro debe erigirse en función del concepto de lesión, de modo que por ejemplo se sostenga una relación de necesidad entre peligro y lesión, razonamiento que subyace a toda concepción que afirma o niega, *a priori*, la existencia del peligro según se haya realizado o no, respectivamente, la lesión del bien jurídico.

Como es evidente, la propia idea de probabilidad permite entender el carácter contingente de la lesión, razón por la cual debe aceptarse la autonomización del resultado de peligro respecto del resultado de lesión, es decir que la inexistencia de este último no puede condicionar la existencia del peligro[986]. Con-

[986] Precisa TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Delitos de peligro y criminalidad económica*, p. 26, que si "el resultado no se produce por la intervención,

secuentemente con este postulado, todo aquello que suceda o se conozca con posterioridad a la existencia del peligro debe excluirse de la base del juicio del peligro, por lo que el criterio *ex-post* no puede extenderse a la consideración del evento lesivo. De esta manera, el problema esencial en la delimitación del peligro se presenta en aquellos supuestos donde el riesgo no produce un resultado lesivo.

viii. Finalmente, entendemos que otro de los presupuestos para encarar la definición de peligro consiste precisamente en diferenciarlo del llamado juicio de peligro[987], de allí que la doctrina suela referirse al peligro como la situación (*Zustand*) que constituye el objeto del juicio (*Urteil*) de peligro[988]. La importancia de esta distinción radica en la necesidad de diferenciar también los criterios aplicables para la delimitación de la situación (objetivos, subjetivos, ontológicos, normativos, ausencia de dominabilidad o control) y la realización del juicio (perspectiva *ex-ante* o *ex-post*, relevancia de los conocimientos y habilidades especiales del autor y de la víctima).

2. Las técnicas de tipificación del peligro

2.1 La imposibilidad de alcanzar un concepto general de peligro

Teniendo en cuenta los presupuestos anteriormente señalados me interesa poner de relieve que en la doctrina penal han sido comunes los

---

posterior a la acción peligrosa, de factores que neutralizan el peligro, no por ello ha de negarse la preexistencia de este y el consiguiente sometimiento a riesgo del bien jurídico, a no ser, claro está, que la irrupción de esos factores hubiese sido previsible en las mismas condiciones en que fue previsible el riesgo. Porque en ese caso la acción carece, en ese contexto, de la nota de peligrosidad".

[987] CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente*, p. 195.

[988] GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente*, p. 46.

esfuerzos por alcanzar una definición general que abarque todas las manifestaciones del tipo de peligro –abstracto, concreto, abstracto-concreto o hipotético, etc.–. Para tal efecto se suele recurrir a las nociones de probabilidad y bien jurídico, pues ambas constituyen los pilares básicos que permiten entender el peligro desde una perspectiva garantista. De allí la idea tan extendida, expresada de muchas formas, de que el peligro se concreta en una relación de probabilidad entre una conducta y la lesión de un bien jurídico-penal.

No obstante, a nuestro entender con ello se avanza muy poco, pues nada se dice acerca de si el peligro debe constituir un atributo de la acción y/o del resultado, ni cuales son los criterios a tener en cuenta para su constatación, y cuando se especifica pareciera que se hace pensando más en los ilícitos de peligro concreto. Pero sería inútil pretender alcanzar más en una línea tan general, dado que cada técnica de tipificación reclama para sí un análisis particular en relación a la estructura del peligro. Por tal razón consideramos fundamental una toma de postura sobre las clases de peligro, para luego evaluar particularmente cada categoría de peligro.

3. Delitos de mera actividad peligrosa y delitos de resultado de peligro

3.1. Peligro abstracto vs. Peligro concreto

En la doctrina penal se han defendido una multiplicidad de criterios clasificatorios, en virtud de los cuales se habla por ejemplo de peligro normal y peligro penalmente relevante; peligro inminente, próximo, pasado, presente, actual, futuro, remoto y eventual; peligro común y particular; delitos propios e impropios de peligro; delitos de peligro abstracto, concreto, abstracto-concreto, efectivo, general y presunto; peligro explícito e implícito, entre otros[989].

[989] ESCRIVÁ GREGORI, José Mª. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en DP*, pp. 63 y ss.; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Delitos de peligro y bienes jurídicos colectivos*, p. 175.

No obstante, a mi juicio la más adecuada categorización, por su utilidad para una teoría de la imputación penal, es la que mayoritariamente se refiere a los delitos de peligro concreto y abstracto. En ese sentido, se entiende que los ilícitos de peligro concreto constituyen delitos de resultado, razón por la cual se exige en cada caso una verificación *ex-post* sobre la puesta en peligro del bien jurídico. Antes bien, las infracciones abstractas de peligro se concretan en una acción peligrosa, aquí el peligro no se configura en un resultado sino que es inherente a la realización de la conducta, de modo que su constatación precisa de un análisis *ex-ante*, es decir la verificación de si al momento de ejecutar la conducta el agente podía prever el contenido peligroso de la misma.

Ahora bien, un sector de la doctrina sostiene que el criterio para distinguir ambas manifestaciones de peligro es el de perspectiva *ex-ante* (peligrosidad de la acción) o *ex-post* (resultado de peligro), adoptada para constatar el peligro abstracto y el peligro concreto, respectivamente[990]. Sin embargo, a nuestro entender esto es inexacto toda vez que el juicio en relación a la existencia del peligro concreto, incluso en la verificación del resultado lesivo, no puede sustraerse al análisis sobre la peligrosidad de la conducta desde una perspectiva *ex-ante*, pues esta constituye el primer nivel de la imputación objetiva del resultado[991]. Por ende, el análisis *ex-ante* no es privativo de la constatación del peligro abstracto, pues se extiende también a los delitos de resultado a fin de constatar el disvalor de acción.

A nuestro entender el único criterio que nos permite diferenciar las infracciones de peligro abstracto y concreto radica en si para la tipicidad es suficiente un mero disvalor de acción, o si es necesario además un disvalor

---

[990] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 14-15, 276 nota 220, 298 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Delitos de peligro y criminalidad económica*, pp. 25 y ss.

[991] MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*, pp. 54 y ss.; ÍDEM. "La imputación objetiva del resultado. Una primera aproximación", en: *CDJ*, N° XVI, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 87 y ss.; FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*, pp. 76-77.

de resultado[992]. En ese sentido, la estructura de los tipos de peligro abstracto obedece a la de los delitos de mera actividad, pues el tipo se entiende realizado cuando el autor ejecuta una conducta *ex-ante* peligrosa, sin que sea necesario verificar que esta haya dado lugar a un determinado resultado penalmente relevante[993]. Ello se aprecia por ejemplo en el delito de conducción en estado de ebriedad o drogadicción, tipificado por el Art. 379° del Código penal español y en el Art. 274° del Código penal del 91 de Perú.

Sin duda que una interpretación literal de la norma nos llevaría a concluir que para la tipicidad basta con la mera conducción de un coche bajo la influencia de una droga. No obstante, una lectura de la norma desde el punto de vista de la imputación objetiva nos conduce a otra solución, dado que si bien no es necesaria la existencia de un resultado lesivo (muertes, lesiones) o de peligro, tampoco es suficiente con la infracción formal del tipo, de modo que es fundamental constatar la peligrosidad de la acción. En esa línea de pensamiento, quedan fuera de la esfera penal aquellas conductas que *ex-ante* son inidóneas para poner en riesgo algún bien jurídico, como por ejemplo la circulación en una zona deshabitada de modo tal que *ex-ante* puede preverse que los bienes de las otras personas se hallan al margen de la esfera de la acción. Por contra, sí podrá ser sancionado penalmente quien conduce ebrio por un lugar donde *ex-ante* puede preverse que transitan niños (en las inmediaciones de una escuela) u otros vehículos a alta velocidad (en una autopista), sin que sea necesario que en la realidad tales niños o vehículos hayan ingresado en el ámbito de la conducta peligrosa.

Este último análisis, en cambio, si es necesario en los delitos de peligro concreto, pues ellos obedecen a una estructura dual del injusto,

---

[992] ROXIN, Claus. *Strafrecht. AT.* T I, §11/113 y ss.

[993] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico. PG,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 108, matiza esta postura desde una consideración material del resultado, es decir como una categoría ontológica separable espacio-temporalmente de la actividad del agente, con lo que toma distancia de una concepción normativa de resultado entendido como la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal.

dado que el desvalor de la mera peligrosidad viene asociado a un disvalor de resultado de peligro verificable desde una perspectiva *ex-post*. De esta forma, en los delitos de peligro concreto es necesario que dicho resultado sea objetivamente imputable, es decir que pueda considerarse como la realización u obra del riesgo *ex-ante* creado, como efectivamente ocurre por ejemplo en el tipo del Art. 341° del Código penal español que exige la puesta en peligro de "la vida o la salud de las personas o sus bienes", mediante la liberación de "energía nuclear o elementos radioactivos (...), aunque no se produzca explosión", delito estructuralmente similar al del Art. 273° del Código penal del 91 de Perú.

Consecuentemente con la defensa de una postura dualista en relación al contenido del ilícito penal[994], debe rechazarse aquí la legitimidad político criminal de los delitos de peligro abstracto, pues la ausencia de un efectivo desvalor de resultado relaja la fuerza del principio de lesividad que es inherente al programa penal de la Constitución[995] y, por tanto, el llamado a limitar la expansión del Derecho penal del peligro.

No obstante, debe llamarse la atención sobre la tentativa de un sector de la doctrina que, en su afán de superar la crítica por la ausencia de resultado, sostiene la existencia de un "desvalor potencial de resultado" en lo ilícitos de peligro abstracto[996], entendido como la posibilidad de

---

[994] Vid. supra, apartado II de este Cap.

[995] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. *Lecciones de DP. PG*, pp. 48-49; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. L*os delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, pp. 39 y ss., 150 y ss.; PÉREZ ALVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumidor*, p. 60.

[996] En ese sentido: GALLAS, Wilhelm. "Abstrakte und Konkrete Gefährdung", en: *Festschrift für Heinitz*, W. de Gruyter, Berlin, 1972, pp. 176-181; WOLTER, Jürgen. *Objetive und personale Zurechnung*. von Verhalten, pp. 204, 269, 278, se refiere a la existencia de un "desvalor de resultado primario". En la doctrina española: TORÍO LÓPEZ, Angel. *Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto),* p. 846; LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en Derecho penal*, p. 180-181; MAQUEDA ABREU, Mª Luisa. *La idea de peligro en el moderno Derecho penal*, p. 487; FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*,

alcanzar un resultado de peligro o, dicho de otro modo, como la posibilidad de que la acción peligrosa se realice en un peligro concreto.

Sin embargo, a nuestro juicio la idea de "desvalor potencial de resultado" carece de identidad propia, en el sentido de que no constituye una categoría intermedia entre el resultado de peligro y la acción peligrosa, sino que se identifica con esta última, por lo que constituye un mero recurso lingüístico que materialmente no aporta nada, salvo confusión, a la dogmática de los delitos de peligro.

Ciertamente, si tal desvalor potencial es entendido como la probabilidad de que la acción riesgosa produzca un peligro concreto, no cabe duda que tal delimitación nos sitúa en el primer nivel de la imputación objetiva, o sea en el momento de la creación del riesgo jurídicamente relevante que, eventualmente, podrá realizarse tanto en un resultado lesivo como de peligro efectivo para el bien jurídico. De esta manera, el desvalor potencial de resultado no es otra cosa que el peligro de que se suscite un peligro concreto, es decir la peligrosidad de la acción[997] pero con un rótulo distinto a fin de introducir la expresión "resultado" y favorecer la justificación dualista de los ilícitos de peligro abstracto.

3.1.1 ¿Peligro abstracto-concreto?

Desde nuestro punto de vista, por similares razones a las antes expuestas, la defensa de una categoría intermedia de peligro, a caballo entre el peligro concreto y el peligro abstracto, es también incompatible con la necesidad de erigir el ilícito penal, no solo en función del disvalor de acción, sino también del resultado.

---

p. 82; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico. Parte General*, p. 110.

[997] GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente*, p. 66; PÉREZ ALVAREZ, Fernando. *Contribución al estudio de las categorías "objeto material" del delito y de los delitos de "mera actividad", al hilo del concepto de resultado en Derecho penal*, Inédito, Salamanca, 1995, p. 198.

A SCHRÖDER debemos la partida de nacimiento del denominado "delito de peligro abstracto-concreto", entendido como una suerte de tipo mixto o intermedio en el que concurren simultáneamente elementos propios de las infracciones abstractas de peligro y del peligro concreto[998]. Para este autor, la nota común al peligro concreto consiste en la necesidad de que el juez verifique la concurrencia del peligro en el caso específico. Empero, y a diferencia de los ilícitos de resultado peligroso, el juzgador no podrá tomar en cuenta, al determinar la base del juicio, todas las circunstancias del evento concreto, pues debe limitarse a calificar la acción como peligrosa sin tener en consideración o abstrayéndose de dichas circunstancias, lo que en definitiva se acerca al juicio que debe operar en los delitos de peligro abstracto.

Como precisa el autor reseñado, la noción de peligro abstracto-concreto se aplica especialmente a aquellos ilícitos en los cuales la aptitud para producir un resultado lesivo constituye un elemento típico, sin que se concrete una caracterización más precisa del ataque que padecen los bienes jurídicos individuales[999]. En ese sentido, un ejemplo de estos delitos puede encontrarse en el tipo del Art. 359° del Código penal español que sanciona la elaboración, despacho, suministro o comercio, no autorizados de "sustancias *nocivas* para la salud o productos químicos que puedan causar *estragos*". Como puede apreciarse, la norma no exige la puesta en concreto peligro de algún bien jurídico, por lo que sería innecesario un análisis *ex-post*, pero a la vez *pareciera* que es necesario algo más que la mera peligrosidad de la conducta, es decir la aptitud lesiva según se deduciría de las expresiones "nocivas" y "puedan causar estragos".

Pues bien, la tesis de SCHRÖDER, pese a que fue acogida por un sector de la doctrina[1000], ha sido objeto de múltiples cuestionamientos

---

[998] SCHRÖDER, Horts. "Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte", en: *JZ*, 1967, pp. 522 y ss.

[999] *Ibid.,* p. 525.

[1000] Vid. SCHÜNEMANN, Bernd. *Moderne tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeitsund Gefährdungsdelikte*, p. 793.

que han conducido a su generalizado rechazo, a la par que ha motivado su reinterpretación como infracciones de peligro concreto[1001] o abstracto. Esta última orientación es la que ha defendido GALLAS[1002], tras considerar como "superflua" la concepción de un tipo mixto de peligro, pues la amplitud y elasticidad que caracterizan la noción de peligro permiten afirmar que los delitos de peligro abstracto-concreto son perfectamente subsumibles entre los de peligro abstracto. Para ello GALLAS precisa que si bien es necesaria la verificación judicial, la que según el propio concepto de peligro concreto de SCHRÖDER no constituye un rasgo vinculante, en estos supuestos predomina la necesidad de un juicio mediante criterios generales de lesividad, lo que se compagina con la idea de "peligrosidad general" de la acción que define al peligro abstracto[1003].

Con todo, la tendencia mayoritaria se inclina precisamente por la consideración del peligro abstracto-concreto como simple peligro abstracto[1004], lo que a nuestro entender es básicamente correcto. Antes bien, debe tenerse presente la existencia de determinadas figuras típicas en las que el elemento de aptitud no altera para nada la estructura del peligro concreto, como ocurre por ejemplo en el delito del Art. 363.2 del Código penal español que criminaliza la fabricación o venta de "bebidas o comestibles destinados al consumo público y *nocivos* para la salud", siempre y cuando "pongan en peligro la salud de los consumidores". No obstante, la exigencia de peligrosidad general de la conducta en los delitos de peligro abstracto, no es incompatible con la incorporación en el tipo de elementos de aptitud referidos a dicha peligrosidad.

[1001] Vid. ESCRIVÁ GREGORI, José Mª. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en DP*, pp. 31 y ss.

[1002] GALLAS, Wilhelm. *Abstrakte und Konkrete Gefährdung*, pp. 171 y ss.

[1003] *Ibid.,* pp. 173, 175 y ss.

[1004] ROXIN, Claus. *Strafrecht. AT*, T I, § 11/127; TORÍO LÓPEZ, Angel. *Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)*, pp. 827 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 19-20; FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*, p. 82.

4. Los delitos de resultado de peligro

4.1 Toma de posición a favor de la tesis de la previsible falta de dominabilidad o control sobre el desarrollo del riesgo creado

A nuestro entender la definición más lograda en relación al contenido del peligro como resultado típico es básicamente la que ha sostenido DEMUTH en Alemania, a quien siguen en España, sin duda con sus propias matizaciones, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS y GARCÍA RIVAS, según se ha desarrollado más arriba.

Como he señalado con anterioridad, en los delitos de peligro concreto o de resultado de peligro no es suficiente para la tipicidad la mera creación de un riesgo penalmente relevante, es decir el disvalor de acción, pues es imprescindible constatar *ex-post*, en el caso específico, la existencia de un disvalor de resultado consistente en la probabilidad de lesionar el bien jurídico. Si insistimos en esto último es porque estimamos que el principal motivo por el cual la confusión suele reinar en la conceptualización del peligro, es porque constantemente se toma como punto de referencia el momento del resultado lesivo, lo que en definitiva resta autonomía a la estructura típica del peligro. En todo caso, si desde el punto de vista político criminal la función de los delitos de peligro consiste en adelantar las barreras de protección del bien jurídico con el fin de evitar su lesión, de allí no puede deducirse lógicamente que la estructuración del peligro y sus técnicas de tipificación deban instrumentarse en función del resultado lesivo. Por ende, de la relación entre peligro y lesión solo puede deducirse que el primero consiste en la probabilidad de que la lesión del bien jurídico se realice, lo que debe estar presente en la concepción del peligro como fundamento del merecimiento de pena, mas no en su estructuración dogmática.

De esta forma, en contra de lo propuesto por un sector de la doctrina pero en concordancia con lo antes defendido, consideramos que el azar carece de trascendencia en la definición del resultado de peligro. Sin embargo, se ha sostenido que el peligro consiste en una situación donde la lesión del bien jurídico no puede evitarse con seguridad, por lo

que este se halla a merced de un curso causal que el agente ya no puede controlar, de modo que uno de los conceptos claves para su delimitación sería "la 'casualidad' como factor decisivo: el bien jurídico es puesto en una situación de crisis, perturbado en su seguridad, dejando su integridad en manos del azar"[1005]. El problema de esta postura radica en que no logra escapar de la referencia al resultado lesivo, y al no centrarse en el disvalor del resultado de peligro solo le resta defender la relevancia del azar en la definición del peligro, es decir la casualidad como factor determinante de la vulneración del bien jurídico.

Contrariamente, entendemos que si bien el desvalor del peligro radica en esa probabilidad de que en un futuro inmediato, próximo o lejano, la lesión del bien jurídico pueda operar, ello no debe anclar la concepción del resultado de peligro en el momento del resultado de lesión, pues de esa manera el tipo de peligro carecería de autonomía dogmática y por lo tanto sería inidóneo para cumplir la función de adelantar las barreras de protección del bien jurídico, en cuyo caso sería más oportuno proteger los bienes mediante los tipos de lesión y, en su caso, a través de la tentativa que reclama una verificación *ex-post* sobre la ausencia de consumación –lesión en este caso– y no exige desde el punto de vista subjetivo su independencia del dolo de realizar el tipo objetivo –dolo lesivo en este caso–.

La definición del peligro en los delitos de resultado peligroso debe efectuarse tomando como punto de referencia dicho estado de peligro concreto. Desde ese punto de vista el azar pierde relevancia penal, dado que la imputación objetiva del resultado del peligro a la acción riesgosa está condicionada a su previsibilidad. Es decir, que si en el caso concreto se comprueba que el resultado peligroso era imprevisible para el autor, entonces no podrá atribuírsele pues lo contrario equivale a afirmar la responsabilidad por el mero resultado, lo que atenta contra el principio

[1005] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 37, quien cita a su favor a ARTZ/WEBER, BERZ, GRASSO, HERZBERG y KUPPER.

de culpabilidad. Por el contrario, si son imputables los resultados de peligro previsibles, en cuyo caso el azar o la casualidad carecen de sentido porque la existencia del peligro es obra del comportamiento peligroso y no fruto de la «mala suerte» de quien lo ejecuta. En estos últimos supuestos, y sólo en los casos de puro dolo de peligro, podrá señalarse desde el punto de vista coloquial que la lesión del bien jurídico ha operado «por azar», pero ello no afecta para nada la tipicidad de la acción peligroso que causa un resultado de peligro. De lo que se trata es de criminalizar la puesta en peligro del bien jurídico, no su lesión.

Con esto ingresamos en lo que a nuestro parecer constituyen las dos notas esenciales para la concepción del peligro concreto: la previsibilidad y la pérdida del dominio de las consecuencias de la conducta peligrosa. La previsibilidad es el instrumento normativo que permite romper con la perspectiva causal-mecanicista, en la medida que fundamenta el injusto de peligro sobre la base de las leyes de probabilidad. De esta forma, como se indicara con anterioridad, para el disvalor de acción no basta que el comportamiento del agente realice formalmente el tipo, precisándose que el mismo, desde una consideración *ex-ante*, presente un coeficiente de peligrosidad o cree un riesgo jurídicamente desaprobado, es decir que pueda preverse que la conducta puede originar un peligro efectivo para un bien jurídico. A su vez, la previsibilidad exige que el desvalor del resultado de peligro solo pueda afirmarse cuando *ex-post* se compruebe que dicho resultado constituye una consecuencia previsible de la acción peligrosa[1006].

Pero si bien el criterio de la previsibilidad permite imputar el resultado de peligro a una acción peligrosa, lo que es esencial en la moderna teoría del tipo penal, la clave para erigir el concepto de peligro radica en

---

[1006] Como precisa FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*, p. 77, "El peligro como estado, como resultado de la acción espacio-temporalmente separable de ella, integra el desvalor de resultado y ha de reconocerse 'ex post'. Misión de la imputación objetiva es determinar si la peligrosidad de la acción que excede de la medida permitida y se deduce de un enjuiciamiento 'ex ante', de hecho ha conducido a una puesta en peligro del bien jurídico protegido, es antijurídica por exceder el límite permitido, y si esa mayor puesta en peligro se ha realizado en el resultado".

si existió o no, en el caso concreto, la posibilidad de dominar o controlar la fuente de peligro. En general, puede decirse que el peligro concreto, es decir el resultado de peligro, objetivamente se configura desde el momento en que se pierde la capacidad de dominio sobre el desarrollo de la situación, de modo que la no lesión del bien jurídico no pueda garantizarse, es decir que este entra en crisis tras encontrarse inmerso en el radio o "ámbito operativo"[1007] de la acción peligrosa[1008] y las medidas preventivas "normales", o sea las predispuestas en cada sector de la vida de relación para la evitación de daños, son insuficientes para impedir con seguridad el resultado de lesión[1009].

Como corolario de lo anterior puede señalarse que esa pérdida del dominio sobre el desarrollo del hecho debe entenderse como la posibilidad, por parte del autor, de la posible víctima o de terceros, de poder evitar el resultado lesivo pese a que se adopten las medidas preventivas jurídicamente exigibles en el concreto ámbito donde se desarrolla el riesgo. En ese sentido, el resultado de peligro no desaparece cuando la evitación del suceso lesivo obedece a la intervención de un factor con el que no se podía contar *exante*, es decir al momento de realizar el comportamiento peligroso. Por el contrario, no se configura el resultado peligroso cuando la peligrosidad de la conducta es sometida por una circunstancia *exante* previsible que evita la lesión del bien jurídico, de modo que se podía confiar en su intervención.

Con el fin de explicar mejor estas ideas se analizarán tres ejemplos:

A. Un pirómano provoca un incendio en un edificio habitado, pero antes de que este se propague una súbita lluvia torrencial evita su expansión hasta la llegada de los bomberos que fácilmente logran sofocar el fuego.

[1007] ROXIN, Claus. *Strafrecht. AT,* T. I, § 11/115.

[1008] Sostiene HURTADO POZO, José. *Manual de DP. PG*, p. 362 que "En el delito de peligro concreto, los bienes se encuentran, efectivamente, en la esfera de la influencia nociva del acto".

[1009] DEMUTH, Heinrich. *Der normative Gefahrbegriff*, pp. 209-210.

B. El farmacéutico, a sabiendas, vende a un estudiante de química un medicamento que no cumple las exigencias técnicas de composición por lo que es apto para perjudicar la salud de quien lo consuma. Sin embargo, gracias a sus especiales conocimientos el estudiante advierte la nocividad del producto y no lo consume.

C. El conductor de un camión que transporta una sustancia con poder asfixiante, traspasa el límite de velocidad permitido para esa actividad y circula por una carretera estrecha no autorizada y en desuso, por lo que pierde el control del vehículo y colisiona con la única casa existente en un kilómetro a la redonda, produciéndose una fuga de la sustancia letal. No obstante, por ser hora de trabajo, los habitantes de dicha vivienda no se encuentran presentes y milagrosamente el conductor logra ponerse a salvo.

El caso A debemos ubicarlo en el ámbito del tipo de incendios del Art. 351° del CP español que sanciona la provocación de "un incendio que comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas", y del Art. 273° del CP de Perú que criminaliza la creación de un "peligro común para las personas o los bienes mediante incendio". Evidentemente se trata de delitos de resultado de peligro, dado que no es suficiente la provocación del incendio, siendo necesario la puesta en peligro de la vida o la integridad personal. Pues bien, el pirómano mediante el incendio ejecuta una acción peligrosa, debido a que lo realiza en un edificio habitado por lo que *ex ante* es previsible no solo la puesta en riesgo sino también la lesión de bienes trascendentales como la vida o la salud de quienes habitan el inmueble. De esta manera, puede afirmarse el primer nivel de la imputación objetiva: la creación de un riesgo jurídicamente relevante.

Empero, la afirmación del segundo nivel de la imputación, o sea la realización de dicho riesgo en un resultado de peligro, podría presentar la duda en relación a que la lluvia torrencial y la oportuna intervención de los bomberos habrían neutralizado la conducta riesgosa. No obstante, a nuestro entender en este caso sí se ha producido un resultado peligro-

so, pues la presencia de personas en el edificio ha determinado que sus bienes jurídicos ingresen en el radio de la acción peligrosa. En tal sentido, los factores lluvia y bomberos carecen de trascendencia para el juicio de peligro, el primero porque *ex ante* era imprevisible que se desatara una lluvia de tal magnitud que evite la propagación del incendio. A su vez, aunque la presencia de los bomberos es normal y esperada cuando se suscita un incendio, lo que estos evitan no es el resultado de peligro sino el resultado lesivo, pues antes de su llegada ya se había producido la inseguridad o crisis de los bienes jurídicos, de modo que el curso de la situación no era dominable, al punto que probabilísticamente pudo suceder que la lluvia no tuviera la suficiente fuerza como para contener la propagación del fuego y que los bomberos llegasen demasiado tarde para evitar las muertes y/o lesiones.

En el caso B se ha configurado también el resultado de peligro. Aquí el farmacéutico realiza la acción peligrosa tipificada como delito contra la salud pública en el Art. 361° del CP español: expender o despachar un medicamento que incumple las exigencias técnicas de composición. Sin embargo, dicha norma exige un disvalor de resultado consistente en la puesta en peligro de la vida o la salud de las personas. Aquí podría pensarse que, dados los especiales conocimientos de la víctima potencial, dicho riesgo no se ha realizado en un resultado de peligro.

Lejos de ello, estimamos que tales conocimientos especiales carecen de relevancia en el juicio de peligro, no solo porque son *exante* imprevisibles para el autor sino también porque de lo contrario estaríamos aceptando como regla general que ante la creación de un riesgo las posibles víctimas están obligadas a evitar que este produzca un peligro concreto o la lesión de sus bienes jurídicos, no solo mediante el cuidado normal que podría exigirse por ejemplo en el ámbito de la circulación donde rige el principio de confianza, sino también haciendo uso de sus especiales habilidades o conocimientos. Tal razonamiento no puede aceptarse porque convertiría a la imputación del peligro en una arbitraria lotería, de forma que si el autor tuvo la "buena suerte" de que su potencial víctima estaba provista de especiales facultades que le permiten neutralizar la acción peligrosa, entonces no existe resultado peligroso;

mientras que si, por su "mala suerte", esta carece de tales facultades, el resultado sí se concreta.

De esta manera, a nuestro entender el resultado de peligro se ha concretado en el momento de la venta del medicamento perjudicial, pues a partir de allí no puede dominarse el desarrollo del suceso, siendo imposible confiar en que el evento lesivo no operará, tanto porque allí cesa la intervención del farmacéutico como por el hecho de que entre las normales medidas preventivas que pueden exigirse al consumidor, por ejemplo leer las instrucciones de uso o no darle una utilidad distinta a la prevista, no está prevista la de contar con conocimientos de química que le permitan entender la composición del producto y prever las secuelas de su consumo.

Finalmente, en el caso C es también evidente que el conductor efectúa una conducta peligrosa, prevista en el Art. 348° del CP español: transportar una sustancia asfixiante violando los límites de velocidad permitidos y por una carretera no autorizada. Pese a ello, a nuestro juicio el peligro concreto para la vida, la integridad física o la salud de las personas, que exige el tipo penal no se ha verificado. Efectivamente, aunque *ex ante* era previsible la puesta en peligro o la lesión de bienes jurídicos, desde una perspectiva *ex post* puede concluirse que al momento de la colisión contra la casa que en ese momento se hallaba deshabitada ningún bien jurídico ha ingresado en el ámbito o radio de la acción peligrosa, por lo que está ausente la necesaria proximidad del interés penalmente tutelado a la fuente de peligro.

4.2 Determinación del "momento" y la "base" del juicio de peligro

Dados estos ejemplos, corresponde ahora delimitar los criterios a tener en cuenta durante el juicio de peligro. Para ello, la doctrina suele referirse a lo que se denomina el "momento del juicio de peligro" y la "base del juicio de peligro".

El momento del juicio nos ubica temporalmente, es decir que precisa la posición desde la cual este debe emitirse el juicio de peligro. En

tal sentido, constituye un lugar común la referencia a las perspectivas *ex ante* y *ex post*, las que vienen relacionadas con el análisis del disvalor de acción y del resultado. No obstante, a nuestro entender uno de los principales motivos que explica las discordancias doctrinales en torno al momento del juicio radica en la creencia de que las perspectivas *ex ante* y *ex post* efectivamente están ancladas en un momento estático, cuando apenas constituyen un instrumento relativo cuya ubicación temporal depende directamente del intérprete. En ese sentido, como señala GARCÍA RIVAS, "si se dice que el juicio se efectúa *ex ante*, deberá precisarse también el punto de referencia desde el cual se efectúa el traslado hacia atrás (*ex ante*); lo mismo ocurre cuando se dice que el juicio es *ex post*"[1010].

Pues bien, en el ámbito de los delitos de resultado de peligro existen hasta cuatro momentos o puntos de referencia para el análisis *ex ante* y *ex post*: el momento de la acción peligrosa, el momento del resultado de peligro, el momento del resultado lesivo y el momento en que se realiza el proceso penal, los que cronológicamente pueden apreciarse del modo siguiente:

|––Acción peligrosa––›Resultado de peligro––––›Resultado lesivo––––›Proceso penal–|

1 2 3 4

En tal sentido, en la determinación del momento del juicio no es suficiente con tomar postura por una perspectiva *ex ante* y/o *ex post*, pues lo esencial radica en precisar el momento de referencia en el que tales perspectivas deben operar. De esta forma, por ejemplo el análisis *ex post* podría realizarse tomando como referente todos los conocimientos con que se cuenta al verificarse el resultado de peligro, en cuyo caso habrá que analizar si efectivamente se puso en crisis al bien jurídico y si el riesgo creado no podía dominarse a través de los medios de prevención normales para el ámbito en que se desarrolló la actividad.

[1010] GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente*, p. 69.

Empero, si el punto de referencia para el juicio *ex post* se fija en el momento del resultado lesivo, será necesario tomar en cuenta las condiciones que han intervenido posteriormente a la realización del resultado peligroso, entre ellas por ejemplo los especiales conocimientos y habilidades de la víctima. Finalmente, de señalarse como punto de referencia el momento en el que se realiza el proceso penal, es decir el tiempo en el que se deberá comprobar judicialmente la existencia del peligro concreto, entonces será inevitable que el caso se juzgue en coherencia, por ejemplo, con aquellos aportes científicos que sean posteriores al resultado peligroso y lesivo, y que permitan un mejor conocimiento nomológico, es decir una mejor explicación de las leyes probabilísticas o quizás la conversión de estas en leyes de necesidad o certeza en atención a los nuevos descubrimientos.

Ahora bien, la decisión sobre donde ha de fijarse el momento referencial para la realización del juicio de peligro no puede ser tomada sin tener en cuenta la función político criminal que cumple la norma penal. En efecto, no puede olvidarse que desde una perspectiva preventivo general esta tiene la finalidad de motivar la realización de conductas que no impliquen la vulneración de los bienes jurídicos o, dicho de otra manera, la inhibición de aquellos comportamientos que lesionan o ponen en riesgo los intereses penalmente protegidos. En tal sentido, la norma penal cumple una función de motivación y de tutela de bienes jurídicos, a través de la prohibición de aquellos comportamientos que previsiblemente pueden producir un resultado de peligro o de lesión. En tal sentido, como ya se advirtió antes[1011], el Derecho penal no puede prohibir la mera conducta peligrosa ni la sola realización de resultados, de modo que el injusto penal solo se legitima mediante una configuración dual, que abarque tanto el disvalor de acción como el disvalor del resultado.

A esta configuración dual responde el injusto de los delitos de peligro concreto, pues aquí no basta con la realización de la mera conducta peligrosa, se requiere que dicho riesgo se realice en un resultado de pe-

[1011] Vid. supra apartado II.2 de este Cap.

ligro que constituye una línea de ataque al bien jurídico, menor a la del resultado lesivo (delito de lesión), aunque mayor al del peligro abstracto, lo que gráficamente puede expresarse del modo siguiente:

|––Acción peligrosa––›Resultado de peligro––––›Resultado lesivo–––›

|---Peligro Abstracto--|

|----------Peligro concreto----------|

|----------Delito de lesión----------|

La razón por la que insistimos en estas ideas tan elementales se debe a que, de la mano con los postulados de la moderna teoría de la imputación objetiva, actualmente se acepta con unanimidad que la verificación del disvalor de acción en los delitos de peligro concreto, se concreta en un análisis *ex ante* anclado precisamente en el momento de la acción[1012], de modo que en la evaluación acerca de si se ha creado un riesgo penalmente relevante solo importan aquellas circunstancias cognoscibles por el autor, es decir las conocidas y las que debía conocer, en el momento en que se realiza la conducta.

El fundamento de esta solución deriva de la función motivadora de la norma, dado que la posibilidad de que el agente responda al llamado de la norma tiene como presupuesto que este se encuentre en la capacidad de prever las consecuencias de sus actos u omisiones, lo que en definitiva nos ubica en el terreno de las leyes probabilísticas. Pero el grado de previsibilidad jurídicamente exigible no puede ser absoluto, así no puede esperarse que el conductor que circula a la velocidad permitida prevea que su llanta nueva se reventará súbitamente, por un

[1012] DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. *Respuesta penal al peligro nuclear*, p. 128; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Delitos de peligro y criminalidad económica*, p. 25; MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, Mercedes. *DP. PG*, p. 320; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Curso de DP. PG*, p. 284; RANIERI, Silvio. *Manual de DP. PG*, p. 318.

defecto de fabricación, de modo que crea un riesgo, desde el punto de vista objetivo, para la seguridad del tráfico. Consecuentemente, el grado de previsibilidad exigible debe concretarse en función de lo que el autor efectivamente conoce en el caso concreto al momento de ejecutar la acción típica, pero también con aquello que está obligado a conocer, jurídicamente, según el específico ámbito de la actividad que realiza.

En esta línea de pensamiento, y centrándonos ya en la "base del juicio" sobre la peligrosidad de la acción, es decir en la delimitación de los hechos que deben fundamentar el juicio de peligro, solo tienen relevancia aquellas circunstancias conocidas o cognoscibles por el autor al momento de efectuar la acción peligrosa o creadora del riesgo. En todo caso, vale la pena resaltar que esta delimitación de la base o "conocimiento ontológico" no solo puede conducirnos a negar este primer nivel de la imputación objetiva como ocurre en el ejemplo del párrafo anterior, sino también a afirmarlo en aquellos casos donde interviene un factor imprevisible que, de conocerse *ex ante*, impediría apreciar la peligrosidad de la conducta, como sucedería por ejemplo si el órgano ejecutivo de una empresa decide la realización de un vertido en un río por encima de los límites permitidos por la normativa autonómica, apto para alterar negativamente la estabilidad del ecosistema de un valle, pero "confiando" en que las lluvias podrán diluir el contenido tóxico del agua o reciclarla, lo que efectivamente ocurre.

En este supuesto, a nuestro juicio, la creación de un riesgo penalmente relevante es incontestable, no por el hecho "formal" de haberse infringido los límites administrativos, que solo constituye un hecho indiciario de la peligrosidad, sino por el dato de la aptitud lesiva del vertido. De esta forma, que el órgano ejecutivo haya "confiado" subjetivamente en el desatamiento de una lluvia que efectivamente ocurre, ello no añade nada al hecho de que al momento del vertido el factor lluvia era objetivamente imprevisible, por lo que en ese momento la conducta era peligrosa. Por contra, dicha peligrosidad no habría existido y solo habrá lugar para la sanción administrativa, si por ejemplo se cuenta con el dato nomológico, fundamentado en un pronóstico climatológico, de que el día del vertido hay un 95% de probabilidades de que llueva en suficiente cantidad como

para neutralizar la nocividad de los residuos contaminantes; o que ese día la represa de la zona, por su excesiva acumulación de aguas, ha decidido desviar una gran cantidad de aguas hacia el río objeto del vertido.

A partir de estas ideas podemos sostener también una delimitación negativa de la base del juicio: no son trascendentes los datos, hechos o circunstancias que, desde una perspectiva *ex ante*, no fueron cognoscibles para el autor. Dicho de otro modo, para el juicio sobre el disvalor de acción carece de importancia la información que se ha conocido con posterioridad a la realización de la conducta, lo que incluye tanto los conocidos en el momento del resultado peligroso, tras la lesión del bien jurídico o durante el proceso penal, aunque se relacionen con el propio autor, la posible víctima, terceras personas o el juez. En ese sentido, no interesa por ejemplo si en el caso concreto el bien jurídico que se desea proteger ingresó o no en el radio de la acción riesgosa o fue efectivamente vulnerado, lo que equivale a decir que para nada importa si se configuró el resultado de peligro o de lesión.

No obstante, la imputación objetiva del resultado de peligro a la acción peligrosa debe realizarse desde una perspectiva distinta. Aquí no se trata ya de averiguar si la conducta ha superado el nivel de riesgo permitido, donde el peligro concreto aparece como una posibilidad, sino de conocer si a consecuencia de ella se ha puesto realmente en crisis el bien jurídico, lo que implica, según lo argumentado con anterioridad, constatar en el caso concreto si el desarrollo del riesgo no puede dominarse a través de los medios normales de prevención, de forma que sea insegura la indemnidad del bien jurídico.

Por ende, la verificación de este segundo nivel de imputación objetiva no podrá realizarse a través de la perspectiva *ex ante* situada en el momento en que se ejecuta la acción prohibida, será necesario recurrir a un análisis *ex post*, posterior a dicho momento, que permita saber si el riesgo creado se ha realizado en un resultado peligroso[1013]. De esta

[1013] MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*, pp. 55 y ss.; ÍDEM. *La imputación objetiva del resultado. Una primera aproximación*, pp. 94 y ss.

manera, dado que el resultado lesivo no constituye un elemento perteneciente al núcleo del injusto de peligro concreto, para el juicio de peligro es absolutamente irrelevante la realización o no de la lesión[1014], de lo cual se deduce que el juicio *ex post* no puede extenderse hasta el momento de la lesión o no lesión del bien jurídico[1015], sino hasta la situación anterior en que opera su puesta en peligro.

Este doble análisis, *ex ante* para la acción peligrosa y *ex post* para el resultado de peligro, coincide básicamente con los aportes de Demuth[1016] y gráficamente puede expresarse como sigue:

|----------*Ex ante*----------|----------E*x post*----------|---------Intrascendente---------|

|–Acción peligrosa----›Resultado de peligro----›Resultado lesivo----›Proceso penal–|

|--------------------------------Delito de peligro concreto--------------------------------|

Ahora bien, para afirmar la peligrosidad de la acción es trascendental que *ex ante* sea previsible la realización del resultado de peligro, es decir que el sujeto no podrá dominar el riesgo ni los eventuales factores impeditivos de la lesión. Sin embargo, en el análisis *ex post* para la imputación del resultado de peligro lo trascendental viene dado por la exigencia de que el bien jurídico ingrese en el ámbito o radio de la acción peligrosa, si ello no ocurre, aunque se deba a factores casuales o imprevisibles, enton-

---

[1014] Vid. no obstante, ESCRIVÁ GREGORI, José Mª. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en DP*, pp. 90, 93, 103.

[1015] DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. *Respuesta penal al peligro nuclear*, p. 130, entiende que la opción contraria nos llevaría a considerar todas las circuntancias que rodearon al evento, cognocibles o no por el sujeto, y por ende a no poder negarse a posteriori que el peligro existía. Por su parte, TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Delitos de peligro y criminalidad económica*, p. 26, entiende que una solución parecida carece de justificación en el plano político criminal preventivo.

[1016] DEMUTH, Heinrich. *Der normative Gefahrbegriff*, passim.

ces quedará negado el peligro. En tal sentido, DEMUTH pone el ejemplo de quien, con el deseo de provocar un accidente automovilístico, coloca un tronco tras una curva en una carretera de montaña, logrando obstruir totalmente la calzada, pero antes de que se aproxime el primer vehículo a dicho lugar se suscita un derrumbe que impide la circulación por dicha zona[1017]. En este supuesto, el citado autor entiende que, pese a existir una acción peligrosa y ser *ex ante* imprevisible la producción de un derrumbe, no se ha configurado un resultado de peligro porque este precisa una "adecuación" de las circunstancias subsiguientes a la acción, de modo que el peligro se concrete efectivamente.

En similar sentido, GARCÍA RIVAS sostiene que "cualquier interrupción del normal discurrir de los acontecimientos impedirá hablar de resultado de peligro. Por el contrario, la catalogación de la situación como peligrosa exigirá una análisis de los factores que se hallan en ese momento en presencia y que *ex ante* se puedan considerar impeditivos de la lesión; si dichos factores no se encuentran (*ex ante*) y aparecen posteriormente de manera casual, carecerán de relevancia para negar la existencia del peligro. Dicho con otras palabras: el peligro para el bien jurídico no se elimina por la no concurrencia del daño"[1018].

De esta manera, debe entenderse que el resultado de peligro no desaparece por la intervención inesperada de un factor de salvación *ex ante* imprevisible, salvo que *ex post* se compruebe que dicho factor impidió que el bien jurídico ingrese en el ámbito de la acción peligrosa, por lo que no se configura el peligro concreto. En esto radica precisamente la diferencia entre la postura de DEMUTH y la de SCHÜNEMANN, pues este último, al insistir en la dominabilidad por parte del autor de los factores de riesgo y de los subsiguientes factores impeditivos[1019], necesariamente

---

[1017] *Ibid.*, p. 198-199.

[1018] GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente*, pp. 95-96.

[1019] SCHÜNEMANN, Bernd. *Moderne tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits-und Gefährdungsdelikte*, p. 797.

traslada su análisis al momento de la acción, que es el único desde el que se aprecia si el agente domina o no la situación, con lo cual no podría aceptarse que un factor *ex ante* desconocido impida la realización del resultado peligroso, pese a que el ejemplar del bien jurídico no haya ingresado en el radio de la acción riesgosa.

Con todo, una vez que dicho ejemplar ingrese en el ámbito de la conducta peligrosa, para el análisis *ex post* sobre la concreción del resultado de peligro será posible tomar en cuenta la posibilidad de que el autor domine determinados factores de salvación, "en cuyo caso podría afirmarse que el peligro, en realidad, no existe: solo la apariencia de peligro"[1020].

Finalmente, consideramos que para la constatación del juicio de peligro es suficiente recurrir al examen *ex ante* y *ex post*, y a los criterios aquí aportados. Ello implica el rechazo de toda manifestación de estándares jurídicos, tales como el "juicio del observador objetivo", cuya única función se reduce a una superflua personificación del concepto de peligro concretado, por lo que dicho "juicio" no es más que la expresión de la congruencia entre el concepto de peligro y el estado de peligro y, por ende, el objeto de la subsunción judicial[1021]. De esta manera, el recurso a los estándares jurídicos en la realidad termina remitiéndose a la experiencia subjetiva del juzgador.

5. Los delitos de mera peligrosidad o conducta peligrosa

5.1 Notas sobre la evolución del concepto de peligro abstracto

Tradicionalmente, la doctrina penal omitía establecer una delimitación positiva de las infracciones de peligro abstracto, imperando en consecuencia los criterios negativos o residuales, por lo que en esta categoría se incardinaron aquellos delitos que no fueran de lesión ni de peligro

---

[1020] GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente*, p. 96.

[1021] HORN, Eckhard. *Konkrete Gefährdungsdelikte*, p. 45.

concreto[1022], y sin que fuera necesario para su criminalización constatar un grado de sensible afección al bien jurídico, pues en ellos el peligro no constituye un elemento del tipo, sino un mero motivo o razón del legislador –*ratio legis*–[1023] para la tipificación de la acción sobre la base de la "peligrosidad general" de la misma, estadísticamente comprobada[1024].

De esta manera, se consideró como delitos de peligro abstracto los ilícitos de mera desobediencia, las infracciones administrativas criminalizadas o actos consistentes en la violación de reglas ético-sociales o ético religiosas, todos ayunos de lesividad[1025] y por ello sin un contenido suficiente para fundamentar la antijuricidad material, llegándose incluso a proclamar, especialmente en la doctrina italiana, que en tales ilícitos operaba una presunción, sin prueba en contrario –*iure et de iure*–, sobre la existencia del peligro.[1026]

[1022] TORÍO LÓPEZ, Angel. *Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto),* p. 827; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, pp. 131 y ss.; FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*, p. 79.

[1023] ROXIN, Claus. *Strafrecht. AT*, T. I, § 11/119; SCHRÖDER, Horst. *Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?,* p. 522; ESCRIVÁ GREGORI, José Mª. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en DP*, p. 69; BARBERO SANTOS, Marino. *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, p. 487.

[1024] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 237.

[1025] TORÍO LÓPEZ, Angel. *Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)*, pp. 827-828, 835-838.

[1026] En Italia defienden la tesis del peligro presunto GALLO, Marcelo. *I reati di pericolo*, pp. 2 y ss.; GRASSO, Giovanni. *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, p. 697. En España BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Resultado y delitos de peligro*, pp. 456-457; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *La omisión de socorro en el código penal*, pp. 169-170; ÍDEM. *DP. PG*, p. 279; CÓRDOBA RODA, Juan. *Rapport sobre los delitos de peligro*, p. 359. En el Derecho penal peruano VILLA STEIN, Javier. *DP. PG*, p. 214; HURTADO POZO, José. *Manual de DP. PG*, p. 362; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, Mª del Carmen. *Manual de DP. PE*, 4ª ed., Editorial San Marcos, Lima, 1998,

No obstante, a nuestra percepción en la evolución del concepto de peligro abstracto, hasta llegar a su actual entendimiento como infracciones de mera actividad cuyo injusto se fundamenta en el mero disvalor de acción concebido como peligrosidad *ex ante* de la conducta, han jugado un papel decisivo dos importantes factores. De una parte la creciente consideración, especialmente desde el X Congreso Internacional de Derecho penal de la AIDP de 1969[1027], de que una eficaz intervención penal como instrumento de control frente a los modernos riesgos sociales, es decir como medio protector de bienes jurídicos colectivos, no puede prescindir de la criminalización de los comportamientos abstractamente peligrosos; dado que el recurso a las fórmulas de lesión o de peligro concreto no solo obligan a una difícil comprobación judicial sobre la vulneración, efectiva o probable, del bien jurídico, sino que además, al retardar la intervención punitiva, pueden restringir la eficacia preventiva de la pena.

El segundo factor que explica este tránsito se concreta en las insalvables críticas contra la consideración del peligro abstracto como peligro presunto. Efectivamente, la expandida idea de que en estas infracciones no era necesario constatar la existencia del peligro, ni como atributo de la acción y menos aun como predicado del resultado, debido a que este solo constituía la *ratio legis* de la norma y no una exigencia del tipo; si bien motivó por una parte arduas defensas sobre su legitimidad, por otro lado generó una fuerte reacción contraria tras entenderse que esta construcción violaba importantes principios del Derecho penal y procesal penal que contaban con asidero constitucional.

---

pp. 583-584. Por su parte, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, pp.135-137, llama la atención sobre el doble espacio o nivel en el que puede operar dicha presunción, es decir como presunción sobre la peligrosidad de la acción o del resultado de peligro. Analiza exhaustivamente estas cuestiones, GRAUL, Eva. *Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht,* Duncker & Humbolt, Berlin, 1991.

[1027] Vid. *RIDP*. Nº 1-2. (1969).

En el plano penal, principalmente se argumentó la violación del principio de exclusiva tutela de bienes jurídicos. Si es innecesario verificar en el caso concreto la existencia de un resultado de peligro y si el injusto queda consumado con la mera ejecución del comportamiento "formalmente" típico, entonces el bien jurídico no cumple ninguna función reconocible en el ámbito de la prohibición penal. Por ende, la antijuricidad queda vacía de contenido material, su constatación se limita a una simple operación lógica de subsunción del hecho a la conducta "formalmente" típica, el injusto penal se fundamenta en la violación de reglas de conducta o de comportamiento. De esta manera, la misión del DP ya no es tutelar bienes jurídico-penales, sino reproducir funciones, programas o determinados valores éticos o morales[1028].

A modo de ejemplo podemos analizar el delito contra la salud pública del Art. 360° del CP español, aquí el tipo sanciona a quien despacha o suministra sustancias nocivas para la salud o productos químicos que pueden causar estragos, hallándose autorizado para el tráfico de éstos, pero no cumple con las formalidades previstas en las leyes y reglamentos respectivos. Pues bien, de sostenerse una concepción tradicional del peligro abstracto, habría que centrar el momento decisivo de la antijuricidad en la violación de las formalidades legales o reglamentarias, dado que el legislador, al momento de criminalizar la conducta, entendió –presumió– que la inobservancia de las formalidades ya crea un riesgo para la salud pública, razón por la cual es innecesario acreditar judicialmente la presencia del peligro. En ese orden de ideas, serían igualmente típicas la venta de grandes cantidades de ácido sulfúrico en las inmediaciones de una escuela y utilizando unos recipientes muy débiles, como la venta realizada en una zona industrial, en cilindros nuevos totalmente sellados, con la participación de obreros especializados y utilizándose todos los implementos de seguridad, pero en la cual se ha omitido consignar un rótulo en los cilindros con la advertencia de "peligro".

[1028] TORÍO LÓPEZ, Angel. *Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto),* pp. 827-828.

Como puede apreciarse en el ejemplo, la aceptación del peligro presunto formaliza la antijuridicidad. Es indiferente para la tipicidad que la conducta haya creado un riesgo jurídicamente relevante para los bienes jurídicos, lo que sí ocurre cuando la venta de ácido sulfúrico se realiza mediante envases débiles que no garantizan la imposibilidad de que la sustancia entre en contacto con las personas que se hallan en las inmediaciones de la escuela. De este modo, se logra criminalizar no solo los actos verdaderamente peligrosos, sino también aquellos en los que de antemano, desde una consideración *ex ante*, el peligro se encuentra excluido, lo que sucede en el supuesto de la venta que viola la formalidad de rotular los cilindros con un aviso de "peligro". Consecuentemente, al ser el peligro una contingencia en el hecho penalizado, entonces se espiritualiza la función de protección de bienes jurídicos.

Ahora bien, desde la perspectiva del Derecho penal material también se ha opuesto al peligro presunto la fuerza de los principios de culpabilidad[1029] y determinación[1030]. Ciertamente, en el intento de superar la crítica de la violación del principio de lesividad, los defensores de las infracciones de peligro abstracto insistieron en la idea de que en tales casos la conexión con el bien jurídico, pese a que no pueda afirmarse necesariamente en el terreno de la tipicidad, debía buscarse en el momento anterior a la criminalización secundaria, es decir durante la actividad legislativa o de criminalización primaria. En tal sentido, se entendió que el fundamento de los tipos de peligro abstracto se concretaba en el conocimiento nomológico del legislador, es decir en leyes fenoménicas probabilísticas que solventaban la "peligrosidad" de un determinado comportamiento sobre la base de estudios de frecuencia. Por ese motivo, al redactar la norma el legislador realizaba una abstracción de las circunstancias o situaciones que probabilísticamente originarían un estado peligroso.

[1029] ROXIN, Claus. *Strafrecht. AT*, T I, § 11/119 y ss.

[1030] "Se comprenderían en el tipo conductas que no son materialmente antijurídicas, se infringiría el principio de legalidad o se produciría un menoscabo de la seguridad jurídica", CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español. Parte general II*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 107.

No obstante, la falacia de esta argumentación es evidente si se tiene en cuenta que dicho conocimiento nomológico solo es apto para demostrar por ejemplo que, dados 100 comportamientos de la clase X, en 80 casos se crea un peligro cierto para el bien jurídico y en 20 casos dicho riesgo es inexistente, de allí que únicamente se afirme una ley de probabilidad y no de certeza. Dicho de otra manera, las leyes probabilísticas no pueden demostrar que en un caso concreto realmente se ha creado un riesgo para un bien jurídico, pues para ello es imprescindible analizar el conjunto de circunstancias que rodearon el evento, por lo que este podrá engrosar el grupo de ese 80% de casos en los que el peligro es una realidad o el otro 20% en los que el peligro está excluido desde el principio.

Sin embargo, pese a la inocua fundamentación nomológica del peligro abstracto, sus defensores concluyeron precisamente que en estos el peligro era la razón de la norma y que, a diferencia de las iniciales argumentaciones que afirmaban su ajenidad al tipo, este sí formaba parte del injusto en la medida que la peligrosidad es inherente a la acción, de allí su criminalización, razón por la cual no podía presumirse otra cosa distinta al resultado de peligro. En esta medida, la oposición frente a estas ideas vino también de la mano del principio de lesividad, al cual se sumó el alegato sobre la violación del principio de culpabilidad porque en ningún caso era necesario que la creación de un riesgo o la producción de un peligro real sea previsible y, por ende, abarcado por el dolo o por la imprudencia. Operaba, en resumen, tanto una presunción objetiva de peligro como una suposición de dolo o culpa, lo que significaba atentar contra el sistema de responsabilidad subjetiva y el principio de determinación porque, sin la existencia de un peligro cierto, no quedaba suficientemente claro el núcleo de la prohibición penal. Con todo, la conminación penal se proyectaría no sobre el peligro creado, sino sobre la falta de "formalidad", con lo cual se sobrepasan los límites del principio de la responsabilidad por el hecho, tras sancionarse en virtud de simples hipótesis o sospechas[1031].

[1031] GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente*, p. 109.

A su vez, en el terreno procesal penal, se argumentó que la presunción del peligro no constituía otra cosa que una evidente presunción en contra del imputado, es decir que no se partía ya de considerar que «toda persona es inocente hasta que se pruebe su responsabilidad", sino de lo inverso: "realizada la acción 'formalmente' típica se presume el peligro para el bien jurídico y, en consecuencia, la responsabilidad penal". De esta manera, mediante el Derecho penal material se consagraba una excepcional presunción que contradice la presunción de inocencia, con la agravante de que en muchos casos la suposición de responsabilidad no podía romperse a través de la actividad probatoria del imputado por tratarse de una presunción *iure et de iure*.

Ahora bien, las infracciones de peligro abstracto se han visto sometidas en los últimos años a un gran esfuerzo depurador por parte de la doctrina[1032], todos en orden a superar el excesivo ius naturalismo o formalismo que tradicionalmente ha imperado en su delimitación dogmática. Pese a ello, tales esfuerzos no siempre han quedado reflejados en la legislación penal, como puede evidenciarse por ejemplo, de *lege lata*, en la criminalización de la provocación al "odio" racial prevista en el Art. 510°.1 del CP español[1033] y de la negativa del con

---

[1032] Vid. por todos el estudio de la evolución de estos ilícitos que realiza RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 238 y ss. En similar dirección GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente*, pp. 107 y ss.

[1033] Al margen de la interesante discusión sobre la necesidad de instrumentar medidas penales contra la discriminación, consideramos que la fuerza del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos nos obliga a caminar lejos de la incriminación de los actos con mero contenido moral, lo que no ocurre cuando a través del DP se pretende controlar la creación –provocación– de condiciones tan subjetivas como el "odio" racial. En todo caso, una intervención criminal acorde con el principio de lesividad debe limitarse, incluso por razones de eficacia como la evitación de probar en un proceso judicial la existencia de "odio", a sancionar las conductas discriminatorias o, si se quiere adelantar las barreras de protección, la

ductor a someterse a las pruebas legalmente establecidas tipificada por el Art. 380°[1034].

Empero, desde la perspectiva doctrinal viene imponiéndose no la instauración de correctivos a operar sobre la aceptación del peligro presunto, sino una doble valoración político criminal, una negativa y otra positiva. En sentido negativo, es posible afirmar que las actuales intenciones doctrinales se orientan hacia el rechazo del peligro presunto[1035] y por la genérica idea, sostenida por TORÍO LÓPEZ en España, de prescindir legislativamente de aquellas infracciones penales consistentes en violaciones ético sociales o religiosas y de los injustos administrativos o de orden[1036].

En tal sentido, y centrándose en la valoración positiva del peligro abstracto en orden a su relegitimación de cara a los principios de lesividad, culpabilidad, determinación y presunción de inocencia, existe ya un relativo consenso sobre la fijación de los límites penales, es decir como base mínima para la criminalización, en la presencia de una acción que, desde una perspectiva *ex ante*, importe un grado de peligrosidad para los bienes jurídicos[1037] pues, como entiende SOLA RECHE,

---

provocación a ejecutar tales conductas. Solo de esta forma podrá evitarse que el DP se convierta en un instrumento regulador de la moral.

[1034] Sin duda aquí nos encontramos ante la penalización de una simple infracción administrativa, pues resulta imposible identificar un bien jurídico-penal en el sentido de que su lesión o puesta en peligro afecta las posibilidades de participación del individuo en el tejido social, condición indispensable para el merecimiento de pena.

[1035] Vid. por todos GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente,* pp. 107-110.

[1036] TORÍO LÓPEZ, Angel. *Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto),* pp. 828, 847.

[1037] Vid. por todos RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 291 y ss.

la peligrosidad constituye un contrapeso de la legitimidad del legislador para instaurar delitos de peligro abstracto[1038].

No obstante, durante el tránsito hacia esta moderna orientación se han sucedido un conjunto de propuestas intermedias que pretendieron compatibilizar la criminalización del peligro abstracto con los diferentes principios garantistas que se violaban en su concepción tradicional[1039]. Entre tales iniciativas cabe destacar la de entender la presunción de peligro como una de carácter *iuris tantum*, es decir contemplando la posibilidad de que el sujeto acredite que en el caso concreto no existió peligro alguno[1040]. Empero, tal propuesta fue generalmente rechazada debido a que con ella seguía partiéndose de una presunción de responsabilidad penal, pues el correctivo se limitaba a una inversión de la carga de la prueba por lo que el imputado debía probar su propia inocencia mediante la ruptura de la suposición de peligro[1041]. Antes bien, se ha expresado

---

[1038] SOLA RECHE, Esteban. "La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal", en: *ADPCP*, 1994, p. 176.

[1039] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 238 y ss.

[1040] SCHRÖDER, Horst. "Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht", en: *ZStW*. (1969), pp. 15-22; CÓRDOBA RODA, Juan. *Rapport sobre los delitos de peligro*, pp. 375-376; BARBERO SANTOS, Marino. *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, pp. 489, 492 y ss.; CEREZO MIR, José. *Curso de DP español. PG II*, p. 107. Con todo, ya en el X Congreso Internacional de Derecho penal de la AIDP, celebrado en Roma en 1969, se concluyó "que el sistema de 'peligro presunto' debe ser cuidadosamente dosificado y debe comportar la posibilidad legal de aportar prueba en contrario para rebatir la presunción, al menos en los casos expresamente previstos por el legislador", Vid. *RIDP*, Nº 1-2,1969, p. 9. Similar, VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, p. 140; ÍDEM. *Código penal*, p. 74.

[1041] SCHÜNEMANN, Bernd. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, p. 213; ROXIN, Claus. *Strafrecht. AT*, T. I, § 120; DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. *Respuesta penal al peligro nuclear*, pp. 133-134. En semejante línea Vid. la STC 105/1988, de 6 de junio. Sin embargo, a fin de superar estas críticas se ha propuesto convertir la prueba contraria a la no peligrosidad en causal excluyente de la penalidad o condición objetiva de punibilidad, Vid. KLEINE-COSACK,

que esta propuesta es impracticable porque una condena ante un poco claro resultado probatorio violaría el principio *in dubio pro reo*, y si se pretendiera exigir al Tribunal la prueba del peligro, descontando que en muchos casos el tipo penal está configurado de tal modo que no admite prueba en contra[1042], se llegaría a sostener que en los delitos de peligro abstracto el peligro constituye un elemento normativo del tipo, con lo cual las fronteras con los ilícitos de peligro concreto se difuminarían[1043].

Pues bien, junto a estas tendencias se encuentran otras cuya evaluación escapa a los objetivos de esta investigación, pero en general se han orientado también a dotar de contenido material a la antijuridicidad, como puede verse en la tesis de VOLZ sobre la "asunción del riesgo"[1044], cuyo principal mérito reside en relacionar el peligro abstracto con el criterio de la creación del riesgo propio de la teoría de la imputación objetiva; en la concepción de los delitos de peligro abstracto como delitos imprudentes sin resultado que defienden BREHM y HORN[1045]; o en el modelo del "delito de riesgo con cláusula negativa" del Proyecto Alternativo alemán[1046].

Eva. *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht*, p. 154; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Delitos de peligro y criminalidad económica*, p.52.

[1042] MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio. *Derecho penal y protección del medio ambiente*, p. 102.

[1043] ROXIN, Claus. *Strafrecht. AT,* T. I, § 11/120; HORN, Eckhard. *Konkrete Gefährdungsdelikte*, pp. 25 y ss.; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio. *Derecho penal y protección del medio ambiente*, p. 102.

[1044] VOLZ, Manfred. *Unrecht und Schuld abstrakter Gefährdungsdelikte, Göttingen,* Franz Frank, 1968, passim.

[1045] BREHM, Wolfgang. *Zur dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1973, pp. 126 y ss.; HORN, Eckhard. *Konkrete Gefährdungsdelikte*, pp. 94 y ss. En contra: SCHÜNEMANN, Bernd. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, p. 214; GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente*, pp. 116-117.

[1046] GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente*, pp. 118 y ss.

5.2 El peligro abstracto como peligrosidad ex ante de la conducta

Como se adelantara, actualmente la doctrina mayoritaria defiende que el fundamento material de los delitos de peligro abstracto radica en la existencia de un disvalor de acción, que se concreta en la peligrosidad *ex ante* del comportamiento prohibido. Por esta razón, se ha caracterizado a estos como infracciones de mera actividad[1047], se trata pues de delitos que carecen de un resultado estructural[1048].

Así concebido, si los ilícitos de resultado de peligro constituyen ya un adelantamiento de la protección penal en orden a la evitación del resultado lesivo para el bien jurídico, en los delitos de peligro abstracto el adelantamiento es mucho mayor porque para la tipicidad es innecesario que el interés tutelado ingrese en el radio de la acción peligrosa. Consecuentemente, el que *ex post* se haya suscitado un resultado lesivo o de peligro es algo que no merece ser considerado en el juicio de peligrosidad abstracta[1049].

[1047] Por contra, en la doctrina española BARBERO SANTOS, Marino. *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, p. 490, considera que determinados ilícitos de peligro abstracto sí contienen un resultado. Similar, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio & HUERTA TOCILDO, Susana. *Derecho Penal. Parte General,* p. 164; GRACIA MARTÍN, Luis. *La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho P*enal, Trivium, Madrid, 1990, pp. 271-273. Es contrario a las afirmaciones de BARBERO SANTOS: CEREZO MIR, José. *Curso de DP español. PG II,* p. 106 nota 36.

[1048] LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en DP*, pp. 180, 182; CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español. Parte General II,* p. 109, señala incluso que "la exigencia de un resultado de peligro, de un peligro concreto de un bien jurídico, para la realización del tipo de los delitos de peligro abstracto sería contraria a la ley. Se produciría una nivelación de los delitos de peligro concreto (...) y de peligro abstracto".

[1049] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 14 y ss.; MAQUEDA ABREU, Mª Luisa. *La idea de peligro en el moderno DP*, p. 490.

Pero aunque no es suficiente la realización de la acción que formalmente describe el tipo penal[1050], sí basta la idoneidad *ex ante* de la acción para lesionar o poner en peligro el bien jurídico en sentir de la doctrina[1051] y la jurisprudencia más reciente del TS[1052], puede representarse gráficamente del modo siguiente:

[1050] FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*, p. 81. No obstante, como demuestra el examen de DOVAL PAIS, Antonio. *Delitos de fraude alimentario*, pp. 332-333 nota 121, la jurisprudencia tradicionalmente ha venido considerando a los delitos de peligro abstracto como infracciones puramente formales, en tal sentido cita las STS de: 11 de feb. de 1980, 19 de dic. de 1980, 2 de oct. de 1981, 20 de ene. de 1983, 14 de feb. de 1983, 5 de may. de 1983, 17 de jun. de 1983, 6 de jul. de 1983, 13 de oct. de 1983, 21 de oct. de 1983, 16 de nov. de 1983, 24 de may. de 1984, 18 de mar. de 1985, 12 de jun. de 1985, 29 de jun. de 1985, 15 de jul. de 1985 y 11 de abr. de 1991.

[1051] En la doctrina española: ESCRIVÁ GREGORI, José Mª. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, pp. 115 y ss.; TORÍO LÓPEZ, Angel. *Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)*, pp. 827 y ss., 840, 846; LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en Derecho penal*, p. 178; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 43; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio. *Derecho penal y protección del medio ambiente*, pp. 101-102; MAQUEDA ABREU, Mª Luisa. *La idea de peligro en el moderno Derecho penal*, pp. 486-487; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 298 y ss., 323 y ss.; RODAS MONSALVE, Julio César. *Protección penal y medio ambiente*, pp. 249-250; GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente*, pp. 122 y ss.; MIR PUIG, Santiago. *DP. PG*, pp. 209-210; DOVAL PAIS, Antonio. *Delitos de fraude alimentario*, pp. 335-336; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. *Lecciones de Derecho penal. Parte General,* p. 132. No obstante, actualmente CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español. Parte General II,* p. 110, considera que la exigencia de una conducta *ex ante* peligrosa debe entenderse como una simple propuesta de *lege ferenda*, pues de *lege lata* supondría una nivelación de las figuras delictivas de peligro abstracto, en el sentido de transformarlas en delitos de aptitud para la producción de un daño.

[1052] DOVAL PAIS, Antonio. *Delitos de fraude alimentario*, pp. 333-334 nota 122, cita en esa línea las STS de: 20 de feb. de 1985, 12 de nov. de 1985, 18 de feb. de 1992, 22 de feb. de 1993, 25 de mar. de 1993, 29 de may. de 1993, 3 de jun. de 1993, 25 de jun. de 1993 y 2 de jul. de 1993.

|----*Ex ante*----|--------------------Intrascendente------------------|

|–Acción peligrosa–––›Resultado de peligro––––›Resultado lesivo–––›Proceso penal–|

|-Delito de peligro-| abstracto

Sin embargo, a pesar de este común punto de partida, la exigencia de peligrosidad general de la acción, como precisa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, ha sido objeto de una doble interpretación doctrinal, dado que "para unos esa peligrosidad se da por regla general con la realización de la acción peligrosa típica, no exige su comprobación en cada caso concreto y su eficacia es meramente negativa: excluir la tipicidad en los supuestos en los que *ex ante* queda excluida toda peligrosidad. Para otros la peligrosidad de la conducta es una exigencia positiva, que ha de comprobarse en cada supuesto concreto"[1053].

5.2.1 La peligrosidad como correctivo de eficacia negativa: las propuestas de BERZ, GRAUL y MIR PUIG

En la primera dirección se encuentran principalmente las propuestas de BERZ, GRAUL y MIR PUIG en la doctrina española. Para BERZ[1054] en los delitos de peligro abstracto lo único relevante es el disvalor de acción, en el cual debe ubicarse la exigencia de protección de bienes jurídicos como fundamento de la sanción penal. Entiende, que en tales ilícitos no existe una neutralidad valorativa de la acción, pues esta por lo general tendrá como secuela la lesión del bien jurídico, de modo que está dotada de una "aptitud lesiva" general o abstracta. En tal sentido, a su juicio las infracciones abstractas de peligro "representan reglas de cuidado generales", razón por la cual el injusto se perfecciona cuando el agente ejecuta el comportamiento punible de forma dolosa o

[1053] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 291.

[1054] BERZ, Ulrich. *Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz,* C.H. Beck, München, 1986, pp. 110 y ss.

por imprudencia. No obstante, tales ideas condujeron a BERZ a concluir que la tipicidad quedaba excluida solo si el agente tuvo el conocimiento cierto sobre la no peligrosidad de la acción, y siempre que no se haya realizado un resultado lesivo o de peligro concreto. De esta manera, la asunción del riesgo quedaba a cargo exclusivamente del autor, pues para la imposición de la pena bastaba con acreditar que la acción prohibida se ejecutó con dolo o imprudencia, y el no conocimiento cierto sobre la falta de peligrosidad.

Por su parte, GRAUL[1055] entiende también que la asunción del riesgo recae sobre el autor, excepto cuando aquél exteriorice su voluntad de evitar el resultado lesivo o peligroso a través de la instrumentación de medidas de aseguramiento efectivas, las que en todo caso carecerán de relevancia para el juicio de tipicidad pero podrán excluir la punibilidad. Tal solución es coherente con su idea de que en los delitos de peligro abstracto no es posible apreciar un verdadero disvalor de acción material, dado que la sola infracción dolosa o culposa de la norma es suficiente para fundamentar el injusto y la culpabilidad, lo que no necesariamente implica que la conducta contraviene el cuidado debido o que esta se haya originado un resultado de lesión o de puesta en peligro.

En el Derecho español una tesis similar es la que defiende MIR PUIG, pues considera que en los ilícitos de peligro abstracto constituyen delitos de "mera actividad (peligrosa)", en los que es suficiente la "peligrosidad de la conducta", la que "se supone inherente a la acción, salvo que se pruebe que en el caso concreto quedó excluida de antemano"[1056].

Ahora bien, desde nuestro punto de vista, esta orientación, al no exigir como regla general la verificación de la peligrosidad del comportamiento descrito en el tipo, es decir la comprobación de una verdadera aptitud lesiva en el caso concreto, termina formalizando la antijuricidad,

---

[1055] GRAUL, Eva. *Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, pp. 355 y ss.

[1056] MIR PUIG, Santiago. *DP. PG,* pp. 209-210.

lo que es más tangible en la propuesta de GRAUL, la cual toma partido por una concepción radicalmente funcionalista pues si la tipicidad se agota en la infracción de la norma, entonces el Derecho penal no tiene por función la tutela de bienes jurídicos sino la confirmación de la vigencia de sus normas. En ese sentido, y a fin de paliar esa inevitable conclusión, GRAUL no puede evitar la instauración, en sede de punibilidad, del correctivo de la prueba sobre las efectivas medidas de aseguramiento que adopta el autor, pero aun en tales casos se sigue aceptando que el comportamiento del agente estaba prohibido.

Pero si bien ese grado de formalismo es ajeno a los planteamientos de BERZ y MIR, no por ello estos logran escapar a críticas desde la perspectiva de la lesividad. A nuestro entender, la razón por la que MIR llega a sostener que la peligrosidad se supone inherente a la acción (regla general), excepto si se acredita en el caso específico que esta no podía existir desde un principio (regla de excepción), obedece quizás a su afán de restringir las actuaciones probatorias, dado que a su juicio el fundamento político criminal de los delitos de peligro abstracto "ha de verse en la conveniencia de no dejar a juicio de cada cual la estimación de la peligrosidad de acciones que normalmente lo son en alto grado (peligro estadístico)"[1057]. Sin embargo, con ello invierte totalmente las reglas que mínimamente deben derivarse del respeto a los principios de lesividad y presunción de inocencia, en virtud de los cuales la regla general ha de ser que la peligrosidad no se supone inherente a la acción (regla general), salvo que en el caso concreto se pruebe que dicha peligrosidad verdaderamente existió (regla de excepción).

En cuanto a las ideas de BERZ, este tampoco logra solventar materialmente la antijuricidad por cuanto defiende, en cierta sintonía con MIR PUIG, que el injusto opera "normalmente" con la sola ejecución dolosa o culposa de la conducta (regla general), salvo únicamente que el agente conozca con certeza que su acción no producirá un resultado lesivo o peligroso y este no se suscite en la realidad (excepción). Pero

[1057] *Ibid.*, p. 210.

además, el autor criticado no logra fundamentar coherentemente la imputación subjetiva, dado que si a su entender el sujeto asume el riesgo de la acción, entonces dicha asunción debe quedar reflejada subjetivamente en el dolo, lo que no ocurre en la concepción de BERZ, para quien es suficiente que el dolo se refiera a la acción y el no conocimiento seguro de la inocuidad de la conducta. En ese orden de ideas, como indica con acierto RODRÍGUEZ MONTAÑÉS "Las conclusiones de BERZ, respecto del tipo subjetivo, solo son congruentes con la concepción de la exclusión de peligrosidad como una causa de exclusión de la punibilidad. Y si realmente lo que excluye es la tipicidad ha de exigirse imputación subjetiva de la misma"[1058].

5.2.2 La peligrosidad como atributo positivo de la conducta a comprobar casuísticamente: la tesis de MEYER

Teniendo en cuenta estas ideas, a nuestro modo de ver solo una perspectiva que conceptualiza la peligrosidad como una exigencia positiva en el ámbito del disvalor de acción y, por ende, a comprobar en cada caso concreto, es acorde con el principio de lesividad. Ello al margen, por cierto, de que a nuestro juicio solo un injusto constituido a la vez por un disvalor de resultado, de lesión o de peligro concreto, es plenamente respetuoso de dicho principio. Dicho de otro modo, es decir dejando de lado la problemática del resultado y su desvaloración, la exigencia mínima para entender realizado un desvalor de la conducta se concreta en que la acción no solo debe infringir la prohibición que formalmente instaura la norma, sino que además, y allí radica su contenido material, debe ser apta para realizarse en un resultado lesivo o peligroso para un bien jurídico-penal.

Pues bien, uno de los principales aportes en esa dirección son los ofrecidos por MEYER[1059], quien parte de diferenciar los delitos de

---

[1058] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 296.

[1059] MEYER, Andreas. *Die Gefährlichkeitsdelikte*, pp. 179 y ss., cit. por RODRÍ-

puesta en peligro (*Gefährdungsdelikte*) y los delitos de peligrosidad (*Gefährlichkeitsdelikte*), según la exigencia o no de un desvalor de resultado, respectivamente. En tal sentido, señala que las infracciones de peligro abstracto constituyen delitos de peligrosidad, pues en ellos todo el desvalor radica en la peligrosidad como elemento constitutivo de la acción típica, peligrosidad que denota la relación negativa entre el acto u omisión jurídicamente prohibido y un bien jurídico.

De esta manera, para MEYER "la peligrosidad de la acción consiste en un juicio acerca de su capacidad lesiva, realizado *ex ante* (es indiferente que se produzca o no una lesión o puesta en peligro), tomando como base fáctica todas las circunstancias presentes en el momento de la acción, incluida la situación y posibles conocimientos superiores del autor, y como base nomológica tanto las leyes de la naturaleza como las leyes de probabilidad estadística conocidas en el momento de la acción y de las que pueda deducirse que la acción puede fundamentar las probabilidades de una lesión del bien jurídico"[1060].

Estas ideas deben estimarse como esencialmente correctas, pues solventan suficientemente el necesario respeto del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. En efecto, tras alejarse de toda consideración subjetiva del desvalor de acción, convierten a la peligrosidad en el núcleo esencial de dicho desvalor, objetivándolo, es decir la peligrosidad como fundamento del injusto y en orden a dotar de contenido material a la antijuricidad. No obstante, a la vez nos parecen acertadas

GUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delito de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 293 y ss.

[1060] MEYER, Andreas. *Die Gefährlichkeitsdelikte*, p. 187 y ss., cit. por RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delito de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 294, como demuestra esta última (pp. 295-296). Similares argumentos son defendidos en la doctrina española por ESCRIVÁ GREGORI, TORÍO LÓPEZ, GÓMEZ PAVÓN, LAURENZO COPELLO, MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS y, de *lege ferenda*, por CEREZO MIR; y en la doctrina italiana por ANGIONI, FIANDACA, GRASSO y PARODI GIUSINO.

las críticas que plantea RODRÍGUEZ MONTAÑÉS[1061] en el sentido de que MEYER no logra satisfacer coherentemente la imputación subjetiva en los delitos de peligro abstracto, ello porque la total fidelidad a su punto de partida le llevaría a aceptar que el dolo debe abarcar la peligrosidad *ex ante* de la conducta.

No obstante, quizás a fin de no aceptar una generalizada interpretación, muchas veces sin asidero legal, de los ilícitos formales como infracciones de peligro abstracto, es decir caracterizadas por una aptitud lesiva, MEYER concluye que la peligrosidad de la acción no tiene por qué ser abarcados por el dolo del autor, bastando en todos los casos la mera imputación a título de imprudencia, por lo que este solo debe haber conocido o podido conocer dicha peligrosidad. Sin duda, tal solución se opone a todo sistema penal que criminaliza la imprudencia mediante el sistema de los *numerus clausus*, adoptado por el §15 del StGB, por el CP español en el Art. 12° y por el peruano en el Art. 12° pf. 2, en los que la exigencia de dolo viene impuesta por la norma penal y constituye una garantía irrenunciable.

Con todo, y superando la crítica contra la postura de MEYER, a nuestro entender para la imputación subjetiva en los delitos de peligro abstracto que deben estimarse como dolosos, no es suficiente que la peligrosidad objetiva de la conducta haya sido *ex ante* cognoscible por el autor. En tales casos deberá verificarse no solo el elemento volitivo sino también el cognitivo, es decir el dolo. Empero, debe aclararse que dicho dolo en ningún caso deberá referirse a algún resultado lesivo o peligroso, se trata pues de un dolo de peligrosidad, no de un dolo de peligro concreto o de lesión. No consideramos que con esta concepción de la imputación subjetiva opere, como pretende demostrar RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, una transformación *contra legem* de los delitos de peligro abstracto en delitos de aptitud[1062], dado que, en todo caso, de haber

---

[1061] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delito de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 297.

[1062] *Ibid*., p. 297.

operado dicha transformación ello habría ocurrido ya desde el tipo objetivo tras la mayoritaria exigencia de que el disvalor de acción objetivamente se solvente en la peligrosidad de la conducta. De esa forma, la exigencia de dolo apenas convertiría en más legítima dicha transformación, pues logra ajustar la tipicidad al sistema tasado de la imprudencia.

Consecuentemente, debe perderse el temor de reconocer, más aun si se parte de una concepción de Derecho penal mínimo o de una crítica intransigente frente a la violación del principio de lesividad, que determinados supuestos quedarán al margen de la criminalización prevista en el tipo, porque el dolo no abarca la peligrosidad del comportamiento. En tal sentido, la trascendencia del principio de lesividad no se limita al ámbito del tipo objetivo, sino que trasciende al terreno de la imputación subjetiva.

Sin embargo, en contra de la aparente defensa ultra-liberal que aquí estaría sosteniendo, debemos adelantar que esta solución siempre se parta de una precisa determinación del bien jurídico-penal, tanto de su contenido material como de su carácter individual o colectivo, no está reñida con las actuales necesidades político criminales relacionadas con el aseguramiento de una eficaz protección de los intereses a cargo del Derecho penal. Baste decir por el momento algo que se desarrollará más adelante: una política criminal de protección autónoma de los bienes jurídicos colectivos no necesita, en términos de eficacia, recurrir a la criminalización del peligro abstracto. A su turno, en el ámbito de los bienes individuales existe una identidad estructural entre el tipo de peligro abstracto y el tipo imprudente sin resultado.

5.3 Peligrosidad *ex ante* y violación del principio de lesividad

5.3.1 Superación de la crítica tradicional

No obstante esta toma de postura sobre el contenido material de la peligrosidad y la fundamentación del disvalor de acción en los delitos de peligro abstracto, aún queda por enfrentar el problema neurálgico subyacente a estos delitos y que consiste en determinar su legitimidad

político criminal, no desde la poco estudiada perspectiva de su eficacia[1063] sino, principalmente, desde el ángulo del respeto a los principios

[1063] Un análisis desde tal dirección desbordaría ampliamente los objetivos de esta exposición, dado que sería imprecindible realizar una investigación criminológica que, tomando en cuenta la realidad de las infracciones de peligro abstracto en los momentos de criminalización primaria y secundaria, permita enjuiciar su rendimiento efectivo como instrumento protector de los bienes jurídicos a cargo del DP. Pese a ello, cabe resaltar que en la doctrina conviven opiniones básicamente contradictorias, por un lado la de aquellos que consideran irrenunciable el uso de la técnica de peligro abstracto, pues al "flexibilizar" las exigencias de lesividad del injusto no solo permitirían un mayor adelantamiento de las barreras de protección y con ello una expansión de los fines preventivos, sino que además convertirían a dicha técnica en el único instrumento capaz de tutelar bienes jurídicos colectivos. En la dirección contraria, sin embargo, se encuentran tanto quienes principistamente denuncian la infracción de las exigencias mínimas (legalidad, lesividad, etc.) que legitiman la intervención penal en el seno de un Estado social y democrático de Derecho, como aquellos que manifiestan la inutilidad práctica de los tipos de peligro abstracto debido a que la ausencia de un resultado lesivo, entre otras razones, dificulta su generalizada persecusión por parte de las agencias de control tras apreciarse precisamente la ausencia de un daño cierto al bien jurídico, lo que convierte al DP en un mero instrumento simbólico. Frente a estas opciones, aunque aquí no hemos de demostrarlo, nos inclinamos a pensar que si bien el argumento de la ineficacia pragmática de una determinada construcción normativa no puede determinar la desaparición de esta, pues equivaldría a anular las diferencias entre los niveles del ser y del deber ser a través de una falacia ontológica o naturalista, si en cambio debe motivar la reflexión acerca de si un déficit de legitimidad y, por ende, una ausencia de merecimiento de pena, es capaz de influir sobre la utilidad de una técnica de tipificación, es decir en la necesidad de pena. A nuestro juicio, ya desde las reflexiones que hemos sostenido en relación al contenido material del bien jurídico-penal, solo una criminalización que se solventa simultáneamente en el merecimiento y la necesidad de pena es capaz de dispensar una tutela legítima y eficaz. En consecuencia, debe deleznarse, al menos en el terreno de los delitos de peligro, la falsa dicotomía o enfrentamiento entre los fines garantistas y utilitarios, pues entre ambos consideramos que existe una simple relación simbiótica o de complementariedad. De esta manera, entendemos que una reflexión sobre la eficacia de los tipos abstractos de peligro debe partir, como aquí se pretende, de una evaluación sobre su legitimidad político criminal.

garantistas que inspiran el programa penal de la Constitución española, en particular el principio de lesividad. Se trata en consecuencia de responder a la siguiente cuestión: ¿es suficientemente acorde con el principio de lesividad la fundamentación de la antijuricidad en un mero disvalor de acción que se concreta en la peligrosidad de la conducta? Desde nuestro punto de vista la respuesta ha de ser siempre negativa.

Precisamente porque los recelos frente a la incriminación de los comportamientos abstractamente peligrosos no son recientes, consideramos oportuno advertir que no pretendemos avalar las tradicionales críticas que bien pudieron formularse cuando no estaba suficientemente clara su delimitación, o mejor dicho su grado de cercanía, frente al peligro presunto o a las infracciones de mera desobediencia, las que por su flagrante distanciamiento de un Derecho penal de la lesividad constituyeron por muchos años el centro de los ataques por parte de la doctrina[1064], críticas que, como señaláramos anteriormente, constituyó uno de los principales motores para la depuración de la categoría de los delitos de peligro abstracto.

Efectivamente, ya por ejemplo desde las conclusiones finales de la Sección I del X Congreso de la AIDP, celebrado en 1969, puede apreciarse una tendencia hacia una concordancia entre estos ilícitos y el respeto de los principios garantistas del DP. En tal sentido, se consideró que una política legislativa consistente en la incriminación de la sola puesta en peligro, no se oponía a los principios generales del Derecho penal, con tal que dicha política respetara el precepto de la legalidad evitando en particular formulaciones normativas en términos excesivamente generales o excesivamente imprecisos. Asimismo, se destacó que el sistema del peligro presunto debía ser atentamente dosificado, por lo que era necesario admitir la posibilidad legal de una prueba contra esa presunción. A su vez, la Sección I recomendó que la observancia del principio

[1064] TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Delitos de peligro y criminalidad económica*, pp. 35-36; ÍDEM. *DP de la empresa*, pp. 55 y ss.; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, pp. 135 y ss.

de estricta legalidad se manifestara en una formulación precisa de los hechos constitutivos de delito, en una definición concreta de los tipos de peligro tomados en consideración, o en la identificación legal de las personas sujetas a particulares obligaciones profesionales[1065].

No obstante, tales esfuerzos depuradores también se concretaron, para el ámbito del Derecho penal económico, en las Recomendaciones del XIII Congreso de la AIDP de 1984, cuya Sección II señaló en el *ítem* 9 que "Los delitos-obstáculo (*abstrakte Gefährdungsdelikte*: delitos de peligro abstracto) son un medio válido para reprimir las infracciones económicas, siempre que la conducta prohibida esté claramente definida por la ley y que la prohibición afecte directamente a intereses protegidos identificados de forma precisa. La admisión de delitos de peligro abstracto no se justifica por la sola razón de justificar la prueba"[1066].

Ahora bien, frente a la defensa del peligro abstracto, aunque con los correctivos antes expuestos, que sostuvo la AIDP en sus anteriores reuniones, actualmente dicho organismo parece haberse alineado a favor de su desincriminación. En ese orden de ideas, la Sección I del XV Congreso de la AIDP de 1994, relativa a los delitos contra el ambiente, no tuvo dudas en recomendar que el elemento material mínimo de las infracciones penales debería ser: "(a) una *acción u omisión* que cause un serio daño al ambiente; (b) una *acción u omisión* que contravenga un texto legal o reglamentario y que cree un peligro real e inminente (concreto) para el ambiente o para los seres humanos"[1067].

Teniendo en cuenta estas recientes tendencias, ciertamente ya no es posible criticar la legitimidad de los delitos de peligro abstracto desde la consideración que en ellos se pena la mera desobediencia o solo un des-

---

[1065] cit. por BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Resultado y delitos de peligro*, p. 459.

[1066] Vid. RICHART RODRÍGUEZ, Aurelia Asunción. "XIII Congreso Internacional de la AIDP. (Recomendaciones)", en: *BIMJ*, Separata del Nº 1382, 1985, p. 8.

[1067] Apartado II.8, en: *RIDP*. 1° y 2° trimestres, 1995, p. 76.

valor de conciencia[1068], pues como hemos indicado más arriba, actualmente se acepta con carácter general la clásica formulación de TORÍO LÓPEZ en el sentido de negar la tipicidad cuando en el caso concreto se comprueba que, dada una conducta, el peligro para el bien jurídico quedó excluido de antemano[1069]. Este punto de vista nos conduce a alejarnos de las radicales críticas que, en la doctrina alemana, defienden los seguidores de la "Escuela de Frankfurt" contra los ilícitos de peligro abstracto, cuyo representante más conocido en España es WINFRIED HASSEMER.

Para este autor los delitos de peligro abstracto constituyen el instrumento por excelencia del moderno Derecho penal, pues amplían enormemente su ámbito de aplicación. En efecto, "al prescindir del perjuicio se prescinde también de demostrar la causalidad. Basta solo con probar la realización de la acción incriminada, cuya peligrosidad no tiene que ser verificada por el juez, ya que solo ha sido el motivo por el que el legislador le ha incriminado. La labor del juez queda así facilitada extraordinariamente. Con esta reducción de los presupuestos del castigo (...) disminuyen obviamente también las posibilidades de defensa, los presupuestos y limitaciones del castigo. Pero también disminuyen las directrices que tiene que dar el legislador al juez para que este interprete los respectivos tipos delictivos"[1070]. Y desde el punto de vista del bien jurídico "esto significa una disolución del concepto: el lema ya no es la protección de intereses humanos concretos sino la protección de instituciones sociales o 'unidades funcionales de valor'[1071].

[1068] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Los delitos de peligro*, pp. 327 y ss.; ÍDEM. *Manual de DP. PG,* PPU, Barcelona, 1994, pp. 264-265.

[1069] TORÍO LÓPEZ, Angel. *Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)*, pp. 831 y ss. En igual sentido: BARBERO SANTOS, Marino. *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, pp. 493 y ss.; MAQUEDA ABREU, Mª Luisa. *La idea de peligro en el moderno DP*, p. 488.

[1070] HASSEMER, Winfried. *Crisis y características del moderno DP*, pp. 640-641.

[1071] HASSEMER, Winfried. *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*, p. 279.

Como es evidente, esta radicalidad si bien enfrenta directamente a la tesis del peligro presunto o a una constitución puramente formal de la antijuricidad, solo afecta indirectamente al entendimiento de las infracciones de peligro abstracto como delitos de peligrosidad. Efectivamente, los cuestionamientos que hoy caben formular transitan por un sendero diferente, es decir que no se cuestiona ya la ausencia de peligrosidad de la acción, es decir la falta de creación de un riesgo jurídicamente relevante, sino la ausencia de un resultado peligroso que exprese la lesividad de la conducta prohibida.

5.3.2 La incongruencia entre peligrosidad de la acción y afectación al bien jurídico-penal. Crítica a la tesis de KINDHÄUSER sobre la lesividad sui generis

En ese orden de ideas, carece de lugar la defensa de un sector doctrinal cuando señala que la crítica contra las infracciones de peligro abstracto se ha efectuado apenas contra un subgrupo de aquellos delitos consistentes en la mera desobediencia, infracciones administrativas criminalizadas, etc., en los que la idea esencial ha sido la presunción *iuris et de iure* de la peligrosidad de la acción, sin admitirse prueba en contrario, pues se entendía que el surgimiento del peligro era inherente a la realización de la propia acción[1072]. La moderna crítica cuestiona pues la no exigencia de un disvalor de resultado, la no necesidad de que el riesgo creado se realice en un resultado de peligro.

Ahora bien, como ya se ha desarrollado, la configuración dualista del ilícito penal no se fundamenta en una noción puramente intrasistemática sino que responde, esencialmente, a consideraciones de orden político criminal. Ciertamente, la asociación entre el disvalor de resultado, lesivo o peligroso, y el disvalor de acción obedece a un acondicionamiento de la antijuricidad en clave constitucional, pues la Carta Magna solo permite la intervención penal como medio de exclusiva protección

[1072] FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*, pp. 80-81; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Delitos de peligro y criminalidad económica*, pp. 35-36; ÍDEM. *Derecho penal de la empresa,* pp. 55 y ss.

de bienes jurídicos[1073]. En ese sentido, a nuestro juicio la mera concreción del injusto en términos de peligrosidad de la conducta no satisface suficientemente la exigencia de la CE de que la antijuridicidad se nutra de un contenido material expresado en la lesividad u ofensa a un bien jurídico-penal[1074].

De esta manera, la criminalización de la simple peligrosidad está reñida con el principio de lesividad. La contundencia de esta conclusión se debe a que "peligrosidad de la acción y afección al bien jurídico no son sinónimos y el principio de ofensividad requiere que el bien jurídico sea realmente afectado"[1075]. Sin duda podría pensarse en una flexibilización de este principio, quizás alegando razones de eficacia político criminal, en el sentido de que la peligrosidad de la conducta ofende ya el bien jurídico-penal y que no existe necesidad de esperar hasta su concreta puesta en peligro o su lesión. Empero, a nuestro entender se renunciaría con ello a una concepción material del bien jurídico-penal, en particular a su fundamentación desde la perspectiva del merecimiento de pena que exige no solo la dañosidad social, sino también la afección de las posibilidades de participación del individuo en la sociedad.

En esa línea de pensamiento, mediante la realización de un comportamiento puramente peligroso no puede crearse una perturbación para el bien jurídico-penal, dado que el riesgo de la acción no se ha rea-

---

[1073] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. *Lecciones de DP. PG,* pp. 48-49.

[1074] Estas ideas, de uno u otro modo, son defendidas por un sector, aún minoritario, de la doctrina penal española, Vid. en ese sentido: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Los bienes jurídicos colectivos", en: *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, p. 198; PÉREZ ALVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumidor*, pp. 59 y ss.; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, pp. 154 y ss., 161 y ss; GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente*, cit., pp. 130 y ss.

[1075] MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 153.

lizado en un resultado estructural que exprese el contacto de este bien jurídico con la conducta. Precisamente por esa razón es que antes hemos rechazado la existencia de un "disvalor potencial del resultado" en el terreno de los delitos de peligro abstracto[1076], pues en tales supuestos solo continúa existiendo la conducta peligrosa y no un resultado efectivamente peligroso para el interés tutelado, el llamado "resultado potencial" no es otro caso que el riesgo creado a través de la acción, lo que equivale a decir que se continúa en una fundamentación desde la acción y no hacia un "resultado" que se halla a caballo entre la mera peligrosidad y el peligro concreto.

Como ha criticado Arthur KAUFMANN[1077], el injusto de los delitos de peligro apenas se sustenta en la "probabilidad de la probabilidad", la "posibilidad de la posibilidad", "el peligro del peligro" de lesión del bien jurídico, tautologías en las que no puede sostenerse ningún fundamento penal. Por tal razón, incluso por ejemplo LAURENZO COPELLO, quien ha defendido la necesidad de recurrir a la metáfora conceptual del "disvalor potencial de resultado", no ha podido sustraerse de reconocer que "en la medida en que no se exige que el bien jurídico entre en ningún momento en contacto con la acción peligrosa, no parece que pueda afirmarse que esta lo 'perturba' de algún modo"[1078].

[1076] Vid. supra el apartado 2.2.2 de esta Sección.

[1077] KAUFMANN, Arthur. "Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit", en: *JZ*, 1963, pp. 426 y ss.

[1078] LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en Derecho penal*, p. 180. No obstante, contrariamente FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*, p. 82, ha sostenido últimamente que "es rechazable toda objeción que se formule a la punibilidad de los delitos de peligro asbtracto *stricto sensu* mediante la afirmación de que en ellos no hay un desvalor de resultado, sino que se pena únicamente un desvalor de ánimo o una mera desobediencia". Antes bien, desde nuestro punto de vista, FARALDO CABANA solo logra superar, mediante la exigencia de una acción peligrosa, las críticas que atacan justamente la ausencia de dicha peligrosidad, pero con ello deja intacto el reproche por la inexigibilidad de un contacto entre la acción y el bien jurídico, a fin de expresar la lesividad real de este último.

En efecto, dada la realización de una conducta peligrosa, aquí solo se ha creado un riesgo que, desde una perspectiva *ex ante*, solo se sabe que probablemente dará lugar a un peligro efectivo o a la lesión de un ejemplar de bien jurídico. Si el resultado de peligro o de lesión se suscita, es algo que carece de interés para la tipicidad, consecuentemente no solo se prohíben comportamientos que efectivamente produjeron un resultado, sino también otros en los que dicho resultado no se configura. En estos últimos supuestos el bien jurídico no ha ingresado en el radio de la acción peligrosa, dicho bien no ha sufrido ninguna perturbación, no existe dañosidad social ni una obstrucción a las posibilidades de participación del individuo en sociedad, es decir que no existe merecimiento de pena, de modo tal que el injusto se sustenta en la mera "intranquilidad" de los bienes jurídicos que en ningún caso han podido ser puesto en riesgo o lesionados.

Como precisa HERZOG, "El Derecho penal, entendido como dirección del comportamiento y control del azar, rebasa todos los límites vinculados al desvalor del resultado"[1079]. Por esta razón, y debido a que *ex ante* no puede conocerse si la conducta peligrosa se realizará en un resultado, la fuerza del principio de lesividad exige que la sanción penal se fundamente también en una constatación *ex post* de la existencia del peligro concreto o la lesión del bien jurídico.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, a nuestro juicio una ampliación del concepto de lesividad conllevaría a criminalizar comportamientos que, al no ser merecedores de pena, no afectan bienes jurídico-penales, sino intereses que "merecen" ser tutelados a través del Derecho administrativo sancionador. Como corolario de ello, una configuración del principio de lesividad sobre la base de una concepción material del bien jurídico-penal, es decir fundada en el merecimiento de pena, implica necesariamente demarcar como base mínima para la criminalización la creación de un resultado de peligro para dichos bienes. Toda otra conducta que se halle por debajo de dicha exigencia ha de ser controlada

[1079] HERZOG, Felix. *Límites al control penal de los riesgos sociales*, p. 325.

mediante la instrumentación de sanciones administrativas. Ello puede expresarse gráficamente como sigue:

|----Acción peligrosa----›Resultado de peligro----›Resultado lesivo

|--mera intranquilidad para el bien--|--lesividad para el bien jurídico-penal--|

jurídico merecimiento de pena

|-------Sanción Administrativa-----|-----Sanción Penal---------|

Ahora bien, esta toma de postura nos conduce a deleznar la propuesta de KINDHÄUSER[1080], quien a fin de legitimar el recurso a los ilícitos de peligro abstracto ha pretendido demostrar que, en general, los delitos de peligro no tienen por objeto la evitación de resultados lesivos para los bienes jurídicos a cargo del Derecho penal. De este modo, entiende que la específica lesividad de las infracciones de peligro abstracto se concreta en el hecho de que la acción prohibida menoscaba las condiciones de seguridad que son indispensables para la disposición sin riesgo de los bienes jurídicos, menoscabo en el que justamente puede apreciarse la existencia de un daño *sui generis*, distinto a la lesión de los bienes esenciales como la vida o la salud, que dota al tipo de peligro abstracto de un indiscutible contenido material. Por ello, el interés directamente protegido es la seguridad, entendida como la posibilidad de disposición sin peligro sobre los bienes en el marco de lo socialmente adecuado, una condición marco necesaria que garantiza el desarrollo personal mediante los bienes[1081].

En suma, la tesis de KINDHÄUSER convierte a los delitos de peligro abstracto en delitos donde la acción peligrosa se realiza en un "resul-

---

[1080] KINDHÄUSER, Urs Konrad. *Gefährdung als Straftat*, pp. 271 y ss.

[1081] Vid. últimamente KINDHÄUSER, Urs Konrad. *La protección de los bienes jurídicos por medio de las prohibiciones de lesión y exposición al peligro,* pp. 75-76, 80 y ss.; ÍDEM. "Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del DP económico", pp. 448 y ss.

tado lesivo *sui generis*" contra la seguridad, con lo cual no cabría criticar a dichos delitos por la ausencia de un disvalor de resultado que exprese la lesión o puesta en riesgo de un bien jurídico. Una postura similar ha sido sostenida en Alemania por HOYER[1082], pero en la doctrina española siguen a Kindhäuser, expresamente, CORCOY BIDASOLO[1083], GRACIA MARTÍN[1084], MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ[1085] y recientemente MONGE FERNÁNDEZ[1086]. No obstante, pese a la coherencia intrasistémica de estos planteamientos, consideramos que deben deleznarse porque se sustentan en una pura ficción normativa que viola el principio de exclusiva tutela de bienes jurídico-penales y termina por formalizar la antijuridicidad.

[1082] HOYER, Andreas. "Zum Begriff der 'abstrakten Gefähr'", en: *JA*, 1990, pp. 183 y ss.

[1083] Especialmente en lo que se refiere al concepto genérico de peligro y la noción de peligro concreto, Vid. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente*, pp. 196 y ss.; ÍDEM. *Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública*, p. 337; ÍDEM. *Responsabilidad penal derivada del producto. En particular la regulación legal en el código penal español: delitos de peligro*, p. 249.

[1084] GRACIA MARTÍN, Luis. "Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de reformal penal en España (II)", en: *AP*, Vol. 1. (1994). Este autor parte de entender que el desvalor de la acción es un elemento fundamentador de lo injusto material y que en los delitos dolosos la peligrosidad objetiva no se erige como un elemento constitutivo del disvalor de acto, sino únicamente como factor de su medida, por lo cual rechaza dicha peligrosidad como criterio de imputación objetiva en el tipo de las infracciones dolosas, p. 349, también nota 36. En consecuencia tras defender que el peligro para el bien jurídico, e incluso la misma peligrosidad de la acción no son características fundamentadoras de lo injusto, el autor no encuentra inconveniente para la admisión de los delitos de peligro abstracto en un DP orientado a la tutela de bienes jurídicos, refugiándose para ello en los argumentos de KINDHÄUSER sobre la existencia de un resultado lesivo *sui generis* contra la seguridad, pp. 354-356.

[1085] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico. Parte General,* pp. 113-114.

[1086] MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. *La responsabilidad penal por riesgos en la construcción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 95 y ss., 108.

En efecto, la seguridad no constituye un concepto autónomo que pueda desligarse totalmente de los bienes jurídicos a los que sirve. Es impensable su protección penal como fin en sí misma, sino en función de los bienes jurídicos merecedores y necesitados de pena. Lo contrario significaría renunciar al principio de lesividad y convertir al Derecho penal en la primera *ratio* del control social. Pero además, una tutela penal sustentada en la lesión de la abstracta seguridad imprimiría un importante grado de indeterminación, difícil de controlar mediante el arsenal de principios garantistas por la amplitud y vaguedad del concepto. En ese sentido, la noción de seguridad carece de la suficiente entidad jurídica como para fundamentar un injusto penal[1087]

En todo caso, si se observa bien, podremos darnos cuenta que la lesión *sui generis* de KINDHÄUSER no constituye otra cosa que el disvalor de la acción[1088], por lo que este continúa operando en el terreno de la peligrosidad de la conducta, o sea desde la marginal "intranquilidad de los bienes jurídicos" ayuna de lesividad real; pero con la agravante de que, valiéndose de la argumentación lingüística, erige un ficticio resultado lesivo que, de aceptarse, nos conduciría a un sistema de delitos de peligro con lesión presunta.

V. EL RENDIMIENTO DE LOS DELITOS DE PELIGRO COMO INSTRUMENTO PROTECTOR DE BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS

1. El mito de la irrenunciabilidad a los tipos de peligro abstracto

Uno de los principales problemas que se plantea en el contexto de la intervención penal en las "sociedades de riesgo", consiste en poner a prueba el rendimiento del recurso a los tipos de peligro como téc-

[1087] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 265.

[1088] CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español. Parte General II,* p. 110 nota 50.

nica de protección de bienes jurídicos colectivos[1089]. En ese sentido, actualmente constituye un lugar común de la doctrina mayoritaria la consideración de que una tutela eficaz de los bienes colectivos, sobre todo en el terreno del Derecho penal económico, es impensable sin la instrumentación de infracciones de peligro, y especialmente de peligro abstracto[1090], al extremo de entenderse que el uso de esta técnica debe imperar en las actuales regulaciones contra la criminaldad económica[1091], aunque con determinados límites en orden a salvaguardar los principios básicos de *ius puniendi*, en concreto la perspectiva del Derecho penal como *ultima ratio*[1092].

En esa línea se inscriben por ejemplo los planteamientos de TIEDEMANN, para quien "El delito de peligro abstracto representa el instrumento de técnica típicamente correspondiente a la esencia del bien jurídico supraindividual"[1093], "es no solo la facilidad para la prueba lo que ha conducido al empleo del peligro abstracto para la descripción

---

[1089] PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Sociedades de riesgo y reforma penal*, pp. 64-65.

[1090] GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. "Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el PCP80 (títulos VIII y V)", en: *ADPCP*, 1980, p. 477; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 300-302; FIANDACA, Giovanni. "La tipizzazione del pericolo", en*: DDDP*, 1984, pp. 455 y ss.

[1091] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico*. *Parte General,* pp. 114 y ss., pone de relieve la relevancia de las infracciones abstractas de peligro en el DP económico alemán y español.

[1092] *Ibid*., pp. 116-117: incorporación en el tipo de elementos normativos de aptitud que requieran de la conducta una dosis de lesividad, mayor taxatividad, desincriminación de las conductas imprudentes, restricciones en el tipo subjetivo como la exigencia de dolo directo o de especiales elementos subjetivos del injusto, inclusión de específicas causas de levantamiento o anulación de la pena, etc.

[1093] TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskrimilalität. T I. AT,* Studium, Hamburg, 1976, p. 86, Vid., también pp. 81 y ss., cit. por RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 301 nota 338.

de los hechos económicos punibles, sino fundamentalmente, la necesidad de proteger intereses jurídicos supraindividuales en relación con los cuales y para cuya efectiva tutela no resulta imaginable otra configuración típica"[1094].

El fundamento esencial de estas conclusiones se ha pretendido ubicar en el mundo ontológico, es decir que se ha querido convertir en "naturaleza de las cosas", lo que en verdad constituye un asunto básicamente normativo. De este modo, suele sostenerse que la efectiva lesión o puesta en peligro concreto de los bienes colectivos, por constituir entidades macrosociales, no puede lograrse muchas veces a través de una mera conducta individual, sino mediante la reiteración generalizada de comportamientos que violan las reglas básicas que aseguran el sistema y su funcionamiento[1095], realidad que en definitiva haría difícil la determinación del grado de lesividad exigible a la conducta individual respecto del bien colectivo[1096]. Como ha puesto de relieve GARCÍA RIVAS: "Cabría suponer que allí donde el bien jurídico no permita una identificación clara del objeto material, la tipificación más idónea sería la del peligro abstracto (...) Esta opinión sirve habitualmente de coartada contra las quejas manifestadas por la doctrina contra los delitos de peligro abstracto, que denuncian la falta de lesividad o de determinación de la conducta prohibida"[1097].

No obstante, a nuestro juicio esta línea argumentativa merece una valoración negativa. Por una parte se plantea un importante problema jurídico de carácter lógico-formal, pues no solo se eleva a la categoría

---

[1094] TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito*, p. 36.

[1095] LOOS, Fritz. "'Rechtsgut' der Bestechungsdelikte", en: *Festschrift für Hans Welzel*, W. de Gruyter, Berlin-New York, 1974, p. 888; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 300-301.

[1096] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 301, citando en igual sentido a FIANDACA, Giovanni. *La tipizzazione del pericolo*, p. 456.

[1097] GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente*, p. 133.

de dato ontológico la indeterminación del bien colectivo, sino que de allí, es decir de una premisa del ser, pretende derivarse una conclusión directa para el deber ser, o sea la necesidad de tipificar fórmulas de peligro abstracto. Como es evidente, este salto inmediato del ser al deber ser configura nada menos que una falacia ontológica o naturalista, un razonamiento entimemático[1098], similar a la que puede apreciarse en la fundamentación dogmática de las posturas finalistas más radicales.

Pero dejando de lado esta crítica formal, desde el punto de vista material se observa que la presunta indeterminación de los bienes colectivos, siempre que se parta de una concepción medianamente normativa o funcional del Derecho penal, no puede concebirse como una razón ontológica o propia de la intransigente "naturaleza de la cosas". Ciertamente, conforme con las actuales concepciones, la determinación del contenido material del bien jurídico-penal no puede verse ya como la caracterización o descripción de una realidad tangible del ser sino, esencialmente, como una tarea normativa a realizar en función de los principios de merecimiento y necesidad de pena. De esta forma, la concreción o inconcreción del contenido de los bienes jurídicos colectivos no puede atribuirse a la "naturaleza de las cosas" sino, cuando menos, al desinterés de avanzar hacia una delimitación dogmática que satisfaga las necesidades del principio de legalidad y permita, a su vez, establecer el concreto grado de lesividad a exigirse en cada tipo penal.

En consecuencia, sostener la indeterminación de los bienes colectivos carece de fundamentación ontológica y normativa, pero además significa renunciar a la propia noción de bien jurídico-penal, dado que

---

[1098] Es imposible, partiendo de una o más propiedades del ser, inferir una o varias exigencias del deber ser, pues solo se llega a esta últimas cuando se presupone al menos una premisa normativa. Vid. KLUG, Ulrich. "La teoría del derecho natural en tanto problema de la metateoría y de la metalógica de las normas", en: *Problemas de filosofía del Derecho*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Sur, Buenos Aires, 1966, pp. 10-11; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. "Crítica formal del concepto de la omisión", en: *ADPCP*. (1993, pp. 988-989.

es impensable elevar a objeto de protección penal un interés cuyo contenido y lesividad –lesión, peligro concreto y peligro abstracto– se tienen por inciertos. Por esta razón, consideramos que el alegato de la difícil concreción de la lesividad exigible a la conducta individual respecto del bien colectivo, no constituye más que un evidente pretexto a fin de legitimar la criminalización de las meras conductas peligrosas o de peligro abstracto, y violar con ello el principio constitucional de ofensividad.

Sin embargo, no puede dejarse de reconocer que la efectiva destrucción de bienes macrosociales, como la libre competencia, la estabilidad del ecosistema o la salud pública, es difícil de lograr mediante conductas individuales y aisladas, sino quizás por la reiteración generalizada de comportamientos que violan las reglas básicas que aseguran el sistema y su funcionamiento. Como apunta SILVA SÁNCHEZ, en ámbitos como el de la tutela del ambiente natural la imputación se funda no en el peligro de la propia conducta, sino en el que surgiría "si todos hicieran lo mismo", y añade que "*probablemente buena parte de los delitos económicos responden a ese modelo, sin que hasta ahora se haya advertido, o se hayan extraído consecuencias de ello*"[1099]. Antes bien, a nuestro entender dicha constatación no obstaculiza la posibilidad de concretar dogmáticamente un resultado peligroso o lesivo para un bien colectivo dado[1100] y, como se verá más adelante, tal labor puede facilitarse recurriendo a los denominados "objetos con función representativa".

[1099] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Política criminal y técnica legislativa en materia de delitos contra el medio ambiente", en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Nº 4-5, 1996, p. 141. En igual sentido, SEELMANN, Kurt. "Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht", en: *NJW*. (1990) p. 1259.

[1100] KUHLEN, Lotar. "Umweltstrafrecht-auf der Zuche nach einer neuen Dogmatik", en: *ZStW*. (1993), pp. 718-719, entiende que en estos casos al sujeto no se le sanciona por un injusto ajeno, pues su conducta, en el seno de una sociedad industrial masiva, adquiere un significado diferente que no es "de la conducta en sí", sino del conjunto de comportamientos de todos globalmente considerados, es decir que no estamos ante un injusto personal sino ante una aparente "culpa colectiva", y surge la duda sobre si el DP es idóneo para enfrentar tales "problemas sistémicos".

Partiendo de esta premisa, consideramos que una tutela autónoma de los bienes jurídicos colectivos[1101], es decir mediante tipos en los que el disvalor del evento se solvente exclusivamente en la vulneración del interés colectivo complementario de otros bienes jurídicos individuales, no necesita renunciar al principio de lesividad mediante la criminalización de la mera conducta abstractamente peligrosa, dado que la eficacia de la protección puede garantizarse suficientemente a través del recurso a los tipos de resultado lesivo o de puesta en concreto peligro para dichos bienes colectivos.

En todo caso, aunque luego tendremos oportunidad de abundar sobre el particular, de antemano nos interesa poner de relieve que el planteamiento aquí defendido no equivale a una reconversión de los delitos de peligro abstracto que afectan bienes individuales en delitos de lesión contra un bien jurídico colectivo[1102], opción criticable por fundarse en un recurso básicamente linguístico[1103]. Ello solo sería posible de sostenerse junto con HASSEMER, PADOVANI o TERRADILLOS BASOCO, una teoría personalista del bien jurídico, en virtud de la cual los bienes colectivos carecerían de autonomía frente a los individuales y solo constituirían una forma de protección adelantada de estos últimos. Contrariamente, la defensa de la independencia de los bienes colectivos,

---

[1101] Como hemos sostenido anteriormente, los bienes jurídicos colectivos son complementarios de los individuales y su fundamentación radica también en el merecimiento y necesidad de pena. Sin embargo, ello no significa que su protección penal deba realizarse en función de los intereses individuales complementados sino en atención al interés complementario.

[1102] Por contra GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente*, p. 136, entiende que tal reconversión es esencial: "Si se admite, en consecuencia, esta 'reconversión' de los intereses en juego, habrá que admitir la legitimidad de los denominados delitos de peligro abstracto siempre que estos sean interpretables como delitos de lesión contra bienes jurídicos supraindividuales con relevancia constitucional, pero no en otro caso, ante el déficit de lesividad que presentan".

[1103] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico*, p. 117.

en cuanto a sus técnicas de tipificación, impide hablar de reconversión en tanto que la lesión de estos no tiene por qué equipararse a la peligrosidad para los bienes individuales.

Ahora, si para la defensa de los bienes colectivos basta con los tipos de lesión y de peligro concreto, entonces podrá darse por superada, en este ámbito, tanto la presunta inconcreción del grado de lesividad exigible, como las críticas por la violación de los principios de lesividad y determinación.

2. La lesividad de los bienes jurídicos colectivos a través de "objetos con función representativa"

El primer paso para llegar a estas conclusiones consiste en establecer el método de identificación de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico colectivo. El problema que aquí se plantea consiste en compaginar las exigencias de determinación, lesividad y eficacia político criminal. En efecto, una descripción demasiado general del resultado lesivo o peligroso, es decir en función de todo el contenido del bien jurídico, no solo dejaría de abarcar la mayoría de comportamientos individuales que conjuntamente son riesgosos para el interés que se protege, sino que además podría constituir una tipificación demasiado vaga e imprecisa.

Así por ejemplo, en los delitos contra el ambiente natural de los arts. 325° y siguientes del CP español y de los arts. 304° y siguientes del CP peruano, la protección del bien jurídico-penal estabilidad del ecosistema, sería inútil si el desvalor del resultado previsto por los tipos penales contemplaran directamente la lesión o el peligro de dicho bien, pues tal punto de partida obligaría a criminalizar conductas lo suficientemente graves para ello, es decir las catastróficas –lesivas– o las encaminadas hacia tal meta –peligro–. De ese modo, podrían legitimarse tipos penales aparentemente omnicomprensivos, a la vez que inciertos o vagos, al extremo de asemejarse a una infracción administrativa, como ocurre en el Art. 247° del CP colombiano de 1980 que criminaliza la abstracta

conducta de contaminar ilícitamente el ambiente en general[1104], sin especificar qué sectores del entorno natural –aires, aguas o suelos– deben resultar afectados, ni el grado de lesividad exigible para la imputación objetiva. Algo similar puede verse en el Art. 299° del CP de El Salvador de 1973, pues penaliza la infracción de las medidas administrativas tendentes a evitar la contaminación del ambiente[1105].

Pero además, una técnica de criminalización que describa el resultado en función de la ofensa para todo el bien colectivo estabilidad del ecosistema, conllevaría a excluir la criminalización de aquellos comportamientos que, individualmente considerados, no son aptos para lograr tales secuelas catastróficas, aunque por los efectos de acumulación, adición o sinergía causal[1106] pueden alcanzar dichos resultados. Como ello no es conveniente político criminalmente, en concreto de cara a la salvaguarda del principio de legalidad, actualmente se considera necesario renunciar a una tipificación que describa la abstracta lesión o puesta en riesgo de la estabilidad del ambiente natural, sino más bien en función de aquellos objetos materiales que en su interacción permiten dicha estabilidad, es decir el aire, el agua, los suelos, la flora y la fauna. En esa perspectiva se inscribe por ejemplo el Título Veintiocho del StGB, introducido en 1980 y que detalladamente sanciona las vulneraciones que sufre el ambiente pero a través de "objetos representantes" como el

---

[1104] Art. 247° del Código penal de Colombia: "El que ilícitamente contamine el ambiente, incurrirá, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar y siempre que el hecho no constituya otro delito, en prisión de uno a seis años y multa de cincuenta mil a dos millones de pesos".

[1105] Art. 299° del Código penal salvadoreño: "El que infringiere las medidas adoptadas por las autoridades competentes destinadas a impedir la contaminación del ambiente que pueda dañar la vida o la salud de las personas, será sancionado con diez a sesenta días multa".

[1106] DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, pp. 88-89; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Política criminal y técnica legislativa en materia de delitos contra el medio ambiente", p. 140; SAMSON, Erich. "Kausalitäts- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht", en*: ZStW*, 1987, p. 618.

agua (§324), el aire (§325), etc. Igual orientación persigue la moderna Ley penal del ambiente de Venezuela de 1992 (arts. 28 y siguientes), el CP de Perú (arts. 304° y siguientes), y más recientemente el CP español de 1995.

Ahora bien, esta lógica legislativa se inscribe dentro del conocido planteamiento de SCHÜNEMANN sobre la necesidad de recurrir a lo que denomina "delitos con bien jurídico intermedio espiritualizado"[1107], perspectiva actualmente defendida en Alemania por ROXIN[1108], JAKOBS[1109], y en la ciencia penal española por RODRÍGUEZ MONTAÑÉS[1110] y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ[1111]. Sin embargo, ello no debe entenderse como una argucia jurídica tendente a evadir el presunto problema de la difícil concreción de la lesión o puesta en riesgo de los bienes jurídicos colectivos, o la supuesta incertidumbre sobre el grado de lesividad exigible a la conducta individual en relación con dichos bienes[1112]. Por contra, como ya hemos señalado, el resultado lesivo o

---

[1107] SCHÜNEMANN, Bernd. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits-und Gefährdungsdelikte*, p. 798.

[1108] ROXIN, Claus. *Strafrecht. AT. T I,* § 11/126.

[1109] JAKOBS, Günther. *Strafrecht, AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre,* 2ª ed. Berlin-New York, Walter de Gruyter 1991, 6/88.

[1110] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 300-304, propone esta técnica para la tutela de los bienes jurídicos supraindividuales, institucionalizados o espiritualizados, o "intereses difusos" no reconducible a bienes individuales, sino que se refieren a estructuras o instituciones básicas en el funcionamiento del Estado o del sistema social, como ocurre en los delitos socieconómicos o contra el ambiente natural.

[1111] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *DP económico. PG,* pp. 98-100, considera que esta construcción sería "perfectamente trasladable a los delitos económicos en sentido estricto" y explica que la técnica para tutelar aquellos bienes jurídicos inmateriales dignos de tutela penal consiste en construir la figura delictiva sobre la base de un bien jurídico intermedio "representante" o con función representativa.

[1112] Como parece defender RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 300-301.

peligroso en el terreno de los intereses colectivos sí es susceptible de concreción, pero dichos bienes, por su grandiosidad, pueden protegerse con mayor eficacia mediante la criminalización de los comportamientos que vulneran aquellos objetos que permiten o sirven a la conservación del bien colectivo.

De esta manera, se trata de tutelar el bien jurídico colectivo mediante delitos que, en palabras de JAKOBS, lesionan o ponen en riesgo un "objeto con función representativa", dicho de otro modo el resultado afecta a un objeto que representa al bien a un nivel menos abstracto, como sucede por ejemplo, en el ámbito del StGB, cuando se protege la verdad en el proceso y la falta de provecho propio del funcionario o autoridad, para así salvaguardar, respectivamente, los bienes jurídicos "adecuada Administración de Justicia" (§§153 y siguientes) y el "buen funcionamiento del aparato administrativo" (§331)[1113]. En semejante orientación, y situándose en el plano del Derecho penal económico, ha destacado Tiedemann que los intereses a proteger en este sector son "bienes jurídicos intermedios" entre los intereses del Estado y los del individuo[1114].

Con todo, a nuestro entender es más propio referirse, según señalan JAKOBS o KINDHÄUSER[1115], a "objetos con función representativa" u "objetos representantes de bienes jurídicos colectivos", y no a la

---

[1113] JAKOBS, Günther. *Strafrecht. AT,* 6/88. Iguales ejemplos utiliza ROXIN, Claus. *Strafrecht. AT. T. I,* cit., § 11/126, pero entiende que en estos supuestos "solo el disvalor de acción fundamenta la puniblidad", de modo que a través de la interpretación restrictiva podrán excluirse los casos bagatelares que *in abtsracto* no menoscaben el bien jurídico. Cercano, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Política criminal y técnica legislativa en materia de delitos contra el medio ambiente", p. 141, aunque entiende que "una sola conducta ni lesiona ni pone en peligro el bien jurídico, pero se sanciona, porque si todos hicieran lo mismo evidentemente tal peligro sí se daría".

[1114] TIEDEMANN, Klaus. "Wirtshaftsstrafrecht -Einführung und Übersicht", en: *JuS.* (1989), p. 691. No obstante, Vid. la valoración crítica de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *DP económico. PG,* pp. 100-107.

[1115] KINDHÄUSER, Urs Konrad. *Gefährdung als Straftat*, p. 310.

existencia de "bienes jurídicos intermedios" como defienden SCHÜNEMANN, ROXIN, TIEDEMANN, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. Ello porque la finalidad del planteamiento consiste en instaurar una tutela más eficaz de los bienes colectivos a través de sus objetos representantes[1116], lo que no equivale a convertir a estos últimos en bienes jurídicos intermediarios (intermedios) o a caballo entre los colectivos y los individuales.

Ciertamente, cuando se protege, por ejemplo, la estabilidad del ecosistema recurriendo para ello al objeto representante "aire", o sea tipificando el delito de contaminación atmosférica, no se pretende una tutela del aire como fin en sí mismo, sino por la función que este cumple en la interacción de los elementos bióticos y abióticos que permiten la estabilidad del sistema natural. En ese contexto, el único bien jurídico merecedor y necesitado de tutela penal, al ser complementario de bienes individuales como la vida, la salud, el patrimonio, etc., es esa estabilidad del ecosistema. Así, la protección del aire queda convertida en un medio, en un mero instrumento u objeto al servicio del bien jurídico colectivo y, de ese modo, a los bienes individuales complementados.

Como se verá luego del excurso, tener claro que el objeto representante no constituye un bien jurídico-penal es trascendental para al análisis de la imputación objetiva, especialmente en lo relativo al fin de protección de la norma. Además, la perspectiva aquí defendida permite concluir que el control penal de los atentados contra los bienes jurídicos colectivos no requiere, en términos de eficacia, del recurso a los delitos de peligro abstracto.

2.1 Excurso: valoración crítica de los "bienes jurídicos intermedios o de referente individual" en la propuesta de MATA y MARTÍN

Por su novedad en la ciencia penal española y porque se aleja en algunas de sus consecuencias de lo aquí defendido, merece poner de re-

[1116] Similar, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *DP económico*, pp. 118-119.

lieve la tesis de MATA y MARTÍN en torno a la protección de los bienes jurídicos intermedios a través de delitos de peligro[1117]. Antes bien, cabe advertir que, pese a utilizar una expresión semejante ("bienes intermedios"), el contenido que el autor otorga a estos intereses no coincide con las construcciones de SCHÜNEMANN o TIEDEMANN[1118] antes desarrolladas.

A nuestro entender, el concepto de "bien jurídico intermedio" en la descripción de MATA y MARTÍN es semejante a lo que en la doctrina española viene denominándose "bienes supraindividuales o colectivos orientados a la protección de bienes individuales o suficientemente individualizables o determinables"[1119]. Ciertamente, MATA considera que nos hallamos ante intereses de naturaleza colectiva o suprapersonal, en el sentido de que su titularidad no pertenece exclusivamente a una persona determinada, pero que en buena cuenta se halla vinculado a un bien jurídico netamente personal, de allí su concepción como bienes de "referente individual"[1120]. De este modo, bienes jurídicos intermedios pueden considerarse "aquellos intereses colectivos tutelados penalmente de forma conjunta con bienes de los particulares, siendo ambos homogéneos o estando situados en una misma línea de ataque", por ello que los delitos erigidos en función de los mismos "presentan una protección simultánea para intereses sociales y de los particulares, entre los que existe una relación de complementariedad"[1121].

[1117] MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Comares, Granada, 1997.

[1118] *Ibid.,* pp. 22-23.

[1119] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia,* pp. 304 y ss.; ARROYO ZAPATERO, Luis. "Derecho penal económico y Constitución", en: *Revista Penal,* Nº 1,1998, p. 8; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *DP económico. PG,* p. 112.

[1120] MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, pp. 23-24,

[1121] *Ibid.*, p. 71.

Pero el autor, antes de afirmar la existencia de una clase independiente y con sustantividad propia de bienes jurídicos, trata de identificar un conjunto de ilícitos en lo que para su constitución se adopta una específica técnica legislativa, razón por la cual considera que estos bienes tienen su partida de nacimiento en una mera "decisión legislativa"[1122] que obedece básicamente a dos fundamentos compatibles con la relación de complementariedad entre bienes colectivos e individuales: la necesidad de superar las dificultades para precisar la lesión de los bienes colectivos e instaurar una protección adelantada de los bienes personales[1123].

Las consecuencias que de esta concepción extrae el autor para las técnicas de protección son múltiples, pero a efectos de esta investigación interesa relievar sus conclusiones en torno a la instrumentación de los delitos de peligro. Tras la legitimación político criminal de los bienes intermedios, entre los que incluye al ambiente natural desde la lectura de los arts. 325° *in fine* y 328° del Código penal español[1124], MATA y MARTÍN considera que la protección de los aspectos colectivo e individual deben operar a través de la aplicación simultánea de una doble técnica, acorde cada una de ellas con la naturaleza del aspecto a tutelar –supraindividual o personal–, es decir mediante infracciones que denomina "delitos de lesión-peligro", erigidas como delitos pluriofensivos: lesión del bien colectivo y peligro concreto para el bien individual[1125]. Las ventajas político criminales de esta técnica justificarían plenamente su uso: limitación de la zona punible, mayor determinación del comportamiento prohibido, la conversión del peligro abstracto en peligro concreto y la correcta articulación de los intereses colectivos y personales[1126].

[1122] *Ibid.*, pp. 72, 26 y ss.

[1123] *Ibid.*, pp. 34-45.

[1124] *Ibid.*, p. 9, nota 20: "riesgo de grave perjuicio (...) para la salud de las personas" (Art. 325° *in fine*) y "puedan perjudicar gravemente (...) la salud de las personas" (Art. 328°).

[1125] *Ibid.*, pp. 76 y ss., 55 y ss.

[1126] *Ibid.*, pp. 76-84.

En esa línea de ideas, de concebirse por ejemplo el ambiente natural como un bien jurídico intermedio, conforme ocurre a juicio de MATA y MARTÍN en el Art. 325° *in fine* del Código penal español en cuanto refiere al riesgo grave para la salud de las personas, que implica necesariamente intereses de diversa naturaleza, las conductas objeto de sanción penal se transforman en infracciones de lesión del ambiente y de peligro para la vida o la salud de las personas. Ello sin perjuicio de estimar los intereses colectivos protegidos como bienes jurídicos independientes y sistemáticamente autónomos[1127].

Ahora bien, la interesante propuesta de MATA y MARTÍN puede permitirnos comprender mejor varios aspectos de la realidad legislativa del DP económico y de la tutela de los bienes colectivos. Sin embargo, el autor no reivindica la entidad dogmática de los "bienes jurídicos intermedios" y parece limitarse a legitimar las no siempre afortunadas decisiones del legislador. En efecto, si se piensa en el tipo penal básico de contaminación ambiental del Art. 325° del Código penal español, es evidente que el disvalor de resultado se concreta en la creación de un resultado de peligro para el bien colectivo "equilibrio de los sistemas naturales", pero si a este se suma un resultado de peligro concreto para la "salud de las personas" entonces, desde la perspectiva de MATA y MARTÍN, la valoración dogmática del hecho debe variar, pues habrá que entender que se afecta a un bien jurídico intermedio que, al menos en el ejemplo planteado, no es otra cosa que la suma diferenciada de dos bienes distintos: el equilibrio de los sistemas naturales y la salud de las personas, este último incluso interpretable como de carácter colectivo al referirse al interés de más de un sujeto ("personas"). Dicho de otro modo, lo que el autor criticado explica como la vulneración de un bien intermedio no es otra cosa que la realización de un hecho agravado compuesto por dos resultados disvaliosos de peligro concreto, fórmula que demuestra como de *lege lata* hasta la técnica propuesta de "delitos de lesión-peligro" carece de refrendo.

[1127] *Ibid.,* p. 84.

Algo no muy distinto ocurre en el delito de establecimiento de depósitos o vertederos del Art. 328° del Código penal español, que MATA y MARTÍN califica como protector de un bien intermedio en el extremo que sanciona las conductas que "puedan perjudicar gravemente la salud de las personas". En este delito apenas nos hallamos ante un supuesto de resultado alternativo, consistente en la creación de un peligro concreto para el "equilibrio de los sistemas naturales" o para la "salud de las personas". Es más, aun entendiendo la exigencia de que los desechos o residuos sean tóxicos o peligrosos como el requerimiento de cierta aptitud lesiva, ello debe colegirse necesariamente, por tratarse de un delito de resultado, con la creación del peligro, por lo que resulta difícil apreciar que en este delito se protejan a la vez intereses individuales y colectivos.

Descontando que los ejemplos del autor relativos a la tutela del ambiente no son suficientemente convincentes de la presencia legislativa ni de la entidad dogmática de los bienes intermedios, es evidente que al perseguirse la protección de un bien colectivo asociado a intereses individuales, a través de delitos de lesión-peligro, tan solo se está proponiendo la instauración de delitos compuestos o pluriofensivos[1128] con un disvalor de resultado múltiple. Pero lo verdaderamente preocupante de esta vía es que, mediante la exigencia de un peligro concreto para bienes individuales, se pretenda legitimar interpretaciones tributarias de la criticable teoría personalista del bien jurídico-penal de HASSEMER, con el consecuente retraso de la protección penal de los bienes colectivos. Por ese motivo, ante las verdaderas dificultades para concretar la lesión o puesta en peligro de los bienes colectivos merecedores y necesitados de tutela penal, la tesis de MATA y MARTÍN poco aporta al debate pues su trascendencia es apreciable, en todo caso, frente a aquellos "bienes supraindividuales o colectivos orientados a la protección de bienes individuales o suficientemente individualizables o determinables", como se indicó anteriormente.

[1128] LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho penal. Parte General I,* pp. 315-316.

3. Suficiencia de la tutela autónoma de los bienes jurídicos colectivos mediante tipos de resultado de peligro o lesivo

El punto de partida de la protección de los bienes colectivos mediante objetos con función representativa, ha motivado la creencia de que la técnica más adecuada para ello consiste en la instrumentación de delitos abstractos de peligro[1129]. Por contra, consideramos que esta acotación del bien colectivo, es decir la mayor delimitación de los objetos a través de los cuales puede ser lesionado o puesto en peligro, permite con mayor razón desterrar el uso de los tipos de peligro abstracto.

Efectivamente, el alegato a favor de los tipos de abstracta peligrosidad en este sector solo puede obedecer a una equívoca configuración del injusto, o sea sobre la base de los bienes jurídicos individuales y no en función de la autónoma consideración de los bienes jurídicos colectivos que se pretende proteger. En esa dirección, como ha puesto de relieve BUSTOS RAMÍREZ, el fundamento para la exclusión de los delitos de mera peligrosidad radica en que "desde una debida caracterización del bien jurídico colectivo se pueden construir en relación a él –y no al bien jurídico complementado (*individual*)– delitos de lesión o de peligro concreto"[1130].

De esta forma, el carácter complementario de los bienes colectivos no implica que los delitos que se configuren para protegerlos hayan de ponerse, para definir su estructura, en relación a los bienes jurídicos individuales complementados. La tutela de los bienes colectivos no equivale a la protección de la suma de intereses individuales, sino más propiamente las condiciones que permiten garantizar en el caso concreto su indemnidad como objeto diferenciado y anticipado de tutela y única forma posible de prevenir su lesión[1131].

[1129] FIANDACA, Giovanni. *La tipizzazione del pericolo*, pp. 455 y ss.

[1130] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Los bienes jurídicos colectivos*, p. 198, entre paréntesis y cursiva fuera de texto.

[1131] MAQUEDA ABREU, Mª Luisa. *La idea de peligro en el moderno DP*, p. 492. Similar CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Resultados de muerte y*

Por ello, en palabras de TIEDEMANN, quien se centra en el ámbito de los delitos económicos donde principalmente se ha defendido la necesidad de tipificar reglas de conducta o simples comportamientos peligrosos, "El peligro parece abstracto únicamente si es referido a intereses patrimoniales individuales, mientras que, si se toman en consideración los aspectos supraindividuales (sociales) del bien jurídico y los aspectos de la información (por ejemplo como interés tutelado en el caso de los balances), estos intereses son lesionados (y no únicamente puestos en peligro por el delito)"[1132].

Asimismo, refiriéndose a los delitos contra el ambiente natural, este autor precisa que la naturaleza de los ilícitos difiere según los posibles puntos de valoración y los bienes jurídicamente protegidos, de modo tal que, por ejemplo, en el delito de contaminación de las aguas debe concluirse que la ley sanciona un delito de lesión si se toma como punto de partida el agua y su deterioro y no los peligros abstractos previsibles por referencia a finalidades humanas[1133]. Antes bien, al margen de la valía del argumento general, es decir la consideración del ilícito contra el bien colectivo como delito de lesión, consideramos que el §324 del StGB que

---

lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública, pp. 335-336; ÍDEM. "Responsabilidad penal derivada del producto. En particular la regulación legal en el Código penal español: delitos de peligro", p. 250; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos", en: *CPC*, 1989, p. 741; LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en DP*, pp. 120-121; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, pp. 32 y ss., 159-160.

[1132] TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito*, p. 36. Ya OTTO, "Rapport national", en: *RIDP,* 1983, p. 550, cit. por MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 160 nota 52, había sostenido que la tutela de bienes jurídicos colectivos mediante tipos de peligro no supone un adelantamiento de la protección penal, dado que se trata de delitos de peligro para bienes individuales, aunque de lesión para los colectivos.

[1133] TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de DP económico*. (*Comunitario, español, alemán*), PPU, Barcelona, 1993, pp. 181-182.

sanciona la contaminación del agua, por exigencia del principio de merecimiento de pena, no puede ser visto como un precepto que protege el agua como fin en sí mismo, sino por su función para el desarrollo de los individuos en la sociedad[1134]. Lo contrario significaría pretender la administrativización del Derecho penal.

Ahora bien, este tipo de consideraciones cada vez cuentan con mayor arraigo en la ciencia penal española, pues en similar sentido se han expresado, además de BUSTOS RAMÍREZ[1135], importantes autores como ESCRIVÁ GREGORI, LAURENZO COPELLO, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, MAQUEDA ABREU, GARCÍA RIVAS y FARALDO CABANA. Entre estos cabe destacar en primer término la orientación de MÉNDEZ RODRÍGUEZ, quien ha insistido en la idea de que la estructuración de los tipos de peligro respecto de los bienes jurídicos colectivos no tiene por qué basarse ni tomar como objetivo a los bienes individuales, de modo que partiendo de la debida identificación y concreción del bien colectivo puede abandonarse la técnica del peligro abstracto para dotar de mayor contenido a los tipos[1136].

En ese sentido, la autora sostiene que «la vía adecuada (...) es determinar concretamente qué intereses confluyen o entran en colisión en el conflicto concreto. El legislador, dando preeminencia a unos sobre otros, resuelve el conflicto normativamente a través del bien jurídico (colectivo). La lesión del bien jurídico se producirá a través de una actuación que dé prioridad a ciertos intereses, en detrimento de aquellos que, en opinión del legislador, poseen una mayor relevancia (...). De esta forma, determinada claramente la lesión, se podrá afinar la técnica legislativa y crear tipos de lesión también en relación a bienes jurídicos

---

[1134] En igual sentido MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "La protección penal de las aguas, como elemento ecológico, en Alemania", en: *AP*, Vol 1, 1994, p. 296.

[1135] Vid. además BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de DP. PG*, p. 264.

[1136] MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, pp. 159-160.

colectivos o bien crear tipos de peligro concreto en el caso de que por diversos motivos se considere necesario adelantar la tutela"[1137].

Pues bien, un adelanto de tales ideas pudo verse ya en la postura de ESCRIVÁ GREGORI quien, situado en el análisis del delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes del CP, destacó que el peligro exigido "no se refiere a ese bien jurídico protegido de la seguridad de la circulación. Esta, queda no puesta en peligro, sino lesionada, o, si se prefiere, dado que constituye un bien jurídico institucionalizado, *quebrantada*. Lo que ocurre es que, en definitiva, la 'institucionalización', del bien jurídico seguridad de la circulación se debe a que, en último término, se quieren proteger unos bienes genuinos, cuales son la vida, integridad y patrimonio de las personas"[1138].

A su turno, LAURENZO COPELLO, también ubicada en el terreno del Derecho penal de la circulación, señala en relación al delito de conducción temeraria del Art. 340° bis a) 2º del CP español que se trata de un ilícito de resultado "puesto que no parece dudoso que al existir una situación específica de peligro para determinados intervinientes en el tráfico, la seguridad de este no se ha puesto en peligro sino que se ha *lesionado*. Se trataría pues de un delito de resultado y de lesión (no de peligro)"[1139].

Semejantes ideas se han visto consolidadas también en la postura de MAQUEDA ABREU, según la cual "la afirmación de que estos delitos que protegen bienes colectivos son 'delitos de peligro' es matizable. Pues si bien en ellos la idea de peligro puede estar presente en relación a esos bienes jurídicos individuales subyacentes, la conducta que altera su 'seguridad', o mejor, las condiciones imprescindibles para su disfrute, no

---

[1137] *Ibid.,* p. 161, cursiva entre paréntesis fuera de texto.

[1138] ESCRIVÁ GREGORI, José Mª. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en DP,* p. 115.

[1139] LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en Derecho penal*, p. 121.

es ya de peligro, sino de lesión"[1140]. De igual modo, GARCÍA RIVAS ha concluido que "puede considerarse hoy unánime la doctrina que considera que muchos delitos de peligro abstracto adquieren esta caracterización en virtud de la función que se les otorga de protección de bienes jurídicos personales o individuales, de tal manera que si corregimos el enfoque del problema asumiendo que este tipo de infracciones procuran la tutela de otra clase de bienes jurídicos: los supraindividuales o colectivos, entonces ya no se puede hablar de delitos de peligro abstracto, sino de *delitos de lesión* (de otro bien jurídico)"[1141].

Finalmente, en similar línea, aunque dejando abierta la posibilidad para la instrumentación de delitos de mera peligrosidad, FARALDO CABANA ha señalado para el Derecho penal económico que si los "bienes jurídicos supraindividuales o colectivos son complementarios de bienes jurídicos individuales, no es siempre indispensable el recurso a los tipos de peligro abstracto para proteger aquellos: si el tipo se pone en relación con el bien jurídico individual se configurará como delito de peligro concreto o abstracto, pero en relación con el bien supraindividual o colectivo cuya tutela justifica el adelantamiento en la punición será de lesión o de peligro concreto"[1142].

Pues bien, frente a estos argumentos se ha opuesto un sector de la doctrina insistiendo en que la delimitación y protección autónoma de los bienes colectivos, no solo sería incapaz de contribuir a la deslegitimación de los delitos de peligro abstracto sino que además, dada la imposibilidad de apreciar una verdadera lesión o puesta en peligro del bien colectivo, contribuiría a entorpecer el planteamiento de las soluciones adecuadas. En ese sentido, SCHÜNEMANN, partiendo básicamente

---

[1140] MAQUEDA ABREU, Mª Luisa. *La idea de peligro en el moderno Derecho penal*, p. 492.

[1141] GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente*, p. 133.

[1142] FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*, p. 87.

de una teoría personalista del bien jurídico[1143] y utilizando ejemplos propios del Derecho penal económico, se ha opuesto la postura de TIEDEMANN sosteniendo que "el problema de una estructura típica del Derecho estatal realmente no se soluciona a través de la teoría de los bienes jurídicos colectivos, sino que se acrecienta su dificultad, puesto que el gigantesco organismo de la economía de mercado es, naturalmente, completamente insensible, en su función global, a las acciones defraudatorias individuales, por lo que estos bienes jurídicos colectivos, en contra de la interpretación de TIEDEMANN, no son lesionables en absoluto, ni siquiera puesto en peligro de forma típica, por los hechos individuales, así que, bajo el aspecto del bien jurídico colectivo, no existe ni un delito de peligro abstracto, ni siquiera un delito acumulativo, en la denominación de Lothar KUHLEN, en el que el daño social solo se produce mediante una acumulación teórica de un gran número de acciones insignificantes por sí solas"[1144].

No obstante, a nuestro entender estas críticas son apenas relativas y limitadas, pues adolecen de dos defectos trascendentales. En primer lugar, se olvida que unánimemente la doctrina considera que la lesión del bien jurídico, colectivo o individual, no solo puede alcanzarse mediante la destrucción del interés sino también a través del menoscabo o deterioro del objeto de la acción[1145]. En ese sentido, la lesión de un bien propio del DP económico no tiene por qué acarrear la destrucción de toda la economía de mercado[1146], puede existir lesión también si

---

[1143] SCHÜNEMANN, Bernd. "¿Ofrece la reforma del DP económico alemán un modelo o un escarmiento?", en: *Jornadas sobre la «reforma del DP en Alemania»,* CCGPJ, Madrid, 1991, p. 36.

[1144] *Ibid*., p. 35.

[1145] BARBERO SANTOS, Marino. *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, p. 488; TORÍO LÓPEZ, Angel. *Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)*, p. 826.

[1146] No se comprende por qué ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, p. 117, refuta la postura

los directorios de las cinco empresas lecheras con mayor capital y que cotizan acciones en bolsa, deciden realizar actividades monopólicas; allí la economía de mercado sigue existiendo, pero sin duda se ve afectada negativamente al alterarse en el sector lácteo las reglas del libre juego de la oferta y la demanda, lo que a su vez puede ocasionar por ejemplo las siguientes secuelas: los consumidores deberán pagar los precios concertados por dichos directorios, las empresas con menor producción pueden sufrir pérdidas o quebrar, las acciones en bolsa pueden dispararse, etc. Pero además, si se circunscribe el ámbito material del bien jurídico colectivo, incluso podría hablarse de la destrucción del bien en determinados casos, piénsese por ejemplo en un derrame petrolero que ponga fin al ecosistema marítimo de una costa determinada o en la reciente catástrofe ambiental en Andalucía originada por la ruptura del embalse de agua ácida de Aznalcollar proveniente de la explotación minera de la empresa sueca Boliden Apirsa[1147].

De acuerdo con esto último, y centrándonos en el segundo problema de la postura defendida por SCHÜNEMANN y el sector doctrinal que lo avala, también parece olvidarse los esfuerzos delimitadores que del bien colectivo puede realizarse, mediante la tipificación de su lesión o puesta en concreto peligro en función de "objetos con función representativa", sobre lo que se abundó en el apartado anterior. De esta manera, como ha precisado con acierto RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, "aquí no se trata de anticipar la tutela de los bienes esenciales (*individuales*), sino de proteger otros bienes (*colectivos*) cuya peculiar naturaleza exige el empleo de esta técnica (...) Siendo así, es legítima la punición de toda realización típica sin necesidad de constatar la peligrosidad en relación con el bien inmaterial (*colectivo*) que mediatamente se protege, pues formalmente estamos

---

de TIEDEMANN por cuanto "implicaría aceptar una afección naturalística de bienes jurídicos supraindividuales (e individuales), la cual solo sería posible en términos de catástrofe económica". Por contra, es ABANTO quien presupone una concepción ontológica de la lesión del bien colectivo.

[1147] Vid. Diario "El País" de 28 y 29 de abr. de 1998, pp. 28-31, 28-30, respectivamente.

ante delitos de lesión (*respecto del objeto representante*). En cuanto a las exigencias del tipo subjetivo, es también irrelevante la referencia al bien jurídico (*colectivo*) mediatamente protegido: el dolo o la imprudencia del sujeto han de referirse solo a los elementos típicos (...) sin necesidad de corrección alguna. Es suficiente con la lesión del objeto o bien 'representante' y con que el dolo o la imprudencia se refieran a ella"[1148].

En semejante perspectiva, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ comprende, *mutatis mutandi*, que la protección de todo bien colectivo debe operar mediante delitos erigidos en función de un objeto con función representativa, que es el que ha de resultar inmediatamente lesionado o puesto en concreto peligro por el comportamiento típico individual, y sin que sea necesario verificar esa efectiva lesividad para el bien colectivo mediatamente tutelado, dado que la "abstracta peligrosidad" de la conducta típica para este último reside en la lesión o peligro concreto reiterado y generalizado para el objeto representante. En coherencia con ello, para la imputación subjetiva es suficiente que la imprudencia o el dolo del agente abarquen únicamente el conocimiento de los elementos típicos, es decir la vulneración del objeto con función representativa inmediatamente protegido y sin que sea necesario probar el conocimiento en torno al bien colectivo. De esa manera, el menoscabo del bien jurídico "representado no posee relevancia directa alguna ni en el tipo objetivo, ni en el sujetivo"[1149].

Con todo, debe descartarse el "mito" de la necesidad de tipificar infracciones de peligro abstracto para proteger bienes colectivos. Un tal

---

[1148] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 301-302, cursiva entre paréntesis fuera de texto. En similar sentido: TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Delitos de peligro y criminalidad económica*, pp. 67-69; FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*, pp. 87-88. Pensando en su aplicación a los delitos ambientales, ARROYO ZAPATERO, Luis. *DP económico y Constitución*, pp. 7-8.

[1149] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico. PG*, pp. 98-99. Específicamente para el ámbito de los ilícitos tributarios "El bien jurídico en el delito de defraudación tributaria", en: *EPC*, Nº XVIII. (1995), pp. 169 y ss.

punto de vista solo puede obedecer a una configuración no autónoma de tales bienes, es decir anclada en una concepción ultra-liberal de la reacción penal y sus técnicas tipificadoras funcionales a los bienes individuales, por lo que el peligro abstracto solo podrá serlo para estos últimos. Por contra, si se parte como aquí de una concepción autónoma de los bienes jurídicos colectivos, lo que sin duda no excluye su relación de complementariedad con los individuales ni su liberación de las exigencias provenientes del merecimiento y necesidad de pena, su protección deberá realizarse pensando en la lesividad colectiva y no en la individual. De esta forma, allí donde a simple vista podría afirmarse la mera peligrosidad abstracta para un bien individual y por consiguiente la crítica por la violación del principio de lesividad; deberá verse, más bien, la lesión o la puesta en concreto peligro de un bien colectivo y, consecuentemente, la salvaguarda de dicho principio.

Desde este punto de vista es posible entender, al menos parcialmente, la razón por la cual la AIDP, entre las técnicas recomendadas por la Sección I de su XV Congreso de 1994, relativa a los delitos contra el ambiente, excluyó el recurso a los delitos de peligro abstracto y puso hincapié en la necesidad de que se verifique, al menos, una puesta en peligro concreto del bien jurídico colectivo ambiente natural. En efecto, como se indicara anteriormente, en dicho Congreso se precisó que el elemento material mínimo de las infracciones penales debería ser: "(a) una *acción u omisión* que cause un serio daño al ambiente; (b) una *acción u omisión* que contravenga un texto legal o reglamentario y que cree un peligro real e inminente (concreto) para el ambiente (...)"[1150].

Ahora bien, quizás podría pensarse que todas estas consideraciones se reducen a una mera argumentación gramatical, en orden a legitimar el peligro abstracto para bienes individuales mediante la introducción de la categoría de los bienes colectivos y la conversión de dicho peligro abstracto en un resultado lesivo o peligroso, con lo cual podría llegarse a una tutela demasiado anticipada y sin límites materiales reconocibles.

[1150] Apartado II.8, en*: RIDP*. 1° y 2° trimestres. (1995) p. 76.

Sin embargo, una tal comprensión debe deleznarse hasta por tres motivos, primero porque el bien colectivo debe determinarse de acuerdo con los principios de merecimiento y necesidad de pena, lo que desde ya excluye la administrativización del Derecho penal o el deseo de proteger meras unidades funcionales de valor.

En segundo lugar, porque no es lo mismo peligrosidad de la conducta para un bien individual y lesión o puesta en peligro concreto de un bien colectivo. Ciertamente, como ha puesto de relieve GARCÍA RIVAS, para la imputación objetiva de un resultado típico que afecta a un bien colectivo debe analizarse el fin de protección de la norma, lo que en definitiva implica una restricción considerable de la tipicidad, lo que no podría realizarse si se sostiene la presencia de un delito de peligro abstracto que afecta a un bien individual[1151]. Por ende, la imputación objetiva de un resultado lesivo o de peligro para el bien colectivo precisa de una verificación *ex post* ajena a los delitos de mera peligrosidad.

Finalmente, pese a que los criterios de imputación antes cifrados permiten tomar distancia de la criminalización del riesgo abstracto, pero pensando que en determinadas ocasiones la lesión o puesta en concreto peligro mediante un objeto representante, por su escasa afección al bien colectivo, podría dejar sin fundamento el merecimiento de pena, se introduce como correctivo el principio de insignificancia, en orden a la exclusión de la tipicidad de los comportamientos que se realizan en resultados bagatelares[1152]. En esa línea de ideas, como regla general

---

[1151] GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente*, p. 136.

[1152] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico. Parte General,* p. 99. Antes bien, el correctivo de la insignificancia igualmente es usado por los defensores de la técnica del peligro abstracto a fin de adecuarla al principio de *ultima ratio*, pero pese a la incongruencia sistemática es instrumentado a nivel procesal, pues el sentir del Tribunal Federal Constitucional Alemán "la prohibición constitucional contra el exceso permitiría tanto una solución material como una fornal (procesal)", Vid. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *DP económico. Consideraciones jurídicas y económi-*

los delitos ambientales del CP español exigen expresamente en el tipo la gravedad del resultado, en concreto los arts. 325° («puedan perjudicar *gravemente*», «riesgo de *grave* perjuicio»), 327° («puedan perjudicar *gravemente*»), 330° («dañare *gravemente*»), 331° («imprudencia *grave*»), 332° («destruya o altere *gravemente*»). En los tipos restantes, como pone de relieve la doctrina española, la exigencia de gravedad se halla implícita en los elementos descriptivos y normativos del delito.

Esta consideración debe extenderse a los tipos penales de nuestro CP, pues los arts. 304° al 313° no incorporan referencias expresas a la gravedad del resultado disvalioso, salvo entre las circunstancias cualificantes del Art. 305°, mediante las expresiones "carácter catastrófico" (num. 2), "afectan gravemente" (num. 4) y "lesiones graves" (lit. a). En todo caso, la gravedad exigible se halla tácitamente contemplada entre los elementos de cada tipo penal, y en determinados casos el legislador exige una lesividad sumamente exagerada que puede terminar desprotegiendo el bien jurídico-penal, como se aprecia por ejemplo en el tipo de contaminación del Art. 304°, pues requiere la lesión o peligro concreto para "la flora, fauna y recursos hidrobiológicos", simultáneamente.

VI. REGLAS CONCURSALES FRENTE A LOS DELITOS DE PELIGRO CON VERIFICACIÓN DE RESULTADO LESIVO

1. Planteamiento del problema

En el contexto de riesgo social y tránsito hacia una dogmática moderna, uno de los principales problemas que ha venido enfrentando la jurisprudencia europea consiste en precisar las reglas concursales[1153]

cas, p. 116, nota 27, citando a RANSIEK y las sentencias del mencionado Tribunal de 17 de enero de 1979 y 9 de marzo de 1994 sobre el caso del Cannabis.

[1153] Es decir en el ámbito de concurso de leyes y delitos. Vid. por todos ABELS, Peter. *Die 'Klarstellungsfunktion' der Idealkonkurrenz*, Elwert, Marbur, 1991; BOLDOVA PASAMAR. "Aplicación y determinación de la pena", en: Gracia Martín, Luis (Coord.). *Las consecuencias jurídicas del delito en*

para la determinación de la pena[1154] aplicable a los delitos de peligro respecto de bienes jurídicos colectivos, pero que a la vez implican la lesión de bienes individuales.

Así, p.e., ante la comisión de un delito contra la salud pública consistente en la fabricación y venta de un producto humanamente comestible pero nocivo, de modo que un número indeterminado de ciudadanos han sufrido lesiones leves o graves y otros fallecen, el juez, al momento de determinar la pena para los infractores de la norma penal, y dada la ausencia de una regla general en la ley penal[1155], debe optar entre varias alternativas que derivan de dos orientaciones generales:

i) Estimar que se configura un mero concurso de leyes penales, entre las normas que penalizan la puesta en riesgo del bien colectivo –salud pública– y la lesión de bienes individuales –homicidio, lesiones–, de forma tal que las únicas normas aplicables al caso son las que tutelan bienes individuales, pues estas absorben el disvalor que subyace a la puesta en peligro del bien colectivo. En ese sentido, las penas a imponer en el caso hipotético serían las

---

el nuevo CP, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 215 y ss.; CUERDA RIEZU, Antonio. *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Tecnos, Madrid, 1992.

[1154] Es decir dentro del "proceso de concreción de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar a un sujeto criminalmente responsable por la comisión de una infracción penal", Vid. PÉREZ ALONSO. *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes "indeterminadas" en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Edersa, Madrid, 1995, pp. 291-292. Como señala DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Inédito, Salamanca, 1997, pp. 52-53 (Cap. I/I.1.1), en la determinación de la pena se fija la pena abstracta que se considera suficiente para impedir potenciales hechos delictivos atendiendo a criterios de proporcionalidad (marco penal abstracto), y se decide la clase y cantidad de pena todavía en abstracto que debe imponerse a un hecho (marco penal concreto).

[1155] Regla normalmente inexistente en las legislaciones penales, entre ellas las de Alemania, España y Perú.

del homicidio en concurso con las del tipo de lesiones, quedando por definir si tal concurso es real o ideal.

ii) Entender que, sin violarse el *ne bis in idem*, opera un concurso de delitos entre el que afecta al bien colectivo y los que vulneran a los bienes individuales, dado que el disvalor del hecho no puede ser abarcado por uno solo de ellos, sino conjuntamente. En este supuesto deberá también establecerse la naturaleza ideal o real del concurso.

Afrontar dogmáticamente este problema[1156] constituye el objeto final de este apartado. Antes bien, el planteamiento de soluciones, acordes con los principios garantistas o de mínima intervención inherentes al programa penal de la Constitución, presupone una vez más tener presente la postura aquí defendida sobre la relación que debe guardarse entre bienes individuales y colectivos, de forma que pueda determinarse si el disvalor subyacente a los delitos contra los bienes colectivos puede ser absorbido[1157] o no por el injusto de los ilícitos que vulneran los intereses individuales. Solo con esta base, será posible establecer el régimen concursal aplicable a los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo.

[1156] Sin duda se trata en última instancia de resolver un problema de determinación de la pena, consecuentemente influenciado por los fundamentos político criminales de la sanción penal, Vid. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de DP. PG,* pp. 575-576. Pero tampoco puede negarse que corresponde a la dogmática penal establecer las líneas básicas que permiten diferenciar los diversos supuestos de concurso de delitos y leyes, y las razones que avalan dicha distinción. En similar sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General,* pp. 478, 554; COBO DEL ROSAL, Manuel, T. S. VIVES ANTÓN. *Derecho penal. Parte General,* 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 705-706.

[1157] Nos referiremos a los conceptos de absorción y subsunción en el sentido de que el disvalor subyacente a un tipo de peligro puede ser abarcado –absorbido o subsumido– por el disvalor previsto en otro injusto de lesión, de forma que el tipo de peligro solo se aplique subsidiariamente, en defecto de este último.

Efectivamente, la relación teleológica o de complementariedad que, por razones de merecimiento y necesidad de pena, deben guardar los bienes jurídicos colectivos frente a los individuales, y la necesidad de dispensarles una tutela autónoma, implican un conjunto de consecuencias directas en el tratamiento de múltiples instituciones, entre ellas la determinación de las reglas concursales aplicables a los delitos en donde la ejecución de un comportamiento *ex ante* riesgoso para un bien jurídico colectivo, no solo da lugar a un peligro abstracto o concreto para dicho bien, sino además a la realización *ex post* de uno o más resultados lesivos para los bienes jurídicos individuales que complementa.

Como se adelantara, el problema se cifra en determinar si el delito de peligro que deviene en uno o más delitos de lesión debe tratarse como un caso de concurso de leyes o más bien como un supuesto de concurso de delitos, real o ideal[1158]. La necesidad de superar esta problemática es evidentemente práctica, dado que la primera solución conduce a entender que se ha cometido un solo delito, mientras que la segunda parte de afirmar la existencia de una pluralidad de hechos pu-

[1158] Aunque escapa al objeto de este estudio evaluar los conceptos de concurso ideal y real de delitos, y del llamado concurso de leyes, de normas, aparente o unidad de ley, Vid. SANZ MORÁN, Angel. *El concurso de delitos: aspectos de política legislativa*, Universidad de Valladolid, 1986; CUERDA RIEZU, Antonio. *Concurso de delitos y determinación de la pena*, passim; CALDERÓN CEREZO. *Unidad y pluralidad de delitos*, CGPJ, Madrid ,1995; MIR PUIG, Santiago. *DP. PG,* pp. 652 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, Mercedes. *DP. PG,* pp. 477 y ss.; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Curso de DP. PG,* Cedecs, Barcelona, 1996, pp. 567 y ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. "Reglas especiales para la aplicación de las penas", en: Vives Antón (Coord.). *Comentarios al Código penal*, Vol I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 415 y ss.; COBO DEL ROSAL, Manuel & VIVES ANTÓN, T. S. *DP. PG,* pp. 691 y ss.; CID MOLINE, José. "Notas acerca de las definiciones dogmática del concurso de delitos", en: *ADPCP*, 1994, pp. 29 y ss.; JAKOBS, Günther. *Strafrecht. AT,* 31/1 y ss.; JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General,* Comares, Granada, 1993, pp.66 y ss.

nibles[1159]. Y esta diferencia se traduce en la determinación de la pena aplicable al autor del hecho, pues como regla general el concurso de delitos agrava la reacción penal.

Sin perjuicio de poder aplicarse las limitaciones previstas en los arts. 74°-76° del CP español, el Art. 73° regula la pena del concurso real

---

[1159] Debe advertirse que el legislador peruano del CP ha adoptado ocasionalmente la perturbadora técnica de los delitos cualificados por el resultado, en virtud de la cual se establece una pena "agravada" cuando de la comisión de un delito de peligro se suscitan uno o más resultados lesivos para bienes individuales como la vida o la salud de las personas. Así ocurre p.e. en el delito de exposición a peligro de un incapaz seguido de lesión grave o muerte (Art. 125° pf. 2) o en el ilícito de propagación de enfermedades peligrosas o contagiosas seguido de lesiones graves o muerte (Art. 289° pf. 2). En semejante sentido se expresan, entre otros preceptos, los arts. 128° pf. 2, 275.1 y 3, 280° pf. 2, 286° pf. 2, 287° pf. 2, 305° *in fine* a y b. Esta técnica ha sido objeto de múltiples críticas, principalmente por constituir un rezago de la responsabilidad objetiva, opuesto al principio de culpabilidad. Antes bien, el Código penal 91 pretende decantarse por un sistema de responsabilidad subjetiva (Art. VII) y en la mayoría de supuestos la descripción lesiva se asocia a la fórmula "y el agente pudo prever estos resultados", de lo que suele entenderse que la agravante configura un tipo mixto o preterintencional. No obstante, en otros casos se omite dicha fórmula de modo que la única interpretación posible, dado el sistema de *numerus clausus* en la tipificación de la imprudencia (Art. 12° pf. 2) y la proscripción de la responsabilidad objetiva, es entender que el resultado debe alcanzarse dolosamente. Así sucede p.e. en el tipo agravado de contaminación ambiental (Art. 305°), en el que la cualificación por lesiones graves dolosas (3 a 6 años de privación de libertad) u homicidio doloso (4 a 8 años), curiosamente no agrava la pena del homicidio simple (Art. 106°, 6 a 20 años) o las lesiones graves (Art. 121°, 3 a 8 años), sino que la atenúa. Dada esta disfunción en el sistema de penas, nos atrevimos a defender la tesis del concurso ideal de delitos entre el ilícito de contaminación agravada por resultado de muerte o lesiones graves, y los delitos de homicidio simple o lesiones graves, Vid. CARO CORIA, Carlos. *La protección penal del ambiente*, pp. 307-308. Sin embargo, hoy entendemos que dicha tesis, aunque materialmente permite que la pena refleje todo el disvalor del evento, formalmente se opone al *ne bis in idem*. Con todo, existen muchos casos en que la legislación peruana acertadamente no instrumenta cualificaciones por el resultado, permitiendo el libre juego de las reglas del concurso de delitos o de leyes, de forma tal que el disvalor del suceso quede plenamente abarcado por uno o más injustos punibles.

de delitos en virtud del principio de acumulación, según el cual la pena de cada delito se determina separadamente y luego se suman[1160]. A su vez, estableciendo limitaciones en el pf. 3, el Art. 77.2 sanciona el concurso ideal de delitos de conformidad con el principio de asperación, es decir con la pena del delito más grave, pero agravándola[1161]. En el ordenamiento peruano, el Art. 48° del CP regula el concurso ideal según el principio de absorción pues prevé la imposición de la pena del delito más grave[1162], en cambio el concurso real (Art. 50°) obedece al principio de acumulación jurídica dado que se debe imponer la pena del delito más grave pero agravándola, dentro de los límites previstos en el tipo respectivo, teniendo en cuenta los otros delitos[1163].

En todo caso, para el Derecho penal español y peruano no es superfluo observar la existencia de un concurso de leyes o de normas[1164] pues, conforme con la moderna orientación de la doctrina alemana[1165], el precepto o preceptos desplazados podrán ser tenidos en cuenta, a determinados efectos, en combinación con el precepto preferente, e incluso podrán ser aplicados en defecto de estos últimos[1166].

[1160] MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*, pp. 484-487.

[1161] *Ibid*., p. 483.

[1162] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *CP*, p. 207.

[1163] *Ibid*., p. 213.

[1164] Así también, CUERDA RIEZU, Antonio. "El concurso de delitos en el borrador del APCP90", en: *ADPCP*, 1992, pp. 861-863. En contra SANZ MORÁN, Angel. "El concurso de delitos en la reforma penal", en: *Unidad y pluralidad de delitos*, p. 199.

[1165] STRATENWERTH, Günther. *DP. PG I,* Edersa, Madrid, 1982, Nº 1195 y ss.; JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de DP. PG,* p. 69 I/2.

[1166] MIR PUIG, Santiago. *DP. PG*, pp. 668-669; GARCÍA ALBERO, Ramón. *«Non bis in idem» material y concurso de leyes penales*, Cedecs, Barcelona, 1995, pp. 195-206.

2. La solución del concurso de leyes

La tesis del concurso de leyes es sostenida por un sector de la doctrina, especialmente en el ámbito de los delitos de peligro concreto. Se parte pues de considerar que el disvalor total del hecho, es decir la desvaloración del comportamiento *ex ante* riesgoso y los resultados de riesgo y lesión comprobados *ex post*, son plenamente abarcados por aquellos ilícitos consistentes en la lesión de bienes individuales, de forma que estos subsumen el disvalor que subyace al delito de peligro, lo que explica la mayor pena que generalmente se prevé, p.e., para delitos como el homicidio o lesiones, respecto de los ilícitos contra la salud pública o la seguridad del tráfico. Consecuentemente, no existe un concurso de delitos sino uno de leyes que debe resolverse en concordancia con el principio de subsidiariedad[1167], es decir que se castigará únicamente el delito de lesión[1168].

[1167] El Art. 8° del CP español resuelve los casos de concurso de leyes mediante las reglas de especialidad (1ª), subsidiaridad (2ª), consunción (3ª) y alternatividad (4ª), Vid. MIR PUIG, Santiago. *DP. PG*, pp. 669 y ss. Precisa JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte General,* p. 69II/2, que el principio de subsidiaridad significa que un precepto penal solo deberá aplicarse en el caso de que no intervenga antes otro, pues ambos "protegen el mismo bien jurídico en diferentes fases de ataque" (HONIG). Este principio es directamente aplicable en el sistema penal peruano, dado que el Código penal de 1991 inconvenientemente omite regular el concurso de leyes, a diferencia del Código MAÚRTUA de 1924 que al menos preveía en el Art. 106° la regla de especialidad como principio de solución del llamado "concurso aparente de delitos".

[1168] En igual sentido: GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *El delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, p. 208; SANZ MORÁN, Angel. *El concurso de delitos: aspectos de política legislativa*, p. 124; DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. "Los delitos calificados por el resultado y el Art. 3° del PCP80 (II)", en: *ADPCP*, 1983, p. 107; MIR PUIG, Santiago. *DP. PG.,* p. 671; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios de DP. PG.,* 2ª ed., Akal, Madrid, 1990, p. 276; BLEI, Hermann. *Strafrecht I. AT. Studienbuch.* 18ª ed. de la obra iniciada por Edmund Mezger. C.H. Beck, München, 1983, p. 360; BAUMANN, Jürgen & WEBER, Ulrich. *Strafrecht. AT. Ein Lehrbuch*, p. 664; SCHMIDHÄUSER, Eberhard.

Esta es la aparente solución que el Art. 383° pf. 1 del CP español[1169], heredero de la tradición del Art. 340° bis c) del trCP[1170], prevé para el ámbito de los delitos contra la seguridad del tráfico, pues la ley parece apreciar un concurso de leyes que resuelve según el criterio de subsidiaridad[1171].

Strafrecht. AT, Tübingen; J.C.B. Mohr. 1984, p. 446; JAKOBS, Günther. *Strafrecht. AT,* p. 31/29; JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de DP. PG,* §69II/2b*;* STRATENWERTH, Günther. *DP. PG I,* nº 1191; WESSELS, Johannes. *DP*, *PG,* Depalma, Buenos Aires, 1980, §17V/2. Antes bien, GEERDS, Friedrich. *Zur Lehre von den Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburg, 1961, pp. 165 y ss. y DELGADO GARCÍA, Joaquín. "Los concursos en el Derecho penal", en: *LL*, Vol 1, 1996, p. 1684, estiman que los supuestos de peligro concreto seguido de resultado lesivo deben resolverse mediante el principio de consunción, línea seguida por la STS de 20 de jun. de 1989 al señalar que "la producción de un resultado lesivo propiamente dicho (...), casos de producirse operaría por consunción sobre el delito de peligro". Empero, a nuestro juicio solo el fundamento de la subsidiaridad es capaz de explicar la captación por el tipo de lesión de todo el disvalor del suceso pues, como se verá luego, siempre que se trate del mismo bien jurídico el resultado lesivo prepondera ante el mero peligro. Así también: GARCÍA ALBERO, Ramón. *«Non bis in idem» material y concurso de leyes penales*, p. 357 nota 133; BURGSTALLER, Manfred. "Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht", en: *JB*, 1978, pp. 401 y ss.

[1169] El Art. 383° pf. 1 del CP español establece: "Cuando de los actos sancionados en los arts. 379°, 381° y 382° se ocasionara, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces y Tribunales apreciarán tan solo la infracción más gravemente penada".

[1170] Antes Art. 340° bis a) *in fine*, Vid. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los delitos calificados por el resultado y el art. 3 del PCP80 (II)*, nota 90, p. 107; ESCRIVÁ GREGORI, José Mª. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en DP*, pp. 119 y ss. Comentando el sentido del Art. 340° bis c), BEJAR GARCÍA. "Concurso de leyes en Derecho penal", en: *Unidad y pluralidad de delitos*, p. 19, señala que este constituye un caso de subsidiaridad tácita, pues el delito de peligro concreto es subsidiario respecto al de lesión, salvo que el riesgo creado exceda del resultado dañoso producido.

[1171] No obstante, HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?*, pp. 125, comentando la norma del trCP señala que su fundamento puede ser diverso al de la

Pues bien, contra la pretensión de generalizar esta solución se ha sostenido, correctamente a nuestro juicio, que la relación de subsidiaridad entre los delitos de peligro y los de lesión no puede afirmarse siempre[1172], sino solo en los casos en que el bien o bienes puestos en riesgo sean los mismos que se lesionan, de forma que todo el disvalor del peligro[1173] quede absorbido por la producción del resultado lesivo[1174]. En tal sentido, el resultado de peligro previsto en un tipo penal solo puede

---

subsidiaridad. Por ello CUERDA RIEZU, Antonio. *Concurso de delitos y determinación de la pena*, p. 233, señala con razón que es insostenible la tesis de la subsidiaridad cuando la pena del delito de peligro sea más grave que la del tipo lesivo. También críticamente, GARCÍA ALBERO, Ramón. *«Non bis in idem» material y concurso de leyes penales*, pp. 358-359.

[1172] Como precisa GARCÍA ALBERO, Ramón. *"Non bis in idem" material y concurso de leyes penales*, p. 358, "la mera plasmación expresa en el tipo de un resultado peligroso separado de la acción no habilita necesariamente a considerar un eventual desplazamiento en caso de lesión".

[1173] Partiendo de la identidad de bienes jurídicos y centrándonos en el ámbito del disvalor de acción, se acepta mayoritariamente que el peligro creado por culpa –criminalizable sobre todo en la tutela de bienes colectivos– queda consumido por el delito imprudente de resultado, dado que la inobservancia del cuidado objetivamente debido es el objeto del disvalor de acción que, asociado al disvalor del resultado, integra el delito imprudente, Vid. CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español. Parte General II,* pp. 176-177. Asimismo, es generalizada la concepción de que el dolo de lesión absorbe al mero dolo de peligro, Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 48 y ss., 103.

[1174] PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel & RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *El caso de la colza. Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, pp. 237-238; HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?*, p. 118 nota 20. Refiriéndose a un concurso aparente, actualmente denominado concurso de leyes, BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Los delitos de peligro*, p. 335; ORTEGO COSTALES, José. "Bien jurídico: lesión y peligro", en: *Estudios penales*, Universidad de Salamanca, 1982, p. 434; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública,* p. 355; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios de Derecho penal. Parte General,* p. 276; JESCHECK, Hans Heinrich. *"Die Konkurrenz", e*n: *ZStW*, 1955, p. 535.

ser subsumido por el resultado de lesión tipificado por otro, siempre que ambos delitos protejan el mismo bien jurídico, individual o colectivo. Esto es, cuando el disvalor de resultado de estos ilícitos se erige en función del mismo bien jurídico, pero con una diferencia de grado: peligro y lesión, respectivamente[1175].

En semejante línea de ideas, se ha sostenido que el desplazamiento del tipo de peligro solo puede tener lugar cuando el riesgo y la lesión se refieren a los mismos sujetos[1176] o al mismo objeto material de la acción, y pueda por ello erigirse el peligro como un estadio previo (*Vorstufe*) a la lesión, agotándose toda su potencialidad lesiva en esta última[1177]. En tal orden, se entiende debe excluirse la aplicación del concurso de leyes frente a los delitos de peligro abstracto por no aspi-

---

[1175] CID MOLINE, José. *Notas acerca de las definiciones dogmáticas del concurso de delitos*, p. 46, pone en duda, sin razón a nuestro entender, la claridad del criterio de subsidiaridad, pues comprende que su aplicación resulta dudosa por la discusión dogmática acerca de si lo protegido en los delitos de riesgo son bienes individuales o bienes colectivos. Por contra, consideramos que esa falsa disyuntiva se encuentra actualmente superada tras interpretarse que los tipos de peligro pueden tutelar bienes individualizables, p.e. en los arts. 361° y 381° del CP español que exigen la puesta en riesgo de la vida o la salud de las personas, pero también bienes colectivos como el delito de contaminación ambiental del Art. 325° del CP. En igual sentido Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 299 y ss.

[1176] CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública*, p. 339. Le sigue TERRADILLOS BASOCO, Juan. "El ilícito ecológico. Sanción penal-sanción administrativa", en: *El delito ecológico*, Trotta, Madrid, 1995, p. 97. Para los casos de delitos imprudentes, HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?*, p. 119. Vid. las referencias de CARDENAL MONTRAVENTA, Sergi. "Homicidio intentado y lesiones consumadas en el mismo sujeto pasivo: ¿concurso de leyes o concurso de delitos?", en: *ADPCP*, (1995), pp. 1009 y ss.

[1177] GARCÍA ALBERO, Ramón. «*Non bis in idem*» *material y concurso de leyes penales*, p. 357.

rar directamente a la tutela de bienes individuales[1178], y también ante los delitos de peligro concreto que no sean de naturaleza estrictamente individual[1179]. Frente a estas ideas, consideramos que es más exacta la exigencia de identidad de bien jurídico pues lo relevante es determinar si el disvalor del peligro queda abarcado por el injusto de lesión, para lo cual es insuficiente el dato ontológico de la igualdad de objeto material o de sujetos, requiriéndose un baremo valorativo que lo proporciona la identidad de bien jurídico-penal. De otro lado, como se analizará luego, tampoco existe motivo para excluir a priori el concurso de leyes ante los tipos de peligro abstracto y concreto de naturaleza no individual, dado que si bien estas técnicas se orientan a proteger bienes colectivos, puede ocurrir que la aptitud lesiva, abstracta o concreta, solo opere sobre los mismos bienes efectivamente lesionados, de modo que la desvaloración del riesgo se subsume totalmente en el injusto del tipo lesivo.

No obstante, muchas veces puede suceder lo contrario, es decir que el peligro creado lo sea para un bien jurídico distinto de aquellos que resultan lesionados. De esta forma, y especialmente en la interacción que opera entre los bienes colectivos e individuales, si de la puesta en riesgo de los primeros resulta la lesión de los últimos, ello no significa que dicho riesgo *necesariamente* se haya agotado en la realización de los eventos lesivos contra esos intereses individuales, dado que puede permanecer la amenaza de que se lesionen bienes idénticos pertenecientes a otras personas e incluso otros diferentes a los ya vulnerados.

Así p.e., en los delitos contra la seguridad del tráfico, es común que la puesta en peligro recaiga sobre una pluralidad de bienes jurídicos, como la vida, la salud individual o la propiedad privada, mientras que

---

[1178] GARCÍA ALBERO, Ramón. *«Non bis in idem» material y concurso de leyes penales*, p. 357; JAKOBS, Günther. *Strafrecht. AT,* pp. 31/29; GEERDS, Friedrich. *Zur Lehre von den Konkurrenz im Strafrecht*, p. 213; BURGSTALLER, Manfred. *Die Scheinkonkurrenz*, p. 401; JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte General,* §69II/2b.

[1179] GARCÍA ALBERO, Ramón. "*Non bis in idem*" *material y concurso de leyes penales,* p. 358; BURGSTALLER, Manfred. *Die Scheinkonkurrenz*, p. 401.

luego la lesión solo se produce en uno concreto[1180], p.e., el sujeto que conduce a velocidad excesiva y no respeta las luces rojas finalmente, luego de evitar varias colisiones con otros vehículos, atropella a un peatón causándole lesiones leves. A su vez, en el terreno de la responsabilidad por productos defectuosos, ha sido una constante que el ámbito del peligro logre superar el de las lesiones y muertes efectivamente producidas, por cuanto el riesgo recae sobre todo un colectivo del que solo resultan lesionados algunos de sus miembros[1181]. Así ocurrió en el caso de la colza, donde la STS español de 23 de abril de 1992 hizo referencia a 300 muertos y 15.000 damnificados, sin embargo el riesgo creado para el colectivo indeterminado de consumidores continuó realizándose, tanto que a principios de 1995 los medios de comunicación cifraron las pérdidas humanas en 700 muertos y 20.000 damnificados[1182].

Por cierto, si se sostiene, como aquí, que los bienes colectivos deben guardar autonomía en relación con los individuales, sin perjuicio de la necesaria relación de complementariedad entre ambos, entonces debe entenderse que en los delitos de riesgo que afectan a un bien jurídico colectivo aunque existe una finalidad de protección adelantada de los intereses de una pluralidad indeterminada de personas, dicha finalidad no se agota en el mero interés individual. En ese orden de ideas, la *ratio* de la protección del bien colectivo no se limita a la evitación de riesgos o lesiones para determinados bienes individuales, pues aunque tales lesiones se realicen subsiste, gracias al bien colectivo, la desvaloración del peligro, abstracto o concreto, al que fueron sometidos los bienes indi-

---

[1180] CRAMER, Peter, en: Schönke, Adolf, Horst Schröeder. *StGB. Kommentar*, 22ª ed., § 315 b), nº 16 y § 315 c), nº 45, C.H. Beck, München, 1985; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la conducción suicida*, p. 175 nota 67.

[1181] PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel & RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *El caso de la colza. Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, p. 238.

[1182] HASSEMER, Winfried & MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, nota 1, pp. 49-50.

viduales no lesionados. Y dicha desvaloración no puede ser subsumida en el injusto de los tipos de lesión, limitados a una protección de orden microsocial. Por lo tanto, la lesión particularizada de alguno de esos bienes jurídicos individuales amenazados no supone simplemente –como en los delitos de peligro individual– una progresión en la línea de ataque al bien jurídico y, en cuanto tal, un injusto más grave, sino distinto porque junto a la lesión inferida a esa víctima concreta hay que valorar la de la indemnidad de aquellas otras víctimas potenciales que podrían ser o han sido amenazadas por la conducta peligrosa del autor realizada contra el bien jurídico colectivo[1183].

Distinta sería la solución de apostarse por un entendimiento de los bienes jurídicos colectivos en el sentido que sostienen HASSEMER, PADOVANI y TERRADILLOS BASOCO[1184]. En efecto, señalar que tales bienes carecen de autonomía, equivaldría a erigir la prohibición penal en función de la lesión o puesta en riesgo de los bienes jurídicos individuales. Esa era, p.e., la técnica legislativa instrumentada, en el seno del trCP, para la criminalización del delito de contaminación ambiental prevista en el Art. 347° bis, pues se exigía para la tipicidad que se "ponga en peligro grave la salud de las personas", lo que fue interpretado como la puesta en riesgo abstracto-concreto, o la creación de un riesgo hipotético para la salud individual de las personas[1185]. Bajo esta comprensión, sería inevitable identificar los delitos que afectan al bien colectivo con la puesta en peligro de bienes individuales, lo que no solo hace innecesario pensar en una dogmática de los bienes colectivos al carecer estos de un injusto propio, sino que además determinaría, en caso de resul-

---

[1183] MAQUEDA ABREÚ, Mª Luisa. *La idea de peligro en el moderno DP*, p. 497.

[1184] Así p.e. HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?*, p. 118, resuelve como concurso de leyes los supuestos en que, sin más, un bien jurídico es instrumental de otro.

[1185] DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, nota 293, p. 111.

tado lesivo, que dicho peligro quede completamente absorbido por la lesión, operando por ende un mero concurso de leyes o de normas. De tal modo, la sola sanción como delito de resultado lesivo solo puede obedecer a la falta de concienciación sobre la autonomía de los bienes jurídicos colectivos[1186].

Por estas razones no puede establecerse como regla general que todo el disvalor del delito de peligro es siempre absorbido por el injusto del delito de lesión. Cuando así fuere bastará sin duda con aplicar las reglas de concurso de leyes, es decir el criterio general de subsidiaridad. No obstante, son también imaginables muchos casos en los que el disvalor del delito de peligro supera ampliamente al disvalor del delito de lesión, de modo que se generan injustos con perfiles distintos e inabarcables por uno solo de ellos[1187], por lo que inevitablemente deberá instrumentarse la solución del concurso de delitos a fin de que todo el disvalor quede reflejado en la sanción penal y sin que por ello se vulnere el *ne bis in idem*, pues cada delito concurrente fundamenta su injusto en un distinto disvalor[1188].

[1186] Similar, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública*, p. 356.

[1187] DOVAL PAIS, Antonio. *Delitos de fraude alimentario*, p. 366.

[1188] A favor de esta solución se pronuncia la doctrina que podría considerarse dominante en esta materia, Vid. entre otros, MAQUEDA ABREU, Mª Luisa. *La idea de peligro en el moderno DP*, p. 497; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública*, pp. 336 nota 21, 338-339, 355 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, p. 105; GRACIA MARTÍN, Luis & DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 100; GARCÍA ALBERO, Ramón. «*Non bis in idem*» *material y concurso de leyes penales*, p. 358; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *DP de la circulación*, 2ª ed., PPU, Barcelona, 1990, p. 243; ÍDEM. "Conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas: concurso con el delito imprudente y posible degradación como imprudencia por culpa concurrente. (Comentario a la STS de 25-10-1988)", en: *PJ*, 1991, p. 150; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Consideraciones dogmáticas y de política*

En algunos casos, la ley penal podría corroborar esta conclusión. Así, bajo el impero del trCP, la perturbadora regla del Art. 348°[1189] servía para rechazar el argumento del concurso de leyes, pues se interpretó que su tipificación ponía de relieve no solo que el disvalor del delito de peligro no quedaba absorbido por la producción de resultados lesivos, sino que la producción de la muerte a consecuencia de la realización del tipo de peligro daba lugar a una pena agravada respecto de la que resultaría de la aplicación del régimen concursal normal[1190]. Algo similar ocurría con la regla del Art. 89° de la Ley de Energía Nuclear 25/1964

---

legislativa sobre el fenómeno de la conducción suicida, nota 67, p. 175; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de DP*. 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 310; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel & RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *El caso de la colza. Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, pp. 237-238; VARGAS, Bartolomé. "Homicidios frustrados o en tentativa con dolo eventual: el supuesto de los conductores suicidas", en: *PJ*, Nº 14,1989, pp. 59 y ss.; PÉREZ ALVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumidor*, p. 221; JAKOBS, Günther. *Strafrecht. AT,* p. 31/29; MAYER, Max Ernst. *Deutsches Strafrecht. AT,* Lehrbuch, Carl Winters, Heidelberg, 1915, p. 504; MEZGER, Edmund. *Tratado de DP*. T II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, p. 369; WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., W. de Gruyter, Berlin, 1969, p. 235; CRAMER, Peter. En: Schönke, Adolf, Horst Schröeder. *StGB. Kommentar*. 24ª ed., nº 129, C.H. Beck, München, 1991, antes de los §§ 53 y ss.; ARZT, Günther, & WEBER, Ulrich. *Strafrecht. BT. LH2. Delikte gegen die Personem (Randbereich), Schwerpunkt: Gefährdungsdelikte,* Bielefeld; Gieseking 1983, p. 40 y ss.; DREHER, Eduard & TRÖNDLE, Herbert. *StGB und Nebengesetze*, 46ª ed., nº 19, C.H. Beck'sche, München, 1993, antes de § 52; LACKNER, Karl. *StGB mit Erläuterungen*, 20ª ed., nº 33, Beck, München, 1993, antes del § 52; JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de DP. PG*, §69II/2b.

[1189] Art. 348° del trCP: "Siempre que por consecuencia de cualquiera de los hechos comprendidos en los arts. anteriores (*delitos contra la salud pública y el medio ambiente*) resultara muerte, incurrirá el culpable en la pena de reclusión menor, además de las penas pecuniarias establecidas en los respectivos casos", cursiva y paréntesis fuera de texto.

[1190] PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel & RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *El caso de la colza. Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, p. 238.

de 24 de enero, que imponía la solución del concurso ideal ante la producción de resultados de muerte, lesiones o daños[1191]. Por contra, otras veces la ley cierra la opción de aplicar las reglas del concurso de delitos, como sucede en el ejemplo de los delitos contra la seguridad del tráfico y el Art. 383° pf. 1 del CP español.

Lo contrario, o sea sancionar estos supuestos únicamente con la pena conminada para el delito de lesión de bienes individuales[1192], supondría castigar como iguales supuestos distintos, atentándose contra el principio de igualdad por no tenerse en cuenta que, junto a la lesión de tales bienes, coexiste la puesta en riesgo de un bien colectivo. A su vez, el desconocimiento del contenido de injusto distinto de estos comportamientos debe deleznarse también por razones político criminales, pues la no sanción de dicho riesgo contradice la misión preventiva del DP, pues siempre habrá que esperar a la producción de catástrofes como el caso del aceite de colza para aplicar una pena que, en tal situación, solo puede aspirar a la mera retribución por el hecho, lo que conculca el principio de culpabilidad. Lejos de ello, el castigo autónomo del delito del peligro revaloriza la función preventiva y se adecua al sentido del principio de culpabilidad. Adicionalmente, la agravación de la pena como producto de la aplicación de las reglas del concurso de delitos, deja sin justificación la presencia legislativa de los delitos cualificados por el resultado[1193].

[1191] DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. *Respuesta penal al peligro nuclear*, pp. 303 y ss.

[1192] En adelante, Vid. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública*, pp. 356-357.

[1193] HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?*, pp. 121-122, señala que la solución del concurso de delitos permite excluir otras técnicas, entre las que cuentan las fórmulas cualificadas por el resultado, p.e., la del Art. 348° del trCP antes mencionada.

3. Los casos de peligro "cerrado"

Planteado este panorama, el paso siguiente consiste en diferenciar los casos en que, pese a tratarse de bienes jurídicos distintos, el disvalor del delito de peligro queda abarcado por la desvaloración atribuible al delito de lesión. Dicho de otro modo, se trata de determinar los supuestos donde la puesta en peligro de un bien colectivo queda subsumida por los delitos de lesión que protegen bienes individuales, de modo que el hecho deba sancionarse de acuerdo con las reglas del concurso de leyes, es decir en virtud del principio de subsidiaridad. Sobre el particular, es posible concluir que ello es así cuando, dada la comisión de un delito de peligro contra un bien colectivo, el riesgo no tiene carácter general sino que se encuentra individualizado, de modo que al concretarse el único resultado lesivo posible[1194], no subsiste el riesgo de que pueda lesionarse otros bienes jurídicos, por lo que el disvalor del resultado de lesión consume ya el de la puesta en riesgo[1195].

Estos supuestos pueden denominarse de "*riesgo cerrado*", en contraposición a los casos en los que el peligro permanece "*abierto*", es decir cuando pese a operar la lesión, la posibilidad de afección de otros bienes no desaparece[1196]. Ahora bien, para que el peligro quede consumido por la lesión, es preciso que este quede "cerrado", pues por definición no habrá existido un peligro de carácter *general*, es decir de ámbito plural

---

[1194] En general, siempre que el peligro, desde una consideración *ex ante*, pueda realizarse solo en resultados lesivos determinados, es decir uno o más de uno, pero siempre que anteladamente pueda conocerse y dominarse el como y el cuanto de tales resultados.

[1195] STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal. Parte General I,* nº 1191-1192; JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte General,* § 69II/2b; MAQUEDA ABREU, Mª Luisa. *La idea de peligro en el moderno DP*, p. 497; MATEOS RODRÍGUEZ ARIAS, Antonio. *DP y protección del medio ambiente*, p. 285; GARCÍA ALBERO, Ramón. *«Non bis in idem» material y concurso de leyes penales*, p. 359; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. "Los delitos de incendio en el nuevo CP", en: *AP*. Vol 2. (1996) p. 837.

[1196] DOVAL PAIS, Antonio. *Delitos de fraude alimentario*, p. 367.

e indeterminado, sino de la clase *especial*[1197]. Así ocurre precisamente en los llamados delitos de *peligro general individual*, que se caracterizan porque el riesgo existe para una pluralidad indeterminada de personas pero solo una de ellas podría ser lesionada, de forma tal que el peligro queda cerrado con el ocasionamiento de la única lesión posible.

Ello ocurre p.e. si el cocinero dolosamente añade un ingrediente nocivo solo a uno de los platos destinados a los clientes del restaurante, poniendo en peligro a cada uno de ellos, aunque solo un comensal puede resultar dañado luego de la ingestión, lo que efectivamente ocurre al producirse una muerte. En el ejemplo, si bien es cierto que el riesgo afecta a la totalidad de clientes y por ende sería aplicable el tipo del Art. 288° del CP91 de Perú o el Art. 363.2 del CP español (venta de comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud), no puede obviarse el dato de que la potencialidad del peligro es graduada o dominada por el autor. La aptitud lesiva solo podía realizarse en un único resultado de muerte dolosa, de modo que solo podría apreciarse un homicidio simple en el sentido del Art. 106° del CP peruano o del Art. 138° del CP de España. En tal sentido, todo el disvalor, de acción y de resultado, del peligro queda abarcado por el disvalor inherente al tipo de lesión para la vida humana. De este modo, el cocinero no merece un trato distinto al del individuo que dispara sobre una multitud con el fin de matar indistintamente a cualquier persona, pues el hecho de que el peligro se realice aleatoriamente en la muerte del sujeto "x" del universo "U"[1198], no varía para nada la circunstancia objetiva de que este riesgo es inidóneo para lesionar a un número indeterminado de víctimas. Por estas consideraciones, debe descartarse la solución del concurso de delitos, pues solo se ha configurado un concurso de leyes entre los tipos de peligro y de lesión, predominando, por subsidiaridad, la aplicación del último al abarcar el disvalor total del hecho.

[1197] Vid. en adelante, *Ibid*., pp. 318-326, 367-369.

[1198] Debe tenerse en cuenta que la norma primaria subyacente al tipo de homicidio tiene por objeto determinar o evitar la lesión del bien jurídico vida «en abstracto», es decir de cualquier persona en cualquier circunstancia, aún si es aleatoria o cierta.

La misma solución merecen los casos de *peligro especial individual*, es decir aquellos en los que existe peligro para una pluralidad de personas seleccionadas o determinadas por el autor, de las que solamente puede ser lesionado un sujeto indeterminado. En estos supuestos, dado que el peligro queda "cerrado", este es absorbido o subsumido por el resultado lesivo, razón por la cual no es posible argumentar un concurso de delitos sino un mero concurso de leyes o normas[1199].

Así sucede, p.e., cuando el empleador por falta de dinero omite dotar de los implementos necesarios para la seguridad del trabajador que ocupará el puesto de limpiaventanas de altura (Art. 316° CP español), lo que ocasiona que el sujeto posteriormente asignado a dicha labor sufra lesiones irreversibles. En tal supuesto, existe una pluralidad determinada de personas (solo los trabajadores de la empresa) que pudo verse sometida al riesgo creado por el empleador, pero solo quien fue seleccionado para la labor padeció el único riesgo y el único resultado lesivo posible, mientras que los demás se mantuvieron indemnes. Como en el ejemplo anterior, no es posible sancionar aquí más allá de aquello que pudo dar lugar al único daño, dado que pretender criminalizar la puesta en riesgo de una pluralidad de personas de la que solo una pudo ser lesionada, sería intentar fundamentar el injusto del delito de peligro en la mera intranquilidad de otros bienes que, en ningún caso, pudieron resultar lesionados[1200].

4. Los casos de peligro especial colectivo

Un caso especial es el de los delitos de *peligro especial colectivo*, en los que se amenaza a una pluralidad determinada de personas de la que varias o todas son susceptibles de lesión, p.e., el caso del pirómano que conociendo de la existencia de personas en el interior de un edificio, lo incendia (Art. 351° del CP español). Aquí, la lesión opera sobre todas las

---

[1199] Cercano, HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?*, p. 138.

[1200] DOVAL PAIS, Antonio. *Delitos de fraude alimentario*, p. 324.

personas puestas en riesgo, entonces el peligro queda "cerrado", de forma que ni siquiera debería plantearse un concurso de leyes sino que directamente se aplicaría el delito de lesión[1201]. No obstante, puede suceder que de las personas escogidas por el autor para poner en peligro, solo algunas resulten lesionadas, de modo que el riesgo quedaría "abierto" y por ende habría de resolver el caso, en principio, mediante las reglas del concurso ideal de delitos: delito de peligro y delito de lesión de bienes individuales[1202].

Empero, esta última solución no sería adecuada, pues a pesar de ser "abierto" no nos hallamos ante un peligro general, sino especial dado que el autor ha seleccionado a los sujetos a poner en riesgo, por lo que pudo prever la puesta en riesgo de los bienes individuales de esa pluralidad determinada de personas. Por ello, cabe resolver el supuesto sancionándolo como delito consumado –homicidio, lesiones, daños– respecto de los bienes individuales lesionados, en concurso ideal con el delito en grado de tentativa respecto de los bienes individuales puestos en riesgo a través del peligro que quedó "abierto"[1203].

5. Los casos de peligro "abierto"

Decantados los anteriores supuestos de peligro "cerrado", es posible identificar ahora el grupo de casos en los que el riesgo, pese a realizarse en un resultado lesivo, permanece aún "abierto", de modo que su desvaloración no puede ser abarcada por el injusto del tipo de lesión. Se trata de los llamados delitos de *peligro general colectivo*, en los cuales el riesgo amenaza a una pluralidad indeterminada de personas, de la que

---

[1201] Así, en el ámbito del delito de incendios, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte Especial,* 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 537.

[1202] Favorable a tal solución, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte Especial,* p. 537; MAQUEDA ABREU, Mª Luisa. "La idea de peligro en el moderno Derecho penal", nota 72, p. 498.

[1203] Similar, HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?,* p. 119.

un número también indeterminado de ellas es susceptible de lesión. A este grupo pertenecen los hechos que motivaron jurisprudencias famosas como las sentencias de la colza, *Holzschutzmittel* y *Lederspray*, pues al margen de las lesiones o muertes que se atribuyeron al consumo de productos defectuosos[1204], no cabe duda que el resto de personas que utilizaron el producto sin sufrir daños para su vida o salud, estuvieron sometidas a ese riesgo general colectivo. Y evidentemente, dicho riesgo masivo desborda ampliamente el injusto de las lesiones individuales u homicidio, que tutelan más bien relaciones microsociales, razón por la cual la única forma de que el disvalor total del suceso quede reflejado en la pena a imponerse, en el llamado "marco penal concreto"[1205], es aplicando las reglas del concurso de delitos[1206].

A nuestro juicio, la solución del concurso de delitos debe operar indistintamente de si el peligro exigido por el tipo es abstracto o concreto[1207]. En los primeros, según las actuales orientaciones que reivindican para este un "disvalor potencial de resultado" y por ende una "lesividad posible", la base mínima para la tipicidad está constituida por la realiza-

---

[1204] En general, solo mediante leyes fenoménicas probabilísticas, lo que dio lugar en cada momento a un intenso debate pericial sobre las posibles secuelas del consumo del producto en cuestión, Vid. HASSEMER, Winfried & MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto*, pp. 87 y ss., 140 y ss.

[1205] DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*, p. 53.

[1206] CORCOY. *Resultados de muerte*, p. 339; MAQUEDA ABREU, Mª Luisa. *La idea de peligro en el moderno DP*, p. 497; HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?*, p. 138; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de DP*, p. 138; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *El ilícito ecológico. Sanción penal-sanción administrativa*, p. 97; BELTRÁN BALLESTER, Enrique. "El delito ecológico", en: *PJ*. Nº especial IV, 1988, p. 106; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio. *DP y protección del medio ambiente*, p. 285; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. *Los delitos de incendio*, p. 837.

[1207] MAQUEDA ABREU, Mª Luisa. *La idea de peligro en el moderno DP*, p. 497.

ción de un comportamiento *ex ante* peligroso, de manera que si *ex post* sobreviene un resultado de peligro concreto o de lesión en este caso, ello no impide afirmar que se ha consumado el delito abstracto de peligro y desvalorarlo independientemente pero a la vez en conjunto con el resultado lesivo a través de las reglas del concurso de delitos[1208]. Lo mismo sucede con los delitos de peligro concreto, en los que la lesión constituye la realización de ese peligro real susceptible también de una desvaloración independiente.

Ahora bien, aún queda por determinar si nos hallamos ante un concurso ideal o real de delitos. En tal sentido, la alternativa del concurso ideal es sostenida actualmente por la doctrina mayoritaria[1209], pero a nuestro juicio no parece tan evidente que todos estos supuestos obedezcan al esquema de la unidad de acción y pluralidad de resultados –de peligro y lesión–, sobre el que descansa la lógica del concurso ideal[1210]. Efectivamente, consideramos que en determinados casos la realización del tipo por imprudencia consciente o inconsciente puede tener relevancia en la decisión a favor del concurso ideal o real[1211].

[1208] En opinión de JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de DP. PG,* §69II/2b, los delitos de peligro abstracto, bajo la perspectiva del hecho previo, nunca será subsidiario frente al delito de lesión, pues conserva relevancia propia atendiendo a su dirección de ataque contra la colectividad. Así también JAKOBS, Günther. *Strafrecht. AT*, 31/29; MIR PUIG, Santiago. *DP. PG,* p. 671; GARCÍA ALBERO, Ramón. «*Non bis in idem*» *material y concurso de leyes penales*, pp. 358-359.

[1209] En esa orientación, p.e., Vid. MAQUEDA ABREU, Mª Luisa. *La idea de peligro en el moderno Derecho penal*. p. 497.

[1210] SANZ MORÁN, Angel. *El concurso de delitos: aspectos de política legislativa*, pp. 143 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, Mercedes. *DP. PG,* pp. 480-484; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Curso de DP. PG,* pp. 573-574; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Reglas especiales para la aplicación de las penas*, pp. 438 y ss.

[1211] CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública*, p. 357. Con todo, un sector defiende la existencia de una parte subjetiva del tipo de concurso de delitos, así MIR PUIG, Santiago. "Sobre el tipo subjetivo del concurso de delitos", en: *ADPCP*, 1987, p. 208.

Así, p.e., en el ámbito del delito alimentario nocivo, si al adulterar un producto destinado al comercio alimentario (Art. 364.1 CP español[1212]), el autor advierte el posible peligro que crea con su comportamiento (culpa conciente), pese a lo cual procede a la venta del producto, conociendo por ende del riesgo que origina para la vida o la salud de los consumidores, existe entonces tanto una doble y distinta infracción del deber objetivo de cuidado, como también una doble infracción real y no ideal del deber subjetivo de cuidado y, en consecuencia, dos hechos típicos y no uno solo, configurándose un concurso real. Un tratamiento distinto merecería el mismo sujeto si realiza los dos comportamientos –adulteración y venta– con imprudencia inconciente, dado que es común a ambos la infracción del deber subjetivo de cuidado, por lo que la solución adecuada será la del concurso ideal.

Siempre que el peligro quede "abierto", en los casos con pluralidad de resultados lesivos, con mayor razón que en los eventos con lesión única o determinada, debe afirmarse la tesis del concurso de delitos y no de leyes, dado que el peligro creado por la conducta tampoco se agota con la realización de todos los resultados lesivos, sino que permanece respecto de los bienes no destruidos o menoscabados. No obstante, queda también por decidir si en tales casos debe apreciarse un concurso de delitos real[1213]

[1212] Las conductas alternativamente incriminadas en este tipo del CP español, tienen su correlato en los arts. 286°, 287° y 288° del CP de Perú.

[1213] Es favorable a esta alternativa MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General,* pp. 661-662; ÍDEM. "El delito de coacciones en el Código penal español", en: *Revista Jurídica de Cataluña*, 1977, pp. 811-812, para quien en los casos de concurso homogéneo "no concurre un solo hecho, sino tantos hechos como resultados dolosamente producidos". En similar perspectiva SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la conducción suicida*, p. 160 nota 23; COBO DEL ROSAL, Manuel & VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho penal. Parte General,* p. 699. Vid. los comentarios de JOSHI JUBERT, Ujala. "Unidad de hecho y concurso medial de delitos", en: *ADPCP*, 1992, p. 626. En Alemania, el § 52 del StGB, que regula los supuestos de concurso ideal incorpora expresamente el concurso homogéneo y heterogéneo, lo que reconoce la doctrina mayoritaria, Vid. JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte General,* §67II/1.

o ideal[1214]. También la evaluación del elemento típico subjetivo puede influenciar la calificación del suceso, pues además de los criterios clásicos que diferencian el concurso real e ideal, el dato de hallarse o no frente a una conducta realizada con imprudencia conciente o inconciente puede condicionar la solución[1215].

Así, en casos de culpa consciente, la alternativa del concurso real es la más adecuada, sobre todo en supuestos como el de la adulteración de alimentos (Art. 364.1 del CP español) en el que su venta, previendo la nocividad, no se realiza en un único momento, sino en varios que crean peligros independientes de efectiva lesión para el consumidor. Lo contrario ocurre en los supuestos de imprudencia inconsciente, aquí el fundamento de la infracción del deber subjetivo de cuidado es único, lo que hace más adecuado su tratamiento como concurso ideal de delitos.

6. Síntesis

Como resumen de lo expuesto en esta parte, debe resaltarse que la decisión a favor de una u otra modalidad concursal en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo, en general depende de que se hayan lesionado o no distintos bienes jurídicos y de que el disvalor de una de las infracciones aprehenda o no todo el disvalor de los hechos concurrentes. En tal sentido, existe concurso de leyes cuando el peligro y la lesión operan sobre el mismo bien jurídico. Asimismo, pese a que los bienes sean distintos, si el riesgo queda "cerrado" tras la lesión, como sucede en los supuestos de peligro general individual y peligro especial individual, se configura también un mero concurso de leyes dado que el disvalor del delito del peligro queda absorbido por el disvalor subyacente al delito de lesión. En los casos de peligro especial colectivo, si el

[1214] En ese sentido, SANZ MORÁN, Angel. *El concurso de delitos: aspectos de política legislativa*, pp. 140, 147 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel & RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *El caso de la colza. Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, p. 240.

[1215] CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública,* p. 358.

peligro queda "abierto", entonces opera un concurso ideal entre los delitos de lesión que afectan bienes individuales, y los delitos en grado de tentativa respecto de los otros bienes individuales puestos en riesgo por ese peligro "abierto". A su vez, en los delitos de peligro general colectivo la solución adecuada es la del concurso de delitos, que si bien en muchos supuestos puede ser ideal, cuando el autor realice el peligro con culpa consciente, la alternativa más adecuada es la del concurso real de delitos. Finalmente, los supuestos con pluralidad de resultados lesivos deben resolverse en general como concurso ideal de delitos, mientras que los casos de culpa conciente merecen el tratamiento del concurso real.

Capítulo XI
"Sociedades de riesgo", bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo

I. GRUPO DE CASOS.

§ 1. Caso de la talidomida o *Contergan*. Entre fines de los años 50 y los primeros de los 60, como posible consecuencia del consumo del tranquilizante denominado *Contergan* en Alemania, cuyo compuesto principal era la talidomida y se recomendaba para mujeres gestantes, se produjeron más de 10.000 casos de abortos y graves daños en los sistemas óseos de los recién nacidos, que morían al poco tiempo o sobrevivían con serias malformaciones, focomelias o extremidades en forma de foca, y lesiones irreversibles[1216].

Caso Erdal o *Lederspray*. Durante más de veinte años se comercializó en el mercado alemán, sin queja alguna, unos *sprays* (*Ledersprays*) para la conservación del cuero de zapatos y ropa. No obstante, al finalizar el otoño de 1980 la empresa productora recibió reclamaciones relativas a la producción de daños en la salud de personas que usaron el producto correctamente, tales como dificultades respiratorias, náuseas, escalofríos o fiebre, detectándose en la generalidad de casos un edema pulmonar.

[1216] LGSt de Aechen, de 18 de diciembre de 1970, en: *JZ*. (1971) pp. 507 y ss.; KAUFMANN, Armin. "Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan", en: *NPP*. Nº 1, 1973, pp. 7 y ss.; MAIWALD, Manfred. *Kausalität und Strafrecht*, Göttingen, 1980, passim; GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. C*ausalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 123 y ss.

Hasta 1986 se suscitaron muchos resultados similares[1217]. Caso *Holzschutzmittel*. Desde los años 50 la empresa *D. Chemie GmbH* fabricaba productos protectores de madera (*Holzschutzmittel*); y, aunque pudo evadir dos denuncias por supuestas lesiones interpuestas en 1956 y 1963, no es hasta la década de los 70 en que se generalizó en Alemania el consumo de estos productos, razón por la cual la empresa D comercializó el protector "*Xyladecor 200*" que, entre sus componentes, contenía la sustancia PCP y Lindano, y establecía hasta 1979 la indicación "*apropiado para usos interiores*", pese a que ningún estudio científico avalaba su inocuidad en tales circunstancias. No obstante, innumerables investigaciones concluyeron que el uso normal del producto, en interiores, debido a los componentes PCP y Lindano serían los causantes de al menos una muerte ocurrida en agosto de 1977, y de las lesiones padecidas por innumerables consumidores, tales como daños en la piel y mucosidades[1218].

[1217] BGHSt 37, 106, en: *JZ*, 1992, pp. 253 y ss.; *LGSt de Mainz*, pp. 163 y ss.; BEULKE, Werner/BACHMANN, Gregor. "Die 'Lederspray-Entscheidung' -BGHSt 37, 106", en: *JuS*, 1992, pp. 737 y ss.; SCHMIDT-SALZER, Joachim. "Strafrechtliche Produktverantwortung. Das Lederspray-Urteil des BGH", en: *NJW*, 1990, pp. 2966 y ss.; KUHLEN, Lothar. "Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitssgefahrdender Produkte". en: *NStZ*, 1990, pp. 566 y ss.; MEIER, Bernd-Dieter. "Verbraucherschutz durch Strafrecht? Überlegungen zur strafrechtlichen Produkhaftung nach der 'Lederspray'-Entscheidung des BGH", en: *NJW*, 1992, pp. 3193 y ss.; HASSEMER, Winfried. "Strafrechtliche Produkthaftung", en: *JuS*, 1991, pp. 253 y ss.; SCHUMANN, Heribert. "Responsabilidad individual en la gestión de empresas. Observaciones sobre la 'Sentencia Erdal' del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH)", en: *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 199 y ss.

[1218] BGHSt, de 2 de agosto de 1995, en: *NJW*, 1995, pp. 2930 y ss.=en: NStZ. (1995) pp. 590ss.=en: *wistra*. (1995), pp. 303 y ss.; LGSt de Frankfurt am Main, de 25 de mayo de 1993; PUPPE, Ingeborg. "Zur Körperverletzung durch Vertrieb von Holzschutzmitteln", en: *JZ*, 1996, pp. 315 y ss.; IÑIGO CORROZA, Elena. "El caso del 'producto protector de la madera' (Holzschutzmittel). Síntesis y breve comentario de la BGHSt", en: *AP*, Vol 1, 1997, pp. 439 y ss.

Caso del aceite de colza. En mayo de 1981 se descubrió una epidemia inicialmente localizada en Torrejón de Ardoz y Madrid, de la que luego se conoció su extensión a otras zonas de España. Las lesiones correspondieron a una neumonía intersticial. Tras barajarse varias hipótesis sobre el origen de estos hechos, cobró fuerza su atribución al consumo de aceite de colza desnaturalizado con anilina al 2%, el cual era importado principalmente de Francia para actividades industriales de modo que, para asegurarse el no desvío para el consumo de boca, las autoridades administrativas ordenaban desnaturalizar los caracteres organolépticos del aceite mediante, entre otros productos, anilina al 2%. Pese a ello, a través de una compleja red de intervenciones individuales y de empresas, como RAPSA y RAELCA, dicho aceite desnaturalizado fue "refinado" y distribuido, mayoritariamente por vendedores ambulantes, en muchas regiones de España, lo que habría dado lugar a no menos de 330 muertes y 15.000 afectados[1219].

[1219] SAP de 24 de mayo de 1989, en: *AP*, Nº 495, 1989; STS de 23 de abril de 1992, en: *A 6783*; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel & RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. "Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del 'caso de la colza' (Primera Parte)", en: *Responsabilidad penal de las empresas*, pp. 263 y ss. En la misma publicación, PAREDES CASTAÑÓN. "Problema de la responsabilidad penal en supuestos de comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del "caso de la colza". (Segunda Parte)", pp. 289 y ss.; ÍDEM. "Límites de la responsabilidad penal individual en supuestos de comercialización de productos defectuosos: algunas observaciones acerca del 'caso de la colza'", en: *PJ*, Nº 33,1994, pp. 421 y ss.; MAQUEDA ABREU, María Luisa. "La relación 'Dolo de peligro'-'Dolo (eventual) de lesión'. A propósito de la STS de 23 de abril de 1992 'sobre el aceite de colza'", en: *ADPCP*, 1995, pp. 419 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco/ HASSEMER, Winfried. *La responsabilidad por el producto en DP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 49 y ss.; PUPPE, Ingeborg. "Vertrieb von vergiftetem Speiseöl in Spanien", en: *NStZ*, 1994, pp. 37 y ss.

II. "Sociedades de riesgo" y moderno Derecho penal

§ 2. Hechos paradigmáticos como las anteriormente descritos[1220] y múltiples estudios científicos[1221], son suficientemente representativos de lo que actualmente ha venido a denominarse "sociedades de riesgo"[1222], es decir aquellas donde la realidad inevitablemente se percibe y estructura a nivel cognitivo como una constante tensión o controversia entre seguridad y riesgo[1223], como se evidencia p.e. en sectores como el uso de la energía nuclear, la utilización del ambiente natural, la seguridad del tráfico, la salud pública o la seguridad en el trabajo. En tales ámbitos, los componentes de la tecnósfera, en su dinámica e interacción, conforman innumerables fuentes de riesgo y determinan que bienes individuales como la vida o la salud de las personas y su patrimonio

---

[1220] A los que puede sumarse la "experiencia general" derivada de otros innumerables eventos lesivos, como los desastres de Seveso, Chernobyl, los Alfaques y San Juan, Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco/ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ GARCÍA ARÁN, Mercedes. *La reforma penal de 1989*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 62-63.

[1221] BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt, 1986, passim.

[1222] Sostiene BECK, Ulrich. Op. Cit., passim, que las sociedades capitalistas desarrolladas se configuran cada vez más como verdaderas "sociedades de riesgo", pues las implicaciones negativas del desarrollo tecnológico y del sistema de producción y consumo cobran entidad propia y amenazan de forma masiva a los ciudadanos. Sobre la repercusión penal de esta verificación, Vid. PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Vittorio Klostermann, Frankfurt, 1993, passim; HERZOG, Felix. *Gesellschaftliche Unsicherheit uns strafrechtliche Daseinvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*. R.V. Decker's, Heidelberg, 1991, passim; ÍDEM. "Límites al control penal de los riesgos sociales. (Una perspectiva crítica ante el DP en peligro)", en: *ADPCP*, 1993, pp. 318-319; SCHÜNEMANN, Bernd. "Las reglas de la técnica en DP", en: *ADPCP*, 1994, pp. 307 y ss.

[1223] LAU, Christoph. "Risikodiskurse. Gesellschaftliche Auseinandersetzungen um die Definition von Risiken", en: *Sociale Welt*, 1989, p. 418; HERZOG, Felix. "Límites al control penal", p. 318.

se encuentren permanentemente sometidos al peligro de ser lesionados. Pues bien, esta constatación ha logrado dos sensibles repercusiones en la ciencia del DP. En primer término, la creciente concienciación que dentro del DP "clásico"[1224] no pueden encontrarse las barreras apropiadas para enfrentar los nuevos modos de amenaza originadas por la civilización técnica[1225].

Ciertamente, el modelo penal liberal, en orden a privilegiar la esfera de la libertad, fue articulado, principalmente, como instrumento de protección de los llamados bienes jurídicos individuales[1226], para lo cual cimentó una dogmática funcional a dicha tutela y obediente de los principios de legalidad, lesividad y causalidad. De este modo, el DP clásico de protección de bienes jurídicos, se concentra en una relación individualizable entre autor y víctima, pues sus criterios de atribución, que actualmente proporcionan seguridad jurídica, se han desarrollado sobre tal fundamento y para esa función[1227]. En tal orden la inidoneidad de los tradicionales instrumentos y categorías jurídicas, obedece a que se sustentan en la ignorancia de datos fundamentales sobre esos «nuevos riesgos» que se desea controlar[1228], tales como: la imposibilidad de prever y dominar, espacio-temporalmente, las consecuencias de la técnica[1229]; la llamada «explosión de ignorancia» originada por

---

[1224] HASSEMER, Winfried. "Crisis y características del moderno DP", en: *ADPCP*, 1993, pp. 636-637.

[1225] HEINE, Günther. "Accesoriedad administrativa en el DP del medio ambiente", en: *ADPCP*, 1993, p. 290.

[1226] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Los bienes jurídicos colectivos", en: *Control social y sistema penal*. PPU, Barcelona, 1987, pp. 183 y ss.

[1227] HEINE, Günther. "Accesoriedad administrativa...", p. 291.

[1228] PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. "Responsabilidad penal y «nuevos riesgos»: el caso de los delitos contra el medio ambiente", en: *AP*, Vol 1, 1997, p. 218. DENNINGER, Erhard. "Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y derecho postmoderno", en: *Doxa*, Nº 14, 1993, pp. 368-372.

[1229] PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel & RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. Op. Cit., pp. 49 y ss.; KLEINE-COSACK, Eva. *Kausalitätsprobleme im Um-*

el progreso científico que acredita como mayor lo ignorado que lo conocido sobre los procesos naturales; y, la operatividad de tal progreso en el marco de una estructura social que lo canaliza primordialmente mediante organizaciones altamente especializadas, complejas y jerarquizadas, como la empresa capitalista o el Estado intervencionista.

En segundo lugar, y como secuela de las limitaciones del DP «clásico», la sentida presencia de riesgos que hallan su fuente en el mundo moderno[1230] sumada a las exigencias del Estado social y democrático[1231], ha provocado la instrumentación de nuevas técnicas de imputación jurídico-penal que permitan atribuirle responsabilidad a quienes ejecutan comportamientos no permitidos, *ex-ante* riesgosos y que se realizan en resultados de lesión o de peligro para los intereses penalmente tutelados. En tal línea de esfuerzos se inscribe la protección generalizada de los bienes jurídicos colectivos[1232], la reevaluación de los delitos imprudentes y omisivos, la técnica de los delitos de peligro y de la ley penal en blanco, la responsabilidad de las personas jurídicas y sus órganos de dirección, el distanciamiento del «dogma causal» y el reconocimiento del valor del método de la imputación objetiva del resulta-

---

weltstrafrecht, Berlin, 1988, pp. 54 y ss.; SAMSON, Erich. "Kausalitäts- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht", en: *ZStW*, 1989, pp. 617 y ss.

[1230] SCHÖNE, Wolfgang. "La protección del hombre en el mundo moderno. (Algunas consideraciones sobre el papel del DP)", en: *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Universitat de les Illes Balears, Nº 12, 1985, pp. 51 y ss.

[1231] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Los bienes jurídicos*, p. 184.

[1232] Se entiende pues que la efectiva protección de bienes como la vida o la integridad de las personas no puede conseguirse hoy sin una adecuada protección de los intereses colectivos, Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. "Delitos de peligro con verificación de resultado lesivo: ¿concurso de leyes?", en: *ADPCP*, 1994, p. 113; FIANDACA, Giovanni. "Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminales", en: *Diritto Penale in trasformazione*, Giuffré, Milano, 1985, p. 168; MARCONI, Guglielmo. "La tutela degli interessi collettivi in ambito penale", en: *RIDPP*, 1979, p. 1053.

do, entre otras construcciones dogmáticas[1233]. Somos pues testigos de una verdadera «crisis» del DP liberal, a la par que se asiente la necesidad de articular un modelo dogmático capaz de responder con eficacia a los requerimientos político criminales de estos tiempos.

§ 3. En este contexto de riesgo social y tránsito hacia una dogmática moderna, uno de los principales problemas que ha venido enfrentando la jurisprudencia europea, especialmente en los asuntos reseñados al principio[1234], consiste en precisar las reglas concursales[1235] para la determinación de la pena[1236] aplicable a los delitos de peligro respecto de bienes jurídicos colectivos, pero que a la vez implican la lesión de bienes individuales. Así p.e., ante la comisión de un delito contra la salud pú-

---

[1233] HILGENDORF, Eric. "Gibt es ein «Strafrecht der Risikogesellschaft»", en: *NStZ*, 1992, pp. 10 y ss.; KUHLEN, Lothar. «Zum Strafrecht der Risikogesellschaft», en: *GA*, 1994, pp. 347 y ss.; PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko*, passim; HASSEMER, Winfried. "Crisis y características", pp. 638 y ss.

[1234] Vid supra § 1.

[1235] Es decir en el ámbito de concurso de leyes y delitos. Vid. por todos ABELS, Peter. *Die 'Klarstellungsfunktion' der Idealkonkurrenz*, Elwert, Marbur, 1991; BOLDOVA PASAMAR, Miguel. "Aplicación y determinación de la pena", en: Gracia Martín (Coord). *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 215 y ss.; CUERDA RIEZU, Antonio. *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Tecnos, Madrid, 1992.

[1236] Es decir dentro del "proceso de concreción de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar a un sujeto criminalmente responsable por la comisión de una infracción penal", Vid. PÉREZ ALONSO, Esteban. *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Edersa, Madrid, 1995, pp. 291-292. Como señala DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Inédito, Salamanca, 1997, pp. 52-53 (Cap. I/I.1.1), en la determinación de la pena se fija la pena abstracta que se considera suficiente para impedir potenciales hechos delictivos atendiendo a criterios de proporcionalidad («marco penal abstracto»), y se decide la clase y cantidad de pena todavía en abstracto que debe imponerse a un hecho («marco penal concreto»).

blica consistente en la fabricación y venta de un producto humanamente comestible pero nocivo, de modo que un numero indeterminado de ciudadanos han sufrido lesiones leves o graves y otros fallecen, el Juez, al momento de determinar la pena para los infractores de la norma penal, y dada la ausencia de una regla general en la ley penal[1237], debe optar entre varias alternativas que derivan de dos orientaciones generales: *A)* estimar que se configura un mero concurso de leyes penales, entre las normas que penalizan la puesta en riesgo del bien colectivo -salud pública- y la lesión de bienes individuales -homicidio, lesiones-, de forma tal que las únicas normas aplicables al caso son las que tutelan bienes individuales, pues éstas absorben el disvalor que subyace a la puesta en peligro del bien colectivo. En ese sentido, las penas a imponer en el caso hipotético serían las del homicidio en concurso con las del tipo de lesiones, quedando por definir si tal concurso es real o ideal. *B)* entender que, sin violarse el *non bis in idem*, opera un concurso de delitos entre el que afecta al bien colectivo y los que vulneran a los bienes individuales, dado que el disvalor del hecho no puede ser abarcado por uno sólo de ellos sino conjuntamente. En este supuesto deberá también establecerse la naturaleza ideal o real del concurso.

§ 4. Afrontar dogmáticamente éste problema[1238] constituye el objeto final de este capítulo. Antes bien, el planteamiento de soluciones,

---

[1237] Regla normalmente inexistente en las legislaciones penales, entre ellas las de Alemania, España y Perú.

[1238] Sin duda se trata en última instancia de resolver un problema de determinación de la pena, consecuentemente influenciado por los fundamentos político criminales de la sanción penal, Vid. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de DP. PG,* 4ª ed., PPU, Barcelona, 1994, pp. 575-576. Pero tampoco puede negarse que corresponde a la dogmática penal establecer las líneas básicas que permiten diferenciar los diversos supuestos de concurso de delitos y leyes, y las razones que avalan dicha distinción. En similar sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, Mercedes. *DP. PG*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 478, 554; COBO DEL ROSAL, Manuel & VIVES ANTÓN, Tomás. *DP. PG*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 705-706.

acordes con los principios garantistas o de mínima intervención inherentes al programa penal de la Constitución, presupone una toma de postura sobre la relación que debe guardarse entre bienes individuales y colectivos (II), de forma que pueda determinarse si el disvalor subyacente a los delitos contra los bienes colectivos puede ser absorbidos[1239] o no por el injusto de los ilícitos que vulneran los intereses individuales. Sólo con esta base, será posible establecer el régimen concursal aplicable a los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo (III).

III. BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS, DELITOS DE PELIGRO Y SU LEGITIMIDAD EN UN ESTADO DE DERECHO

§ 5. Aunque es generalizado en la doctrina penal el uso de la categoría «bienes jurídicos colectivos», y dejando de lado por el momento la discusión acerca de sus relaciones con los intereses difusos[1240], debe advertirse que no reina acuerdo sobre su admisibilidad como categoría autónoma de la ciencia penal. Ciertamente, uno de los temas más debatidos en la actual teoría del bien jurídico[1241] reposa precisamente

---

[1239] Para efectos de este comentario me referiré a los conceptos de absorción y subsunción en el sentido de subsidiaridad, es decir cuando el disvalor subyacente a un tipo de peligro puede ser abarcado -absorbido o subsumido- por el disvalor previsto en otro injusto de lesión, de forma que aquél sólo opere subsidiariamente, en defecto de éste último.

[1240] Vid. infra §§ 13 y ss.

[1241] Para un estado de la cuestión en torno a la doctrina del bien jurídico Vid. CARO CORIA, Dino Carlos. "Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs", en: *Thémis*, Nº 35, Lima, 1997, en este trabajo he sostenido la construcción de un concepto material de bien jurídico-penal en función de los principios de merecimiento de pena (*Strafwürdigkeit*) y necesidad de pena (*Strafbedürftigkeit o Strafbedürfnis*). En igual sentido, mi monografía *La estabilidad del ecosistema como bien jurídico-penal*, inédito, Salamanca, 1997, pp. 154-199. Entre otros Vid. además, MARX, Michael. *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut»*, Carl Heymanns, Köln, 1972; CALLIES, Rolf-Peter. *Theorie der Strafe im demokratischen und soziales Rechtsstaat*, Frankfurt am Main, 1974; MIR PUIG, Santiago. "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del

en torno al contenido, necesidad de protección, relación material con los bienes jurídicos individuales y técnicas de tipificación de los comportamientos que afectan bienes colectivos[1242]. Frente a ello sin embargo, considero importante reivindicar su trascendencia y autonomía, en razón de las deseadas consecuencias político criminales a que conduce[1243].

El doble fundamento material de los bienes jurídicos colectivos se sostiene en la realidad social y en el modelo de Estado social. Por una parte, existen nuevas necesidades sociales derivadas de la expansión de la tecnósfera concebida en el seno de la revolución industrial, técnica y científica, y que demandan su satisfacción, entre otros medios, a través de una eficaz protección jurídica para enfrentar esos riesgos de la modernidad[1244]. Pues bien, la atención de tales demandas tiene precisa acogida en el modelo de Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 de la CE)[1245], en virtud del cual éste debe atender a las necesidades

---

ius puniendi", en: *EPC*, 1991, pp. 205 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al DP contemporáneo*, J.M. Bosch, Barcelona, 1992, pp. 267 y ss, 284 y ss.; LUZÓN PEÑA, Diego. "La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito", en: *ADPCP*, 1993, pp. 21 y ss. Ya MAYER, Max Ernst. *Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, Lehrbuch, Heidelberg, 1923, pp. 22-23, partía de los conceptos de «merecedor de protección», «necesitado de protección» y «capacidad de protección», según recoge luego para la doctrina de habla hispana MUÑOZ CONDE, Francisco. "Función de la norma penal y reforma del DP", en: *NPP*, 1973, pp. 412-415.

[1242] MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, UCM y Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 30.

[1243] En el mismo sentido, entre otros, BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Los bienes jurídicos*, pp. 197 y ss.; MAQUEDA ABREU, María Luisa. "La idea de peligro en el moderno DP", en: *AP*. Vol 1, 1994, p. 492; LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en DP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 120-121.

[1244] TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de DP económico*, PPU, Barcelona, 1993, pp. 34-36.

[1245] Art. 1.1: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho (...)".

de todos y cada uno de los miembros de la sociedad, con el objeto de tender hacia la libertad e igualdad material (art. 9.2 de la CE)[1246], razón que justifica una intervención estatal activa para promover la atención de dichas necesidades, superando las disfuncionalidades económicas y sociales[1247]. En esa perspectiva, BUSTOS RAMÍREZ ha concluido que "los bienes jurídicos colectivos hay que definirlos *a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social*"[1248], concepto que en términos generales es compatible con lo aquí sostenido[1249].

§ 6. No obstante, contra una concepción autonomizadora de los bienes colectivos se han levantado HASSEMER, PADOVANI y TERRADILLOS BOSOCO, señalando que todo bien jurídico es ajeno al sentido

---

[1246] Art. 9.2: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

[1247] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Los bienes jurídicos*, p. 196. Ciertamente, "El modelo social constitucionalmente reflejado, no es, en palabras de HÄBERLE un espejo de nuestra sociedad sino el faro al que ésta tiende" (*Die Verfassung des Pluralismus*, Frankfurt, 1980, p. 87), Vid. la cita de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Honor y libertad de expresión*, nota 7, Tecnos, Madrid, 1987, p. 16.

[1248] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Los bienes jurídicos*, p. 197.

[1249] Este autor defiende una concepción básicamente sociológica del bien jurídico-penal, como la síntesis jurídica concreta de una relación social determinada y dialéctica, Vid. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de DP. PE*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1989, p. 3. No obstante, aunque a mi modo de ver las posiciones sociológicas no logran dotar de contenido material al bien jurídico-penal, pues se limitan a precisar los fundamentos centrales del merecimiento de pena, en términos de dañosidad social y referencia al individuo, no por ello juzgo inoportuna la definición de BUSTOS respecto de los bienes colectivos, dado que lo central en ellos radica precisamente en la dañosidad social y su relación de complementariedad con los bienes individuales.

garantista si no se fundamenta materialmente en una realidad individual, de modo que los bienes colectivos carecen de autonomía funcional[1250]. Por ende, esta tendencia plantea la duda de si el bien jurídico, como creación del Estado liberal, es acaso capaz de solventar materialmente una visión social y no individualista del ilícito penal[1251].

HASSEMER no rechaza formalmente los bienes jurídicos «*universales*»[1252] (léase colectivos) pero los funcionaliza desde la persona, aceptándolos con la condición de que brinden la posibilidad de servir a intereses del hombre[1253], pues de lo que se trata es de "funcionalizar los intereses generales y del Estado a partir del individuo: los bienes jurídicos universales tienen fundamento sólo en la medida en que corresponden con los intereses -conciliados- del individuo"[1254]. En tal sentido, dicho autor rechaza explícitamente que p.e. se pueda proteger el ambiente natural por sí mismo, sino como medio para satisfacer las necesidades de salud y vida del hombre[1255], lo que al no evidenciarse en los tipos penales del § 324 y siguientes del StGB, daría lugar a que éstos se califiquen como meros ilícitos administrativos[1256], más aún cuando en la criminalización se recurre a los delitos de peligro abstracto, de forma tal que se renuncia a proteger concretos intereses humanos a cambio de tutelar instituciones sociales o «unidades funcionales de valor», reali-

---

[1250] En la doctrina italiana sigue esta orientación FIANDACA, Giovanni. *Il «bene giuridico»*, p. 168. En España, HERNÁNDEZ PLASCENCIA, José Ulises. "Delitos de peligro", pp. 113, 114 nota 7.

[1251] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Los bienes jurídicos*, p. 186.

[1252] Denominación impropia dado que todo bien jurídico siempre implica una valoración masiva y universal, Ibid., p. 191.

[1253] HASSEMER, Winfried. "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", en: *DoP*, 1989, p. 282.

[1254] *Ibid.,* p. 281.

[1255] *Ibid*., p. 283 citando a LACKNER. Le sigue MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. "La protección penal del medio ambiente", en: *Universidad de Salamanca,* 1997, p. 63 nota 14.

[1256] HASSEMER, Winfried. "Lineamientos", p. 284.

dades que por su vaguedad o falta de concreción impiden normalmente criticar un tipo penal por su excesiva amplitud[1257].

En semejante tendencia, para PADOVANI los colectivos no son bienes jurídicos propiamente, sino simples "metáforas conceptuales que designan el ámbito particular donde se percibe y se individualiza un conflicto de intereses, y las modalidades normativas establecidas para resolverlo o ponderarlo"[1258]. De este modo, p.e., la referencia al ambiente natural lo es a situaciones instrumentales consideradas fundamentales para la salvaguarda de los intereses puestos en peligro en un determinado contexto existencial como el proporcionado por el ecosistema, aunque es innegable que dichas situaciones instrumentales están ligadas a bienes jurídicos aceptados pacíficamente, pero respecto de los cuales la tutela es insuficiente e inadecuada[1259]. También en el plano crítico y retomando los argumentos de PADOVANI, el nuevo Código penal: primeros problemas de aplicación TERRADILLOS BASOCO[1260] señala la innecesariedad de que los bienes jurídicos colectivos, en tanto condiciones instrumentales, sean dotados de sustantividad propia y autonomía, de forma que sus ataques revistan la forma de delitos de lesión. Considera que no es posible construir el concepto de bien colectivo sin que en él se identifiquen bienes individuales, pues dicho concepto constituye un marco de referencia o un conjunto de condiciones que garantizan la viabilidad de estos. Consecuentemente, este autor sostie-

---

[1257] *Ibid*., pp. 279-280. Dado que SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación*, p. 272 nota 392, p. 276 nota 405, comparte las críticas de HASSEMER, MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. "La protección penal", p. 63 nota 14, equipara las posiciones de ambos autores. Empero, a distinta conclusión debe arribarse teniendo en cuenta que SILVA SÁNCHEZ, en la delimitación del bien jurídico-penal, recoge la orientación personalista de HASSEMER apenas como un criterio para el juicio sobre el merecimiento de pena.

[1258] PADOVANI, Tulio. "La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni", en: *DDDP*, 1984, p. 117.

[1259] *Ibid*., p. 117.

[1260] TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995, p. 50.

ne la conveniencia de reducir al máximo los casos en que tales marcos abstractos se eleven a la categoría de bien jurídico colectivo, por razones de certeza y lesividad en la definición de los objetos de ataque tan difusos, que difícilmente podrían ser abarcados por el dolo. Y además, para evitar procesos de sobrecriminalización sustentados en bienes jurídicos ficticios y que dejan sin contenido la antijuricidad material. Por ello, concluye TERRADILLOS, apuntando la necesidad de proteger solo los bienes jurídicos individuales que "se esconden tras los colectivos" y les dan contenido recurriendo a los tipos de peligro, fuera de lo cual deberá recurrirse al empleo de sanciones administrativas.

§ 8. Ahora bien, pese a la importancia de los aportes antes reseñados que reivindican las garantías inherentes al carácter personalista del bien jurídico-penal, consideramos que estos conducen a resultados político criminales reñidos con las necesidades de protección penal de los propios bienes jurídicos individuales. En efecto, al exigirse que en todo bien jurídico colectivo se reconozca una realidad individual, se corre el riesgo de retrasar la intervención punitiva, pues al sancionarse solo las conductas que vulneran p.e. la vida humana, la salud o el patrimonio, entonces el DP es concebido como un instrumento impotente desde el punto de vista preventivo al permitir que tales riesgos, quizás evitables mediante la protección autónoma de los bienes colectivos, se realicen en resultados peligrosos o lesivos, en cuyo caso la pena no cumple ninguna función utilitaria reconocible y se limita a la mera retribución por el hecho. Si a ello se añade que aún se desconoce científicamente la mayoría de relaciones causa-efecto entre tales riesgos y los daños que padecen los bienes personales[1261], es evidente que la eficacia de la norma penal queda muy limitada.

[1261] PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel & RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. Op. Cit., pp. 496 y ss. En el terreno penal ambiental p.e., muchos de los procesos que operan en el ecosistema no pueden explicarse mediante los modelos causales mecanicistas clásicos, pues obedecen más bien a fenómenos de acumulación, adición y sinergía causal, Vid. SAMSON, Eric. *Kausalitäts*, p. 618.

Dicho desconocimiento es neurálgico en sectores propios de la "sociedad de riesgo" y objeto de constante preocupación en la jurisprudencia europea, principalmente de Alemania y España, y sobre todo en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos, como dan cuenta los asuntos antes citados: *Contergan, Lederspray, Holzschutzmittel* y Colza: oportunidades donde la imposibilidad de contar con leyes fenoménicas de carácter determinista[1262] a fin de demostrar con certeza el nexo causal entre el consumo normal de un producto y las consecuencias lesivas para la salud pública y los bienes jurídicos individuales, dio origen a profundos desacuerdos científicos en torno a la determinación de la ley fenoménica probabilística[1263] aplicable en cada caso concreto. Con todo, estas experiencias han evidenciado, en el ámbito judicial, los importantes límites de la ciencia para explicar los fenómenos y sucesos naturales, incluso aquellos que pueden originarse en un comportamiento humano. Sin embargo, la desmitificación de la fe ciega en la ciencia no es reciente, pues ya desde la segunda mitad del siglo XIX, las investigaciones de Max PLANCK en el campo subatómico, pusieron en crisis la concepción mecanicista del mundo, de tradición aristotélica y newtoniana, aferrada al principio de la causalidad y a las categorías de

---

[1262] Ellas establecen una "conexión *necesaria* entre dos especies de hechos", Vid. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *El riesgo permitido en DP. (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas),* Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, pp. 172-173, la forma lógica de estas leyes es la de una proposición predicativa perfecta: $Ax\ (A_X \text{ —> } B_X)$. Es decir: Para todo supuesto, si se produce *A*, entonces se produce también *B*, Vid. Ibid., p. 173 nota 62.

[1263] Es decir, "aquellas que establecen una conexión de *frecuencia* entre dos especies de hechos. Se trata, por lo tanto, de leyes que no garantizan con seguridad la conexión, sino que únicamente afirman que dicha conexión se da entre una parte de ambas especies de hechos, y, además, cuantifican esa parte (...) indican que, a partir de una acción *A*, se deriva la consecuencia *C* con un porcentaje *P* de probabilidades", Vid. *Ibid*., pp. 173-174. En su forma lógica, estas leyes señalan que dadas las especies de hechos A y B, $Ex\ (A_X \text{ —> } B_X)$. Existe al menos uno de esos hechos de la especie *A* del que se sigue un hecho de la serie *B*, Vid. *Ibid*., p. 174 nota 69.

espacio y tiempo[1264]. Luego, con los desarrollos y fórmulas elaboradas por HEISENBERG (1927), la denominada física de la mecánica cuántica erigió su propio modo de calcular las magnitudes de los movimientos y los lugares en el interior de los átomos, a partir de lo cual se acepta que en el terreno subatómico no opera la ley de la causalidad[1265]. En similar orientación, la formulación por EINSTEIN de las conocidas teorías de la relatividad general y especial, así como la generalizada aceptación de la teoría del *"big bang"* sobre el origen del universo, han afectado también negativamente a las categorías de tiempo y espacio[1266]. Por ello, actualmente el mundo ya no puede ser visto como un inmenso reloj sumamente preciso, es decir como un sistema físico altamente regular[1267]. Ahora bien, frente a esta relativización del conocimiento cien-

---

[1264] REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*, 2ª ed., Temis, Santa Fé de Bogotá, 1996, p. 35, señala que "Los trabajos de MAX PLANCK demostraron comportamientos irregulares en el campo subatómico, donde las órbitas de los electrones que giran alrededor del núcleo de los átomos desafían las leyes de la física ya que pese al gasto de energía que sus desplazamientos suponen, mantienen idénticas órbitas en lugar de que (como sería de esperarse) ese gasto de energía las hiciera ser atraídas hacia el núcleo describiendo círculos más pequeños y a mayor velocidad".

[1265] *Ibid*., pp. 35-36. Sin duda los aportes de HEISENBERG sirvieron para demostrar las inconsistencias del determinismo, pues se logró "demostrar que existían procesos ínfimos que convertían al reloj determinista en algo impreciso. La física cuántica se vio obligada a introducir las probabilidades. Si el mundo físico no era un mundo regulado por las leyes newtonianas, sino que en él regía la imprecisión y la irregularidad, los fundamentos empíricos del determinismo quedaban seriamente debilitados", Vid. DOVAL PAIS, Antonio. *Delitos de fraude alimentario*, nota 32, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 271.

[1266] REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*, pp. 36-37.

[1267] POPPER, Karl. *Un mundo de propensiones*, Madrid 1992, p. 22. La constatación de esta realidad constituye el principal aliciente de la ciencia en el afán de mermar permanentemente el desconocimiento sobre la explicación de los sucesos y fenómenos naturales, aunque evidentemente conserva plena vigencia la idea de la filosofía antigua de que es más lo desconocido que lo conocido sobre tales fenómenos. En este contexto, se ha venido a entender que la ciencia modernamente "trata de buscar racionalidad al objeto

tífico y, en particular, del principio de la causalidad y las categorías de espacio y tiempo, cabe preguntarse sobre su repercusión en la órbita penal. En este sentido, no puede albergarse dudas sobre la incapacidad del Derecho penal de elaborar y manejar un concepto propio o privativo de causalidad, dado que ello significaría solucionar anteladamente los problemas que, frente a las categorías de espacio y tiempo, enfrenta la física teórica[1268]. En tal sentido, consideramos que la reevaluación teórica de la causalidad en el plano físico no debe evitar su empleo en el ámbito jurídico[1269], por lo que debe aceptarse como punto de partida la relevancia jurídico-penal de la leyes fenoménicas deterministas y probabilísticas, estas últimas de enorme importancia para el control de las fuentes de riesgo para los bienes jurídicos colectivos.

Consecuentemente, la opción personalista del bien jurídico resta autonomía a los bienes jurídicos colectivos[1270] y constituye un proyecto

---

y se asume que no hay 'verdades' absolutas, sino que se van encontrando verdades parciales y provisionales, que van alcanzando consenso en la comunidad científica en un momento dado. Se trata de una razón comunicativa: testimonial y de fiabilidad", Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal en el Perú?*, inédito, nota 2, Salamanca, 1996, p. 1, citando a HABERMAS, ADORNO, HORKHEIMER y FLOREZ MIGUEL, Cirilo. *Mundo técnico y humanismo*, Universidad de Salamanca, 1994.

[1268] REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*, p. 37.

[1269] *Ibid*., p. 37, señala irónicamente REYES: "En efecto, mientras los accidentes de tránsito con lesiones y muertes no sean provocados por vehículos que se mueven a velocidades cercanas a la de la luz, mientras no ocurran delitos dentro de los átomos, y en tanto el universo no termine de expandirse y comience su contracción, el Derecho puede seguir trabajando con el concepto tradicional de la causalidad sin preocuparse de los inconvenientes que él presenta como consecuencia de la física cuántica y la teoría de la relatividad", pp. 37-38.

[1270] No queda clara la coherencia, p.e., de defender simultáneamente una opción personalista del bien jurídico-penal y la autonomía del bien jurídico ambiente, aunque MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. *La protección penal*, p. 63, considera que ello es posible.

tributario de un modelo penal retribucionista e ineficaz, es decir desprotector de los bienes jurídicos individuales que, contradictoriamente, pretende tutelar garantistamente. Tales críticas, en el terreno penal ambiental, están corroboradas empíricamente con la experiencia criminalizadora del derogado Art. 347° bis del trCP que exigía para la tipicidad poner "en peligro grave la salud de las personas"[1271].

§ 9. Por estas razones, consideramos importante poner de relieve la autonomía de los bienes jurídicos colectivos en relación con los individuales, lo que no implica un divorcio entre ambas realidades normativas, pues partiendo de la clasificación de BUSTOS RAMÍREZ[1272] los colectivos son bienes que inciden en el funcionamiento del sistema y por ende se encuentran al servicio de bienes microsociales como la vida

---

[1271] Vid. por todos, VERCHER NOGUERA, Antonio. "Visión jurisprudencial sobre la protección penal del medio ambiente", en: *AP*, Vol 1, 1995, p. 42; PÉREZ DE GREGORIO, José Joaquín. "Jurisprudencia penal medioambiental", en: *LL*, Vol 4, 1995, pp. 966-968; BAUTISTA PAREJO, Carmen. "La prueba pericial en los supuestos de delito ecológico", en: *La protección penal del medio ambiente*, Coda/Aedenat, Madrid, 1991, pp. 141-145.

[1272] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *MDP. PE*, p. 6, diferencia los bienes jurídicos referidos a las bases de la existencia del sistema de aquellos que están en conexión con su funcionamiento. Los primeros permiten la *existencia del sistema* social, son los que tradicionalmente han sido llamados bienes jurídicos individuales e inciden en las relaciones microsociales como la vida humana o la salud individual. De otro lado, los bienes relacionados con el *funcionamiento del sistema* se refieren a las relaciones macrosociales, sin su protección el sistema puede existir pero no funciona adecuadamente, pues están al servicio de las bases del sistema, por lo que implican una actividad de intervención para corregir sus disfunciones, como ocurre con el ambiente natural, la fe pública o la libre competencia. Ahora bien, el autor distingue dentro de esta última categoría de bienes: los colectivos, los institucionales y los de control. Los *colectivo*s se refieren intrínsecamente a las condiciones indispensables para que se den las bases de la existencia del sistema, son bienes presentes de forma constante en el quehacer cotidiano de cada uno de los sujetos y grupos en que este se integra, su afección impide el desarrollo real y efectivo de la vida, la salud individual, la libertad, etc. En el mismo sentido, la 3ª ed. 1997.

humana o la salud, razón por la cual son jerárquicamente inferiores y precisan de una tutela penal menos intensa, pero a la vez autónoma, de cara a la eficacia penal sostenida en fines preventivos y de protección de bienes jurídicos, pues solo si se acepta que los bienes jurídicos colectivos poseen sustantividad propia puede concluirse que la titularidad de los mismos es colectiva[1273]. Esta construcción es plenamente acorde con el concepto de bien jurídico-penal que defendemos[1274], pues el merecimiento de pena en los bienes jurídicos colectivos se justifica por la relación teleológica que guardan en relación con las posibilidades de participación del individuo en sociedad, en el marco del modelo personalista consagrado en el art. 10.1 de la CE, es decir en orden al desarrollo libre y digno del individuo[1275].

Con esas restricciones, consideramos superados los temores de un sector de la doctrina, en el sentido de que la protección de bienes jurídicos colectivos, en el seno de un Estado social intervencionista, puede convertirse en una injustificada expansión del Derecho penal, contradictoria con los principios de mínima intervención penal y el programa despenalizador[1276]. Ciertamente, si se entiende el proyecto de reducción penal según los principios de tutela exclusiva de bienes jurídicos,

---

[1273] MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro*, p. 34. La autora advierte que, por contra, si los bienes jurídicos colectivos, como proponen HASSEMER, PADOVANI y TERRADILLOS, "no son más que nuevas formas de defensa de los bienes jurídicos individuales, si se están refiriendo directamente al individuo, (*entonces*) no podemos afirmar su titularidad colectiva, sino individual", cursiva entre paréntesis fuera de texto.

[1274] CARO CORIA, Dino Carlos. "Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal", passim.

[1275] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *El delito de lesiones*, Universidad de Salamanca, 1982, pp. 66 y ss.

[1276] Como se cuestiona MIR PUIG, Santiago. "Sobre el principio de intervención mínima del DP en la reforma penal", en: *El DP en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 152; CUELLO CONTRERAS, Joaquín. "Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en DP", en: *ADPCP*, 1981, pp. 472 y ss.

fragmentariedad, subsidiaridad y utilidad[1277], podrá concluirse que este no se limita a la simple descriminalización de los comportamientos bagatelares o mejor controlables en sede extra penal, sino que conlleva a incriminar aquellos que son merecedores y necesitan de la reacción punitiva en orden a su prevención. Por ende, la mínima intervención se sustenta en un conjunto de procesos de entrada y salida, de criminalización y desincriminación, de acuerdo con los baremos que proporcionan los principios de merecimiento y necesidad de pena en el modelo de Estado social y democrático de Derecho[1278]. Asimismo, con la postura aquí defendida se difuminan las dudas sobre la pretensión de atribuir al Derecho penal una misión promocional[1279] que corresponde a otros medios de control social, y se evade el riesgo de administrativizar la reacción punitiva mediante el común recurso al Derecho penal accesorio o complementario[1280], de similar contenido material que el Derecho administrativo sancionador[1281]. En efecto, ya en otra oportunidad hemos negado rotundamente que el DP deba constituirse en un apéndice del control administrativo pues ello nos llevaría a vaciar de contenido material el bien jurídico-penal y nutrirlo con un formalismo peligroso de matiz funcionalista radical[1282]. En ese sentido, la deli-

---

[1277] Sobre estos principios Vid. CARO CORIA, Dino Carlos. *La protección penal del ambiente*, B,M&U , Lima, 1995, pp. 85 y ss.; ÍDEM. "Sistema penal y mínima intervención", en: *Thémis*, Nº 27-28, 1994, pp. 183 y ss.

[1278] PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos", en: *CPC*, Nº 39, 1989, p. 740.

[1279] Lo que si sustenta BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Honor y libertad de expresión*, p. 16.

[1280] El "*Nebenstrafrecht*" del Derecho penal alemán.

[1281] MIR PUIG, Santiago. "Sobre el principio", p. 154.

[1282] Vid. CARO CORIA, Dino Carlos. "Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal", passim, donde nos oponemos al entendimiento de la misión del DP como defensa de la vigencia de la norma, en el sentido que defienden JAKOBS y sus epígonos, Vid. JAKOBS. Günther. *Strafrecht*, AT, 2ª ed., W. de Gruyter, Berlin, 1991, p. 2/1-28, hay trad. 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997; ÍDEM. *La imputación objetiva en DP*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 89

mitación del objeto de tutela, en función de los citados principios de merecimiento y necesidad, margina la temida administrativización y cualquier intento de atribuir al DP funciones ideológicas promocionales, acentuándose por contra su función protectora de los valores fundamentales de la colectividad[1283]. En esta última línea de ideas, es impropio señalar que nos hallamos ante un bien jurídico supraindividual, porque no estamos ante una categoría que se halle "por encima" o "más allá" del individuo, pues los bienes colectivos están en función de todos los miembros de la sociedad, es decir al servicio de cada ciudadano, de modo que la expresión "colectivo" excluye toda discriminación, beneficio unilateral o parcialidad en la protección. En coherencia con ello, los bienes jurídicos colectivos son complementarios de los bienes jurídicos individuales[1284], de modo que su tutela solo se justifica como forma autónoma y adelantada de protección de estos últimos[1285], adelantamiento que se fundamenta, en el ámbito del merecimiento de pena, por la mayor dañosidad social de sus afecciones frente a las de orden microsocial.

---

y ss.; ÍDEM. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un DP funcional*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 15 y ss.; ÍDEM. *Fundamentos del DP*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1996, passim.

[1283] PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. "Principio de intervención mínima", p. 741.

[1284] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Los bienes jurídicos*, pp. 196-197; PÉREZ ALVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumidor*, Praxis, Barcelona, 1991, pp. 51-53. En similar dirección, PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *Responsabilidad penal y "nuevos riesgos"*, pp. 219-220, señala p.e. que el ambiente "es un bien jurídico eminentemente 'funcional', en el sentido de que posee sentido tan solo por referencia a otros bienes e intereses (…) se configura como un núcleo de protección previo al de otros bienes jurídicos individuales o colectivos de valor intrínseco", p. 219.

[1285] RODAS MONSALVE, Julio César. *Protección penal y medio ambiente*, PPU, Barcelona, 1994, p. 29, en el terreno ambiental pp. 100-101, aunque sólo refiriéndose a la complementariedad respecto de la salud.

§ 9. Empero, estas ideas no necesariamente conllevan a justificar el recurso a los tipos de peligro abstracto[1286], dado que dicho carácter complementario no implica que los delitos que se configuren para proteger bienes jurídicos colectivos hayan de ponerse, al definir su estructura típica, en relación a los bienes jurídicos individuales complementados. Por ello, no hay necesidad de recurrir a dicha fórmula de tipificación contraria al principio de lesividad, "ya que desde una debida caracterización del bien jurídico colectivo se pueden construir en relación a él –y no al bien jurídico complementado– delitos de lesión o de peligro concreto"[1287], técnicas recomendadas, p.e, por la Sección I del XV Congreso de la AIDP de 1994, relativa a los delitos contra el ambiente, cuando precisa que el elemento material mínimo de las infracciones penales debería ser "una *acción u omisión* que contravenga un texto legal o reglamentario y que cree un peligro real e inminente (concreto) para el ambiente"[1288].

Con todo, la discusión sobre la necesidad de instrumentar delitos abstractos de peligro ha cobrado gran actualidad en el terreno del DP económico, de forma que un sector los considera esenciales en el marco de una política criminal con pretensiones de eficacia, para lo cual se ha sostenido últimamente que estos ilícitos no son ayunos de lesividad, pues afectan siempre la seguridad en el uso de los bienes[1289] o porque

---

[1286] En el ámbito del Derecho Penal económico la AIDP, en su XIII Congreso de 1984, recomendó (Sec. II, *ítem* 9) el uso de delitos de peligro abstracto. Asimismo, esta técnica fue considerada en la Resolución Nº 1 Relativa a la protección del ambiente por el DP, de la 17ª Conferencia de Ministros Europeos de Justicia, realizada en Estambul en 1990, cuyo apartado b) motiva examinar la oportunidad "De regular en este ámbito el concepto de delitos de peligro (concreto, *abstracto* o potencial) con independencia del perjuicio efectivo", cursiva fuera de texto.

[1287] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Los bienes jurídicos*, p. 198. Similar, TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito*, Ariel, Barcelona, 1985, p. 36.

[1288] Apartado II.8.b), en: *RIDP*, 1° y 2° trimestres, 1995, p. 76.

[1289] KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdungs als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte,*

en ellos puede encontrarse un "disvalor potencial de resultado"[1290]. Por contra, otro sector entiende que debe primar el respeto de principios esenciales como el de lesividad o determinación, de modo que solo es posible recurrir a los tipos de lesión y peligro real o concreto[1291]. A su vez, otra línea doctrinal considera que los principios básicos del Derecho penal y las necesidades de eficacia, pueden salvaguardarse si se utilizan técnicas que contemplen como base mínima para la tipicidad la realización de un comportamiento *ex ante* peligroso, y a las que algunos siguen denominando "peligro abstracto" y otros "fórmulas intermedias"[1292].

§ 10. No obstante, debe reconocerse las mayores dificultades que plantea la concreción y estructuración de los tipos penales que protegen bienes jurídicos colectivos, frente a lo cual debe recurrirse a los criterios de merecimiento y necesidad de pena antes citados, pero tenien-

---

Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1989, passim; ÍDEM. "Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico", en: AAVV. *Hacia un DP económico europeo*, BOE, Madrid, 1995, pp. 448 y ss.; ÍDEM. "La protección de los bienes jurídicos por medio de las prohibiciones de lesión o de peligro", en: *DP de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 75-76, 80 y ss. Para este autor, los delitos de peligro tienen un contenido de injusto propio conformado por la lesión, no del bien jurídico en sí mismo, sino de su seguridad. Le sigue en España: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública", en: *ADPCP*, 1989, p. 337.

[1290] LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado,* pp. 180 y ss.

[1291] MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro*, pp. 161 y ss., 207, 234 y ss.

[1292] SCHRÖDER, Friedrich- Christian. "Abstrakt-konkrete Gefëhrdungsdelikte?", en: *JZ*, 1967, pp. 522 y ss.; ÍDEM. "Die Gefähdungsdelikte im Strafrechts, en: *ZStW*, 1969, pp. 7 y ss.; GALLAS, Wilhelm. "Abstrakte und konkrete Gafährdung", en: *Festschrift für Heinitz,* W. de Gruyter, Berlin, 1972, pp. 171 y ss.; TORIO LÓPEZ, Ángel. "Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)", en: *ADPCP,* 1981, pp. 825 y ss.

do presente además que generalmente nos hallamos ante relaciones de conflictividad entre múltiples intereses, de modo tal que la protección a instrumentarse no puede ser absoluta o pretenderse en términos de intangibilidad, sino más bien como producto de la ponderación de dichos intereses[1293]. Ciertamente, p. e. en la protección del entorno natural, como señala HEINE, existe en la mente del legislador un conflicto "entre los intereses particulares y sociales en la conservación de un medio ambiente puro, por un lado, y el derecho a la libertad (de empresa) del contaminador, junto a intereses públicos de desarrollo tecnológico e industrial, por otro"[1294]. En esta línea de pensamiento, la ponderación de los conflictos sociales en relación a los bienes jurídicos individuales se efectúa en muchas ocasiones a través de las causas de justificación[1295], sin embargo en relación a los colectivos, se efectúa principalmente al definir el bien jurídico y al estructurar el tipo penal[1296].

En efecto, el binomio riesgo-seguridad no se aprecia maniqueamente en la actualidad, dada la enorme influencia del pensamiento utilitario (coste/beneficio) inherente a la lógica de los modelos económicos de mercado que imperan, de forma que la sociedad admite convivir con determinadas fuentes de peligro por los importantes beneficios que re-

---

[1293] PEDRAZZI, Cesare. "El bien jurídico en los delitos económicos", en: *La reforma penal: delitos socio-económicos*, Universidad de Madrid, 1985, pp. 282-284.

[1294] HEINE, Günter. "Accesoriedad administrativa", p. 292.

[1295] Vid. por todos ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del DP*, Bosch, Barcelona, 1972, pp. 55 y ss. Antes bien, se viene imponiendo la idea de que en la determinación del "núcleo esencial" de los derechos fundamentales es necesario acudir a la técnica de la ponderación de intereses, muy común p.e. para resolver la tensión entre el derecho al honor y la libertad de expresión, Vid. por todos ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. No obstante, los derechos fundamentales no se equiparan con el concepto de bien jurídico-penal, aunque debe reconocerse una relación más estrecha en el ámbito de los bienes jurídicos individuales.

[1296] MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro*, p. 34.

portan[1297], dicho de otro modo, "*puesto que es imposible eliminar de raíz la amenaza de todo peligro para los bienes jurídico-penalmente protegidos, el ordenamiento jurídico –concretamente aquí, su sector penal– autoriza (no castiga) a las personas a realizar algunos de ellos, por su utilidad, a pesar incluso de que en algunos casos puedan llegar a lesionar efectivamente dichos bienes jurídicos*"[1298]. Antes bien, pese a la "necesidad" de tolerar tales actividades, no se concibe que las conocidamente peligrosas se realicen sin someterse a un conjunto de reglas de conducta que, sustentadas en una finalidad preventiva y generalmente desarrolladas por la Administración, tienen como objetivo disminuir la probabilidad de que tales peligros se realicen en resultados lesivos para los bienes jurídicos. De esta forma, el ordenamiento jurídico limita la realización de las actividades peligrosas mediante la imposición de niveles de riesgo permitido, es decir que conductas en sí mismas peligrosas son permitidas siempre que se respeten los límites de riesgo, mientras que la violación de tales límites puede determinar la antijuridicidad de la conducta[1299]. En tal medida, cobra relevancia penal la institución del riesgo permitido, sobre la cual se discute aún su concepto, contenido, funciones y autonomía sistemática[1300], pero existe cierta unanimidad en reconocer su rendimiento en la resolución de casos en donde la autorización general de la conducta peligrosa o lesiva para el bien se deriva de considerar el concurso de otros intereses[1301], merecedores también de tutela,

---

[1297] SCHÜNEMANN, Bernd. "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits-und Gefährdungsdelikte", en: *JA*, 1975, p. 576; GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *El delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 104.

[1298] PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *El riesgo permitido*, p. 26.

[1299] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, UCM, Madrid, 1994, pp. 6-7.

[1300] MAIWALD, Manfred. *De la capacidad de rendimiento del concepto "riesgo permitido", para la sistemática del DP*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 11 y ss.

[1301] Sin embargo, como se indicó, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro*, pp. 34-35, considera que, en el terreno de los bienes jurídicos

que han de ser puestos en relación con la protección que el bien jurídico subyacente al tipo merece, limitándose así dicha protección, en función de la ponderación de todos los intereses concurrentes[1302].

§ 11. Ahora bien, cuando los bienes colectivos constituyen entidades macrosociales[1303], entonces su efectiva lesión o puesta en concreto peligro no puede lograrse muchas veces a través de una mera conducta individual[1304], sino mediante la reiteración generalizada de comportamientos que violan las reglas básicas que aseguran el sistema y su funcionamiento[1305]. Debido a ello, actualmente suele aceptarse el planteamiento de SCHÜNEMANN sobre la necesidad de recurrir a los llamados "delitos con bien jurídico intermedio espiritualizado"[1306], a través de los cuales pueden protegerse aquellos bienes jurídicos colectivos en los que la tipificación de una lesión o concreta puesta en riesgo es difícilmente imaginable, haciéndose incierta la determinación del grado de lesividad exigible a la conducta individual en relación con el bien colectivo.

---

colectivos, la resolución de la conflictividad de los diversos intereses concurrentes puede arbitrarse mediante la propia determinación del bien jurídico y al estructurar el tipo penal. De allí que sea sostenible un concepto formal de "riesgo permitido", como propone MAIWALD, Manfred. *De la capacidad*, pp. 35 y ss.

[1302] PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *El riesgo permitido*, p. 517.

[1303] P.e., la libre competencia, la salud pública, la estabilidad del ecosistema, etc.

[1304] Por contra, ello sí puede suceder respecto de los bienes jurídicos colectivos reconducibles a bienes individuales, en cuyo caso los tipos incriminan conductas potencialmente lesivas, p.e., para la vida o la salud de las personas, como ocurre en determinados delitos contra la seguridad del tráfico (Art. 379° y ss. del CP), Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro*, pp. 299-300.

[1305] *Ibid*., pp. 300-301.

[1306] SCHÜNEMANN, Bernd. *Moderne Tendenzen*, p. 798. Asume esta denominación, ROXIN, Claus. *Strafrecht. AT*, T I, C.H. Beck, München, 1992, pp. 11/126; JAKOBS, Günther. *AT*, pp. 6/88, se refiere a los "delitos que lesionan un objeto con función representativa", lo que parece más adecuado al erradicarse todo signo de "espiritualismo" del discurso dogmático.

Precisa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS que "aquí no se trata de anticipar la tutela de los bienes esenciales (*individuales*), sino de proteger *otros bienes* (*colectivos*) cuya peculiar naturaleza exige el empleo de esta técnica (...) Siendo así, es legítima la punición de toda realización típica sin necesidad de constatar la peligrosidad en relación con el bien inmaterial (*colectivo*) que mediatamente se protege , pues *formalmente estamos ante delitos de lesión* (*respecto del bien intermedio* (...) En cuanto a las exigencias del tipo subjetivo, es también irrelevante la referencia al bien jurídico (*colectivo*) mediatamente protegido: el dolo o la imprudencia del sujeto han de referirse solo a los elementos típicos (...) sin necesidad de corrección alguna. Es suficiente con la lesión del objeto o bien 'representante' (*o intermedio*) y con que el dolo o la imprudencia se refieran a ella"[1307].

A nuestro juicio, este punto de partida es esencialmente correcto, mas no que de allí se pretenda sostener que la técnica más adecuada para tutelar los bienes jurídicos colectivos sean los delitos abstractos de peligro a través de la tipificación de la afectación de un "bien intermedio con función representativa"[1308]. Por contra, consideramos que esta acotación del bien colectivo o su mayor delimitación como bien intermedio para el ámbito de la tipicidad[1309], permite con mayor razón desterrar el

---

[1307] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro*, pp. 300-301, cursiva entre paréntesis fuera de texto.

[1308] Lo que si defienden RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro*, pp. 301-302; FIANDACA, Giovanni. "La tipizzazione del pericolo", en: *DDDP*, 1984, pp. 455 y ss. Para el ámbito del DP económico, TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito*, p. 36; ÍDEM. *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskrimilalität. T I: AT*, Studium, Hamburg 1976, pp. 81 y ss., 86; ÍDEM. "Wirtshaftsstrafrecht- Einführung und Übersicht", en: *JuS*, 1989, p. 691.

[1309] En tal sentido, p.e., en los delitos contra el ambiente natural (arts. 325° y ss. del CP), no cabe duda que la protección del bien jurídico-penal estabilidad del ecosistema sería inútil si los tipos penales contemplaran directamente la lesión o el peligro de dicho bien, pues tal punto de partida obligaría a criminalizar conductas lo suficientemente graves para ello, es decir las

uso de los tipos de peligro abstracto. Por cierto, aquellas conductas que afectan o lesionan directamente al bien intermedio equivalen, al menos, a una puesta en riesgo concreto del bien colectivo. En todo caso, los comportamientos que solo ponen en riesgo al bien intermedio, es decir los que podría entenderse originan un peligro abstracto para el bien colectivo, deben controlarse, a nuestro entender, fuera del DP, dado que la relación con los bienes individuales es tan lejana o remota que no se justifica el merecimiento de pena, por lo que debe instrumentarse para tales supuestos la intervención del Derecho administrativo sancionador al no configurarse un bien jurídico-penal.

§ 12. De este modo, lo expuesto puede resumirse como sigue: los bienes jurídicos colectivos tienen autonomía frente a los individuales y su titularidad pertenece a toda la ciudadanía por igual. Estos son complementarios de los bienes individuales en la medida que constituyen condiciones esenciales para su adecuado funcionamiento. Por ello, la reacción penal frente a las ofensas que sufren los bienes colectivos, debe ser menor a la conminada respecto de los individuales. La determinación del contenido y límites de los bienes jurídicos colectivos debe ser producto de una ponderación racional de diversos intereses legítimos. La tutela de dichos bienes debe operar en relación a su propio contenido, sin necesidad de referencias implícitas o explícitas a los bienes individuales, y recurriendo solo a tipos de lesión o de peligro concreto.

§ 13. Finalmente, en cuanto a los bienes colectivos, nos interesa poner de relieve su relación con los denominados intereses difusos, cuya

---

catastróficas (lesión) o las encaminadas hacia tal meta (peligro), lo que solo se lograría tipificando conductas omnicomprensivas, inciertas o vagas. Como ello no es conveniente político criminalmente, ni desde el punto de vista del principio de legalidad, es necesario tipificar los comportamientos en relación con bienes intermedios, o mejor dicho a través de aquellos objetos que en su interacción permiten la estabilidad del ecosistema: es decir el aire, el agua, los suelos, la flora y la fauna, Vid. CARO CORIA, Dino Carlos. *La estabilidad del ecosistema*, pp. 217 y ss.

referencia en sectores específicos como la protección del ambiente[1310], y en general dentro del terreno penal económico[1311], constituye un lugar común de la ciencia penal contemporánea. No obstante, la determinación del concepto, límites y funciones de los intereses difusos no es clara en la doctrina, más aún cuando se pretende sostener diferencias ontológicas en relación con los bienes jurídicos colectivos, de cara a conocer si nos hallamos ante una dualidad innecesaria o más bien frente a dos realidades que sirven a fines diversos o complementarios. Como es ampliamente conocido, la noción de interés difuso o difundido[1312] fue introducida en la ciencia jurídica por SGUBBI[1313].

Así identificaba SGUBBI aquel interés o aspiración difundida, es decir presente de modo informal y propagado a nivel masivo en determinados sectores de la sociedad, con un control sobre las posiciones jurídico-económicas dominantes, todavía excluidas a la participación, de modo que se trata de una estructura alternativa a la tradicional categoría de derecho subjetivo que ha informado al Derecho en general y también al DP, pues el bien jurídico no sería más que una sublimación e ideolo-

---

[1310] SGUBBI, Filippo. "Protección penal del medio ambiente en Italia", en: *Protección internacional del medio ambiente y derecho ecológico*, UPV, Bilbao, 1987, pp. 162 y ss. En la misma publicación, CARBONELL MATEU, Juan Carlos. "En torno a los intereses de titularidad colectiva", pp. 215 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. "Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente", en: *Documentación Jurídica*, Vol 2, Nº 37-40, 1983, p. 879; PERIS RIERA, Jaime. *Delitos contra el medio ambiente,* Universidad de Valencia, 1984, p. 24.

[1311] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Perspectivas actuales del DP económico", en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 1, Lima, 1993, pp. 65 y ss.

[1312] SERRANO MORENO, José Luis. "El conflicto ecológico en el momento judicial del Estado de Derecho", en: *JPD,* Nº 25, nota 10, 1996, p. 82, precisa que la traducción correcta del italiano "*diffusi*" sería "difundidos" y no "difusos".

[1313] SGUBBI, Filippo. "Tutela penale di 'interessi diffusi'", en: *LQC*, 1975, pp. 439-481.

gización burguesa del concepto privatista de derecho subjetivo[1314]. En la doctrina española es también conocida la definición introducida por LOZANO-HIGUERO y PINTO, según la cual difuso es el "interés de un sujeto jurídico en cuanto compartido –expandido– o compartible –expandible– por una universalidad, grupo, categoría, clase o género de los mismos; cuyo disfrute, ostentación y ejercicio son esencialmente homogéneos y fungibles, y que adolece de estabilidad y coherencia en su vinculación subjetiva, así como de concreción normativa orgánica en sus tutelas material y procesal"[1315].

§ 14. Ahora bien, descritas solo a modo de ejemplo las anteriores definiciones, cabe poner de relieve que han sido varias e infructuosas las pretensiones doctrinales de diferenciar con certeza los intereses difusos de los colectivos, para lo cual se ha recurrido a variados criterios como la titularidad, el grado de organización, la divisibilidad del bien o su uso dentro de una rama del ordenamiento jurídico, entre otros[1316]. No obstante, en la doctrina penal GONZÁLEZ RUS ha demostrado que las únicas diferencias entre ambas categorías son "formales", es de-

---

[1314] SGUBBI, Filippo. "Tutela penale di 'interessi diffusi'", pp. 439, 449 y 446. En similar dirección, la clásica S 2207/1978 de la Corte Suprema Italiana de Casación define los intereses difundidos como aquellos "que en relación al objeto protegido, a las características y a la particular naturaleza de la normativa concerniente, son inidóneos para ser considerados en el ámbito exclusivamente individual, pudiéndose pues referir al sujeto no ya como individuo, sino como miembro de una colectividad más o menos amplia, coincidente al límite con la generalidad de los ciudadanos, pudiendo así dar lugar a una pluralidad de situaciones jurídicas análogas, con la consecuencia de que la disposición administrativa destinada a incidir sobre dichos intereses difusos no perjudica –en vía directa y actual– la esfera jurídica individual del sujeto", cit. por SERRANO MORENO, José Luis. Op. Cit., nota 13, p. 82.

[1315] LOZANO-HIGUERO Y PINTO, Manuel. *La protección procesal de los intereses difusos*, Rufino Blanco, Madrid, 1983, p. 155.

[1316] BUJOSA VADELL, Lorenzo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, J.M. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 98 y ss.; ACOSTA ESTÉVEZ, José María. *Tutela procesal de los consumidores*, J.M. Bosch, 1995, pp. 38 y ss.

cir de tratamiento jurídico, y no sustanciales, pues "solo los intereses difusos que tienen una base organizada y directamente reconocible (colectivos) pueden llegar a tener reconocimiento y actuación jurídica, aunque sustancialmente y en su existencia prejurídica unos y otros son equivalentes"[1317].

De igual modo, PÉREZ ALVAREZ precisa que los "bienes jurídicos colectivos y difusos son en esencia equiparables y las diferencias observadas no son sino de carácter formal (...). En definitiva no hay una diferencia de concepto entre tales objetos jurídicos, sino una diferencia referente al tratamiento jurídico, no sustancial o de tutela jurídica"[1318]. Por tales motivos, MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS entiende que si bien los intereses difusos surgen al margen de todo reconocimiento formal, en el momento en que se traspasa la situación puramente fáctica y el ordenamiento reconoce la existencia del interés difuso, estableciendo sus condiciones formales, este se habrá convertido en un interés colectivo, de suerte que no es otra cosa que "el interés difuso jurídicamente reconocido"[1319]. En similar línea, últimamente BUJOSA VADELL, quien se ha enfrentado monográficamente al estudio procesal de los intereses de grupo, ha concluido que la distinción entre intereses colectivos y difusos es relativa y poco neta, "que en todo caso tendría solamente un valor descriptivo pero no trascendencia jurídica. Es solo un dato exterior el que cambia, no nos añade nada, solo tiene eficacia descriptiva. La diferencia está en que los intereses colectivos implican una mayor determinación que facilita la identificación del portador, allanándose de este modo las dificultades para su protección"[1320].

[1317] GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1986, pp. 84-85.

[1318] PÉREZ ALVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumidor*, pp. 49-50, citando a FEDERICI.

[1319] MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio. *DP y protección del medio ambiente*, Colex, Madrid, 1992, pp. 37-39.

[1320] BUJOSA VADELL, Lorenzo. *La protección jurisdiccional*, pp. 102-103, apoyándose en TROCKER, GUERCIO, MARIANI, MAZZACANE, VIRGILIO y SENSALE.

§ 15. Empero, y sin perjuicio de reconocer la virtud de estas opiniones, consideramos que en el ámbito penal material el valor de los intereses difusos debe medirse por su utilidad en el terreno dogmático. En tal sentido, creemos que esta categoría carece de trascendencia para el DP[1321], pues no añade algo conceptualmente nuevo ni permite extraer consecuencias dogmáticas ciertas, sino más bien confusiones por su ambivalencia: por un lado, su semejanza con los bienes colectivos ha motivado infructuosos esfuerzos diferenciadores; y por otra parte constituye una concepción más bien opuesta al concepto material de bien jurídico-penal como ha demostrado BUSTOS RAMÍREZ[1322].

Ciertamente, el concepto de interés difuso nació con SGUBBI como una categoría alternativa o superadora del concepto material de bien jurídico. De esta manera, se erigió para evadir la limitada concepción de "derecho subjetivo", especialmente los de propiedad e iniciativa económica, pues los intereses difusos se conciben como fruto de la articulación de una vasta exigencia política de satisfacción de necesidades esenciales y de participación en el proceso económico, por lo que se trata de una instancia de antagonismo a las posiciones económico-jurídicas dominantes, que expresarían una aspiración de igualdad y libertad sustanciales. Consecuentemente, el bien jurídico, dado su carácter liberal individualista, sería incapaz de aprehender dicho antagonismo, de ser-

[1321] Al margen de la que pueda sostenerse, p.e., en el terreno procesal penal, en orden a salvar problemas de legitimidad procesal o relacionados con la idoneidad de las vías procesales y el valor de las sentencias, Vid. GIMENO SENDRA, Vicente & GARBERÍ LLOBREGAT, José. "La protección procesal del medio ambiente", en: *PJ*. Nº 37, 1995, pp. 141 y ss.; GERMÁN MANCERO, Isabel. "La víctima en el proceso penal: la protección del interés colectivo y difuso a través de la personación de las asociaciones y grupos de víctimas en el proceso", en: *CPC*, Nº 55, 1995, pp. 239 y ss. Sin embargo, es posible evitar la dualidad colectivo/difuso e instrumentar una tutela unitaria desde perspectivas generales, como la de "intereses de grupo", y en todo el ámbito procesal, sea civil, penal, laboral o administrativo, Vid. BUJOSA VADELL, Lorenzo. *La protección jurisdiccional*, pp. 107 y ss.

[1322] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Los bienes jurídicos*, pp. 187-188.

vir a una concepción alternativa, de forma que resultaría necesaria una nueva conceptualización, que sería la de los intereses difusos[1323]. Esta desconfianza frente al bien jurídico, según la cual este sería un concepto meramente formal asentado en una visión burguesa del control penal, ha sido calificada por BUSTOS RAMÍREZ como una crítica extra o metasistemática extrapolable por igual, p.e., a los principios de libertad e igualdad, nacidos también en el seno de la ideología burguesa, sin que por ello las posiciones "alternativas" hayan propuesto su erradicación, sino más bien la profundización de estos para alcanzar un concepto material. Por ello, entiende BUSTOS que tampoco se trata de abandonar el concepto de bien jurídico porque surgió en una sociedad burguesa, "sino de sobrepasar sus límites formales para llegar a una concepción material de él"[1324], lo que bien puede lograrse mediante su articulación al modelo de Estado social y democrático de Derecho (Art. 1.1 de la CE), de forma que el bien jurídico-penal, en su faceta colectiva o macrosocial, permita teórica y pragmáticamente satisfacer las nuevas necesidades o demandas sociales de protección, como se ha defendido aquí.

§ 16. De otra parte, debe también ponerse de relieve que la viabilidad del ambicioso proyecto de los intereses difusos, ha sido objeto de importantes críticas como las sostenidas por PORTILLA CONTRERAS, para quien no es posible verificar en la realidad la existencia de una política alternativa de bienes jurídicos ni la posibilidad de un uso alternativo del derecho[1325], como SGUBBI pretendía.

PORTILLA parte de constatar que la protección de los bienes colectivos, si bien se orienta a sancionar conductas funcionales con el sistema, como se evidencia, p.e., en la criminalización de la contaminación ambiental, la ineficacia verificada en el plano de la criminalización secundaria nos acerca a la política habitual consistente en sancionar solo

---

[1323] SGUBBI, Filippo. *Tutela penale*, pp. 439 ss.

[1324] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Los bienes jurídicos*, p. 190.

[1325] PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *Principio de intervención mínima*, pp. 742.

las conductas disfuncionales, lo que impide sostener la presencia de una política alternativa[1326]. De esta forma, concluye PORTILLA CONTRERAS señalando que el proyecto de SGUBBI comete el error de separar la forma jurídica de la estructura económica, limitándose a operar no en las relaciones de producción, sino en los agentes de distribución[1327].

§ 17. Pues bien, todas las críticas referidas demuestran la insuficiencia epistemológica del concepto de interés difuso, así como su incapacidad de dispensar una base sólida y cierta sobre la cual erigir una protección penal que, respetando el principio de mínima intervención, permita salvaguardar los intereses trascendentales en la sociedad. Por estos motivos, consideramos adecuado su destierro de la ciencia penal[1328], más aún porque la categoría de los bienes jurídicos colectivos, delimitados en términos de merecimiento y necesidad de pena, permite abordar con eficacia y garantismo la tutela de aquellos "intereses que pertenecen a todos y cada uno de los ciudadanos".

IV. REGLAS CONCURSALES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LOS DELITOS DE PELIGRO CON VERIFICACIÓN DE RESULTADO LESIVO

§ 18. Descontando la relación teleológica o de complementariedad que, por razones de merecimiento y necesidad de pena, deben guardar los

---

[1326] *Ibid*., p. 742. Precisa PORTILLA que la tesis de SGUBBI "adolece del defecto de basarse en una teoría como la del uso alternativo del derecho que olvida, que en la fase asistencial del Estado como período inherente al capitalismo tardío, los efectos de aquella tesis repercuten directamente sobre las mismas clases sociales a las que se pretende defender (...) si se considera que el ordenamiento jurídico es consecuencia de las relaciones de poder en el seno del aparato estatal, hablar de un uso alternativo del derecho como estrategia de lucha contra dichas relaciones, es ilusorio", p. 743.

[1327] *Ibid*., p. 744.

[1328] En igual sentido CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *En torno a los intereses*, p. 216, para quien incluso "habría que plantearse si, en el fondo, no se ha tratado de restringir el ámbito de protección de los intereses colectivos, so pretexto de que se trataba de difusos".

bienes jurídicos colectivos; su relativa liberación de los individuales, dada la necesidad de dispensarles una tutela autónoma, implica un conjunto de consecuencias directas en el tratamiento de múltiples instituciones[1329], entre las que cuenta la determinación de las reglas concursales aplicables a los delitos en donde la ejecución de un comportamiento *ex ante*[1330] riesgoso para un bien jurídico colectivo, no solo da lugar a la puesta en peligro, abstracto o concreto, de dicho bien, sino también a la realización *ex post* de uno o más resultados lesivos para los bienes jurídicos individuales.

Como se adelantara, el problema se cifra en determinar si el delito de peligro que deviene en uno o más delitos de lesión debe tratarse como un caso de concurso de leyes o más bien como un supuesto de concurso de delitos, real o ideal[1331]. La necesidad de superar esta problemática es evidentemente práctica, dado que la primera solución conduce a entender que se ha cometido un solo delito, mientras que la segunda parte de afirmar la existencia de una pluralidad de hechos pu-

---

[1329] Especialmente para la técnica de los tipos de peligro, la ley penal en blanco y el riesgo penalmente permitido.

[1330] Sobre la relevancia del juicio *ex ante* para en un DP preventivo sustentado en la función motivadora de la norma, Vid. MIR PUIG, Santiago. "La perspectiva *ex ante* en DP", en: *ADPCP*, 1983, pp. 5 y ss.

[1331] Aunque escapa al objeto de este estudio evaluar los conceptos de concurso ideal y real de delitos, y del llamado concurso de leyes, de normas, aparente o unidad de ley, Vid. SANZ MORÁN, Ángel. *El concurso de delitos*, Universidad de Valladolid, 1986; CUERDA RIEZU, Antonio. *Concurso de delitos*, passim; CALDERÓN CEREZO, Ángel. *Unidad y pluralidad de delitos*, CGPJ, Madrid, 1995; MIR PUIG, Santiago. *DP. PG*, 4ª ed., PPU, Barcelona, 1996, pp. 652 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes. *DP. PG*, pp. 477 y ss.; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Curso de DP. PG,* Cedecs, Barcelona, 1996, pp. 567 y ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. "Reglas especiales para la aplicación de las penas", en: Vives Antón (Coord). *Comentarios al CP*, Vol I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 415 y ss.; COBO DEL ROSAL, Manuel /VIVES ANTÓN, Tomás. *DP. PG*, pp. 691 y ss.; CID MOLINE, José. "Notas acerca de las definiciones dogmáticas del concurso de delitos", en: *ADPCP*, 1994, pp. 29 y ss.; JAKOBS, Günther. *AT*, 31/1 y ss.; JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de DP*, *PG,* Comares, Granada, 1993, §§ 66 y ss.

nibles[1332]. Y esta diferencia se traduce en la determinación de la pena aplicable al autor del hecho, pues como regla general el concurso de delitos agrava la reacción penal.

[1332] Debe advertirse que el legislador peruano, en el marco del CP de 1991, ha adoptado ocasionalmente la perturbadora técnica de los delitos cualificados por el resultado, en virtud del cual establece una pena "agravada" cuando de la comisión de un delito de peligro se suscitan uno o más resultados lesivos para bienes individuales como la vida o la salud de las personas. Así ocurre, p.e., en el delito de exposición a peligro de un incapaz seguido de lesión grave o muerte (Art. 125° pf. 2) o en el ilícito de propagación de enfermedades peligrosas o contagiosas seguido de lesiones graves o muerte (Art. 289° pf. 2). En semejante sentido se expresan, entre otros preceptos, los arts. 128° pf. 2, 275.1 y 3, 280° pf. 2, 286° pf. 2, 287° pf. 2, 305° *in fine* a y b. Esta técnica ha sido objeto de múltiples críticas, principalmente por constituir un rezago de la responsabilidad objetiva, opuesto al principio de culpabilidad. Antes bien, el código pretende decantarse por un sistema de responsabilidad subjetiva (Art. VII) y en la mayoría de supuestos la descripción lesiva se asocia a la fórmula "y el agente pudo prever estos resultados", de lo que suele entenderse que la agravante configura un tipo mixto o preterintencional. No obstante, en otros casos se omite dicha fórmula de modo que la única interpretación posible, dado el sistema de *numerus clausus* en la tipificación de la imprudencia (Art. 12° pf. 2) y la proscripción de la responsabilidad objetiva, es entender que el resultado debe alcanzarse dolosamente. Así sucede, p.e., en el tipo agravado de contaminación ambiental (Art. 305°), en el que la cualificación por lesiones graves dolosas (3 a 6 años de privación de libertad) u homicidio doloso (4 a 8 años), curiosamente no agrava la pena del homicidio simple (Art. 106°, 6 a 20 años) o las lesiones graves (Art. 121, 3 a 8 años), sino que la atenúa. Dada esta disfunción en el sistema de penas, nos atrevimos a defender la tesis del concurso ideal de delitos entre el ilícito de contaminación agravada por resultado de muerte o lesiones graves, y los delitos de homicidio simple o lesiones graves, Vid. CARO CORIA, Dino Carlos. *La protección penal del ambiente*, pp. 307-308. Sin embargo, hoy entendemos que dicha tesis, aunque materialmente permite que la pena refleje todo el disvalor del evento, formalmente se opone al *non bis in idem*. Con todo, existen muchos casos en que la legislación peruana acertadamente no instrumenta cualificaciones por el resultado, permitiendo el libre juego de las reglas del concurso de delitos o de leyes, de forma tal que el disvalor del suceso quede plenamente abarcado por uno o más injustos punibles.

Sin perjuicio de poder aplicarse las limitaciones previstas en los arts. 74°-76° del Código penal, el Art. 73° regula la pena del concurso real de delitos en virtud del principio de acumulación, según el cual la pena de cada delito se determina separadamente y luego se suman[1333]. A su vez, estableciendo limitaciones en el pf. 3, el Art. 77.2 sanciona el concurso ideal de delitos de conformidad con el principio de asperación, es decir con la pena del delito más grave, pero agravándola[1334]. En la legislación peruana, el concurso ideal y real son penados de acuerdo con el principio de absorción, pues los arts. 48° y 50° del Código penal, respectivamente, prevén la imposición de la pena establecida para el delito más grave, lo que sin duda no implica que, en sede de individualización judicial de la pena[1335], el mayor disvalor del concurso real respecto del ideal, y de estos respecto del mero concurso de leyes, pueda quedar reflejado mediante la mayor o menor pena que imponga el juez dentro de los límites legalmente previstos. Adicionalmente, el pf. 2 del Art. 48° establece el principio de combinación, aplicable tanto al concurso ideal y real, consistente en que las penas accesorias y medidas de seguridad puedan imponerse aunque la ley solo la señale para uno de los delitos concurrentes. De otro lado, arribar a la conclusión de la existencia de un concurso de leyes o de normas tampoco es superfluo[1336] pues, conforme con la moderna orientación de la doctrina alemana[1337], el precepto

---

[1333] MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes. *DP. PG*, pp. 484-487.

[1334] *Ibid.*, p. 483.

[1335] En sentido estricto, es decir la decisión sobre el tipo y cantidad de pena que corresponde aplicar al autor de un hecho delictivo por la transgresión culpable de un precepto penal, Vid. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general*, Cap. I/I.1.2, p. 54.

[1336] Así también, CUERDA RIEZU, Antonio. "El concurso de delitos en el borrador del APCP90", en: *ADPCP*, 1992, pp. 861-863. En contra SANZ MORÁN, Ángel. "El concurso de delitos en la reforma penal", en: *Unidad y pluralidad de delitos*, p. 199.

[1337] STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal, Parte general I,* Edersa, Madrid, 1982, Nº 1195 y ss.; JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado*, §69 I/2.

o preceptos desplazados podrán ser tenidos en cuenta, a determinados efectos, en combinación con el precepto preferente, e incluso podrán ser aplicados en defecto de estos últimos[1338].

§ 19. La tesis del concurso de leyes es sostenida por un sector de la doctrina, especialmente en el ámbito de los delitos de peligro concreto. Se parte pues de considerar que el disvalor total del hecho, es decir la desvaloración del comportamiento *ex ante* riesgoso y los resultados de riesgo y lesión comprobados *ex post*, es plenamente abarcado por aquellos ilícitos consistentes en la lesión de bienes individuales, de forma que estos subsumen el disvalor que subyace al delito de peligro, lo que explica la mayor pena que generalmente se prevé, p.e., para delitos como el homicidio o lesiones, respecto de los ilícitos contra la salud pública o la seguridad del tráfico. Consecuentemente, no existe un concurso de delitos sino uno de leyes que debe resolverse en concordancia con el principio de subsidiariedad[1339], es decir que se castigará únicamente el delito de lesión[1340].

[1338] MIR PUIG, Santiago. *DP. PG*, pp. 668-669; GARCÍA ALBERO. *"Non bis in idem" material y concurso de leyes penales*, Cedecs, Barcelona, 1995, pp. 195-206.

[1339] El Art. 8° del Código penal resuelve los casos de concurso de leyes mediante las reglas de especialidad (1ª), subsidiariedad (2ª), consunción (3ª) y alternatividad (4ª), Vid. MIR PUIG, Santiago. *DP. PG*, pp. 669 y ss. Precisa JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado*, §69II/2, que el principio de subsidiariedad significa que un precepto penal solo deberá aplicarse en el caso de que no intervenga antes otro, pues ambos "protegen el mismo bien jurídico en diferentes fases de ataque" (HONIG). Este principio es directamente aplicable en el sistema penal peruano, dado que el Código penal de 1991 inconvenientemente omite regular el concurso de leyes, a diferencia del Código MAÚRTUA de 1924 que al menos preveía en el Art. 106° la regla de especialidad como principio de solución del llamado "concurso aparente de delitos".

[1340] En igual sentido: GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *El delito de conducción*, p. 208; SANZ MORÁN, Ángel. *El concurso*, p. 124; DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. "Los delitos calificados por el resultado y el art. 3 del PCP80 (II)", en: *ADPCP*, 1983, p. 107; MIR PUIG, Santiago. *DP. PG*, p. 671; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios de DP. PG*, 2ª ed., Akal, Madrid, 1990, p. 276; BLEI, Hermann. *Strafrecht I. AT*, Studienbuch, 18ª ed., de la obra iniciada por Edmund

Esta es la aparente solución que el Art. 383 pf. 1 del nuevo Código penal[1341], heredero de la tradición del Art. 340° bis c) del trCP[1342], prevé para el ámbito de los delitos contra la seguridad del tráfico, pues la ley parece apreciar un concurso de leyes que resuelve según el criterio de subsidiaridad[1343].

Mezger, C.H. Beck, München, 1983, p. 360; BAUMANN, Jürgen/ WEBER, Ulrich. *Strafrecht. AT. Ein Lehrbuch*, 9ª ed., Gieseking, Bielefeld, 1985, p. 664; SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht. AT*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1984, p. 446; JAKOBS, Günther. *AT*, 31/29; JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado*, § 69II/2b; STRATENWERTH, Günther. *PG I*, Nº 1191; WESSELS, Johannes. *DP. PG*, Depalma, Buenos Aires, 1980, §17V/2. Antes bien, GEERDS, Friedrich. *Zur Lehre von den Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburg, 1961, pp. 165 y ss., y DELGADO GARCÍA, Joaquín. "Los concursos en el DP", en: *LL*, Vol 1, 1996, p. 1684, estiman que los supuestos de peligro concreto seguido de resultado lesivo deben resolverse mediante el principio de consunción, línea seguida por la STS de 20 de junio de 1989 al señalar que "la producción de un resultado lesivo propiamente dicho (...), casos de producirse operaría por consunción sobre el delito de peligro". Empero, a nuestro juicio solo el fundamento de la subsidiaridad es capaz de explicar la captación por el tipo de lesión de todo el disvalor del suceso pues, como se verá luego, siempre que se trate del mismo bien jurídico, el resultado lesivo preponderá ante el mero peligro. Así también: GARCÍA ALBERO, Ramón. «*Non bis in idem*», nota 133, p. 357; BURGSTALLER, Manfred. "Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht", en: *JB*, 1978, pp. 401 y ss.

[1341] El Art. 383° pf. 1 del CP español establece: "Cuando de los actos sancionados en los arts. 379°, 381° y 382° se ocasionara, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces y Tribunales apreciarán tan solo la infracción más gravemente penada (…)".

[1342] Antes Art. 340° bis a) *in fine*, Vid. DIEZ RIPOLLES, José Luis. *Los delitos calificados*, nota 90, p. 107; ESCRIVÁ GREGORI, José María. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en DP*, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 119 y ss. Comentando el sentido del Art. 340° bis c); BEJAR GARCÍA, Javier. "Concurso de leyes en DP", en: *Unidad y pluralidad de delitos*, p. 19, señala que este constituye un caso de subsidiaridad tácita, pues el delito de peligro concreto es subsidiario respecto al de lesión, salvo que el riesgo creado exceda del resultado dañoso producido.

[1343] No obstante, HERNÁNDEZ PLASCENCIA, José Ulises. *Delitos de peligro*, pp. 125, comentando la norma del trCP señala que su fundamento puede

§ 20. Pues bien, contra la pretensión de generalizar esta solución se ha sostenido, correctamente a mi juicio, que la relación de subsidiaridad entre los delitos de peligro y los de lesión no puede afirmarse siempre[1344], sino sólo en los casos en que el bien o bienes puestos en riesgo sean los mismos que se lesionan, de forma que todo el disvalor del peligro[1345] quede absorbido por la producción del resultado lesivo[1346]. En tal sentido, el resultado de peligro previsto en un tipo penal solo puede ser subsumido por el resultado de lesión tipificado por otro, siempre

---

ser diverso al de la subsidiaridad. Por ello CUERDA RIEZU, Antonio. *Concurso de delitos*, p. 233, señala con razón que es insostenible la tesis de la subsidiaridad cuando la pena del delito de peligro sea más grave que la del tipo lesivo. También críticamente, GARCÍA ALBERO, Ramón. *"Non bis in idem"*, pp. 358-359.

[1344] Como precisa GARCÍA ALBERO, Ramón. *"Non bis in idem"*, p. 358, "la mera plasmación expresa en el tipo de un resultado peligroso separado de la acción no habilita necesariamente a considerar un eventual desplazamiento en caso de lesión".

[1345] Partiendo de la identidad de bienes jurídicos y centrándonos en el ámbito del disvalor de acción, se acepta mayoritariamente que el peligro creado por culpa –criminalizable sobre todo en la tutela de bienes colectivos– queda consumido por el delito imprudente de resultado, dado que la inobservancia del cuidado objetivamente debido es el objeto del disvalor de acción que, asociado al disvalor del resultado, integra el delito imprudente, Vid. CEREZO MIR, José. *Curso de DP español. PG II*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pp. 176-177. Asimismo, es generalizada la concepción de que el dolo de lesión absorbe al mero dolo de peligro, Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro* pp. 48 y ss., 103.

[1346] PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel/ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *El caso de la colza*, pp. 237-238; HERNÁNDEZ PLASCENCIA, José Ulises. *Delitos de peligro*, nota 20, p. 118. Refiriéndose a un concurso aparente, actualmente denominado concurso de leyes, BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Los delitos de peligro", en: *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, p. 335; ORTEGO COSTALES, José. "Bien jurídico: lesión y peligro", en: *Estudios penales*, Universidad de Salamanca, 1982, p. 434; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Resultados de muerte*, p. 355; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios*, p. 276; JESCHECK, Hans Heinrich. "Die Konkurrenz", en: *ZStW*, 1955, p. 535.

que ambos delitos protejan el mismo bien jurídico, individual o colectivo. Esto es, cuando el disvalor de resultado de estos ilícitos se erige en función del mismo bien jurídico, pero con una diferencia de grado: peligro y lesión, respectivamente[1347].

En semejante línea de ideas, se ha sostenido que el desplazamiento del tipo de peligro solo puede tener lugar cuando el riesgo y la lesión se refieren a los mismos sujetos[1348] o al mismo objeto material de la acción, y pueda por ello erigirse el peligro como un estadio previo (*Vorstufe*) a la lesión, agotándose toda su potencialidad lesiva en esta última[1349]. En tal orden, se entiende que debe excluirse la aplicación del concurso de leyes frente a los delitos de peligro abstracto por no aspirar directamente a la tutela de bienes individuales[1350], y también ante

---

[1347] CID MOLINE, José. "Notas acerca", p. 46, pone en duda, sin razón a nuestro entender, la claridad del criterio de subsidiaridad, pues comprende que su aplicación resulta dudosa por la discusión dogmática acerca de si lo protegido en los delitos de riesgo son bienes individuales o bienes colectivos. Por contra, consideramos que esa falsa disyuntiva se encuentra actualmente superada tras interpretarse que los tipos de peligro pueden tutelar bienes individualizables, p.e., en los arts. 361° y 381° del CP español que exigen la puesta en riesgo de la vida o la salud de las personas, pero también bienes colectivos como el delito de contaminación ambiental del Art. 325° del CP español. En igual sentido Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro*, pp. 299 y ss.

[1348] CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Resultados de muerte*, p. 339. Le sigue TERRADILLOS BASOCO, Juan. "El ilícito ecológico. Sanción penal-sanción administrativa", en: *El delito ecológico*, Trotta, Madrid, 1995, p. 97. Para los casos de delitos imprudentes, HERNÁNDEZ PLASCENCIA, José Ulises. *Delitos de peligro*, p. 119. Vid. las referencias de CARDENAL MONTRAVENTA, Sergi. "Homicidio intentado y lesiones consumadas en el mismo sujeto pasivo: ¿concurso de leyes o concurso de delitos?", en: *ADPCP*, 1995, pp. 1009 y ss.

[1349] GARCÍA ALBERO, Ramón. "*Non bis in ídem*", p. 357.

[1350] GARCÍA ALBERO, Ramón. "*Non bis in idem*", p. 357. JAKOBS, Günther. *AT*, 31/29; GEERDS, Friedrich. *Zur Lehre*, p. 213; BURGSTALLER, Manfred. *Die Scheinkonkurrenz*, p. 401. JESCHECK, Hans- Heinrich. *Tratado*, §69II/2b.

los delitos de peligro concreto que no sean de naturaleza estrictamente individual[1351]. Frente a estas ideas, consideramos que es más exacta la exigencia de identidad de bien jurídico, pues lo relevante es determinar si el disvalor del peligro queda abarcado por el injusto de lesión, para lo cual es insuficiente el dato ontológico de la igualdad de objeto material o de sujetos, requiriéndose un baremo valorativo que lo proporciona la identidad de bien jurídico-penal. De otro lado, como se analizará luego, tampoco existe motivo para excluir a priori el concurso de leyes ante los tipos de peligro abstracto y concreto de naturaleza no individual, dado que si bien estas técnicas se orientan a proteger bienes colectivos, puede ocurrir que la aptitud lesiva, abstracta o concreta, solo opere sobre los mismos bienes efectivamente lesionados, de modo que la desvaloración del riesgo se subsume totalmente en el injusto del tipo lesivo.

§ 21. No obstante, muchas veces puede suceder lo contrario, es decir que el peligro creado lo sea para un bien jurídico distinto de aquellos que resultan lesionados. De esta forma, y especialmente en la interacción que opera entre los bienes colectivos e individuales, si de la puesta en riesgo de los primeros resulta la lesión de los últimos, ello no significa que dicho riesgo *necesariamente* se haya agotado en la realización de los eventos lesivos contra esos intereses individuales, dado que puede permanecer la amenaza de que se lesionen bienes idénticos pertenecientes a otras personas e incluso otros diferentes a los ya vulnerados.

Así, p.e., en los delitos contra la seguridad del tráfico, es común que la puesta en peligro recaiga sobre una pluralidad de bienes jurídicos, como la vida, la salud individual o la propiedad privada, mientras que luego la lesión solo se produce en uno concreto[1352], p.e., el sujeto que

---

[1351] GARCÍA ALBERO, Ramón. *"Non bis in idem"*, p. 358; BURGSTALLER, Manfred. *Die Scheinkonkurrenz*, p. 401.

[1352] CRAMER, Peter. En: Schönke/Schröeder. *StGB. Kommentar*. 22ª ed., C.H. Beck, München, 1985, § 315 b), nº 16 y § 315 c), nº 45; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la conducción suicida", en: *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, Nº 7, nota 67, 1989, p. 175.

conduce a velocidad excesiva y no respeta las luces rojas finalmente, luego de evitar varias colisiones con otros vehículos, atropella a un peatón causándole lesiones leves. A su vez, en el terreno de la responsabilidad por productos defectuosos, ha sido una constante que el ámbito del peligro logre superar el de las lesiones y muertes efectivamente producidas, por cuanto el riesgo recae sobre todo un colectivo del que solo resultan lesionados algunos de sus miembros[1353]. Así ocurrió en el caso de la colza, donde la STS de 23 de abril de 1992 hizo referencia a 300 muertos y 15.000 damnificados, sin embargo el riesgo creado para el colectivo indeterminado de consumidores continuó realizándose, tanto que a principios de 1995 los medios de comunicación cifraron las pérdidas humanas en 700 muertos y 20.000 damnificados[1354].

Por cierto, si se sostiene, como aquí, que los bienes colectivos deben guardar autonomía en relación con los individuales, sin perjuicio de la necesaria relación de complementariedad entre ambos[1355], entonces debe entenderse que en los delitos de riesgo que afectan a un bien jurídico colectivo aunque existe una finalidad de protección adelantada de los intereses de una pluralidad indeterminada de personas, dicha finalidad no se agota en el mero interés individual. En ese orden de ideas, la *ratio* de la protección del bien colectivo no se limita a la evitación de riesgos o lesiones para determinados bienes individuales, pues aunque tales lesiones se realicen subsiste, gracias al bien colectivo, la desvaloración del peligro, abstracto o concreto, al que fueron sometidos los bienes individuales no lesionados. Y dicha desvaloración no puede ser subsumida en el injusto de los tipos de lesión, limitados a una protección de orden microsocial. Por lo tanto, la lesión particularizada de algunos de esos bienes jurídicos individuales amenazados no supone simplemente –como en los delitos de peligro individual– una progresión en la línea

---

[1353] PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel/ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *El caso de la colza*, p. 238.

[1354] HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto*, pp. 49-50 nota 1.

[1355] Vid. supra II.

de ataque al bien jurídico y, en cuanto tal, un injusto más grave, sino distinto porque junto a la lesión inferida a esa víctima concreta hay que valorar la de la indemnidad de aquellas otras víctimas potenciales que podrían ser o han sido amenazadas por la conducta peligrosa del autor realizada contra el bien jurídico colectivo[1356].

Distinta sería la solución de apostarse por un entendimiento de los bienes jurídicos colectivos en el sentido que sostienen HASSEMER, PADOVANI y TERRADILLOS BASOCO[1357]. En efecto, señalar que tales bienes carecen de autonomía, equivaldría a erigir la prohibición penal en función de la lesión o puesta en riesgo de los bienes jurídicos individuales. Esa era, p.e., la técnica legislativa instrumentada, en el seno del trCP, para la criminalización del delito de contaminación ambiental prevista en el Art. 347° bis, pues se exigía para la tipicidad que se "ponga en peligro grave la salud de las personas", lo que fue interpretado como la puesta en riesgo abstracto-concreto, o la creación de un riesgo hipotético para la salud individual de las personas[1358]. Bajo esta comprensión, sería inevitable identificar los delitos que afectan al bien colectivo con la puesta en peligro de bienes individuales, lo que no solo hace innecesario pensar en una dogmática de los bienes colectivos al carecer estos de un injusto propio, sino que además determinaría, en caso de resultado lesivo, que dicho peligro quede completamente absorbido por la lesión, operando por ende un mero concurso de leyes o de normas. De tal modo, la sola sanción como delito de resultado lesivo solo puede obedecer a la falta de conscienciación sobre la autonomía de los bienes jurídicos colectivos[1359].

[1356] MAQUEDA ABREU, María Luisa. *La idea de peligro*, p. 497.

[1357] Así p.e. HERNÁNDEZ PLASCENCIA, José Ulises. *Delitos de peligro*, p. 118, resuelve como concurso de leyes los supuestos en que, sin más, un bien jurídico es instrumental de otro.

[1358] DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, nota 293, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 111.

[1359] Similar, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Resultados de muerte*, p. 356.

§ 22. Por estas razones no puede establecerse como regla general que todo el disvalor del delito de peligro es siempre absorbido por el injusto del delito de lesión. Cuando así fuere, bastará sin duda con aplicar las reglas de concurso de leyes, es decir el criterio general de subsidiaridad. No obstante, son también imaginables muchos casos en los que el disvalor del delito de peligro supera ampliamente al disvalor del delito de lesión, de modo que se generan injustos con perfiles distintos e inabarcables por uno solo de ellos[1360], por lo que inevitablemente deberá instrumentarse la solución del concurso de delitos, a fin de que todo el disvalor quede reflejado en la sanción penal y sin que por ello se vulnere el *non bis in idem*, pues cada delito concurrente fundamenta su injusto en un distinto disvalor[1361].

[1360] DOVAL PAÍS, Antonio. *Delitos de fraude*, p. 366.

[1361] A favor de esta solución se pronuncia la doctrina que podría considerarse dominante en esta materia, Vid. entre otros, MAQUEDA ABREU, María Luisa. *La idea de peligro*, p. 497; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Resultados de muerte*, pp. 336 nota 21, 338-339, 355 y ss.; GÓMEZ BENITEZ, José Miguel. *Causalidad*, p. 105; GRACIA MARTÍN, Luis/ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 100; GARCÍA ALBERO, Ramón. *"Non bis in idem",* p. 358; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *DP de la circulación*, 2ª ed., PPU, Barcelona, 1990, p. 243; ÍDEM. "Conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas: concurso con el delito imprudente y posible degradación como imprudencia por culpa concurrente. (Comentario a la STS de 25-10-1988)", en: *PJ*, 1991, p. 150; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Consideraciones dogmáticas*, nota 67, p. 175; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de DP*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 310; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel/ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *El caso de la colza*, pp. 237-238; VARGAS CABRERA, Bartolomé. "Homicidios frustrados o en tentativa con dolo eventual: en el supuesto de los conductores suicidas", en: *PJ*, Nº 14, 1989, pp. 59 y ss.; PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumidor*, p. 221. JAKOBS, Günther. *AT*, 31/29; MAYER, Hellmuth. *Deutsches Strafrecht. AT. Lehrbuch*, Carl Winters, Heidelberg, 1915, p. 504; MEZGER, Edmund. *Tratado de DP*, T II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, p. 369; WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. 11ª ed., W. de Gruyter, Berlin, 1969, p. 235; CRAMER, Peter. En: Schönke/Schröeder. *StGB. Kommentar*, 24ª ed., nº 129 , C.H.

En algunos casos la ley penal podría corroborar esta conclusión. Así, bajo el imperio del trCP, la perturbadora regla del Art. 348°[1362] servía para rechazar el argumento del concurso de leyes, pues se interpretó que su tipificación ponía de relieve no solo que el disvalor del delito de peligro no quedaba absorbido por la producción de resultados lesivos, sino que la producción de la muerte a consecuencia de la realización del tipo de peligro daba lugar a una pena agravada respecto de la que resultaría de la aplicación del régimen concursal normal[1363]. Algo similar ocurría con la regla del Art. 89° de la Ley de Energía Nuclear 25/1964 de España, de 24 de enero, que imponía la solución del concurso ideal ante la producción de resultados de muerte, lesiones o daños[1364]. Por contra, otras veces la ley cierra la opción de aplicar las reglas del concurso de delitos, como sucede en el ejemplo de los delitos contra la seguridad del tráfico y el Art. 383° pf. 1 del CP español.

Lo contrario, o sea sancionar estos supuestos únicamente con la pena conminada para el delito de lesión de bienes individuales[1365], su-

---

Beck, München, 1991, antes de los §§ 53 y ss.; ARZT, Gunther/ WEBER, Ulrich. *Strafrecht. BT. LH2. Delikte gegen die Personem (Randbereich)*, Schwerpunkt: Gefährdungsdelikte, Bielefeld, 1983, p. 40 y ss.; DREHER, Eduard & TRÖNDLE, Herbert. *StGB und Nebengesetze*, 46ª ed., Nº 19, C.H. Beck'sche, München, 1993, antes de § 52; LACKNER, Karl. *StGB mit Erläuterungen*. 20ª ed., nº 33, Beck, München, 1993 antes del § 52; JESCHECK, Hans- Heinrich. *Tratado*, §69II/2b.

[1362] Art. 348° del trCP: "Siempre que por consecuencia de cualquiera de los hechos comprendidos en los arts. anteriores (*delitos contra la salud pública y el medio ambiente*) resultara muerte, incurrirá el culpable en la pena de reclusión menor, además de las penas pecuniarias establecidas en los respectivos casos", cursiva y paréntesis fuera de texto.

[1363] PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel/ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *El caso de la colza*, p. 238.

[1364] DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. *Respuesta penal al peligro nuclear*, PPU, Barcelona, 1994, pp. 303 y ss.

[1365] En adelante, Vid. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Resultados de muerte*, pp. 356-357.

pondría castigar como iguales supuestos distintos, atentándose contra el principio de igualdad por no tenerse en cuenta que, junto a la lesión de tales bienes, coexiste la puesta en riesgo de un bien colectivo. A su vez, el desconocimiento del contenido de injusto distinto de estos comportamientos debe deleznarse también por razones político criminales, pues la no sanción de dicho riesgo contradice la misión preventiva del DP, pues siempre habrá que esperar a la producción de catástrofes como el caso del aceite de colza para aplicar una pena que, en tal situación, solo puede aspirar a la mera retribución por el hecho, lo que conculca el principio de culpabilidad. Lejos de ello, el castigo autónomo del delito del peligro revaloriza la función preventiva y se adecua al sentido del principio de culpabilidad. Adicionalmente, la agravación de la pena como producto de la aplicación de las reglas del concurso de delitos, deja sin justificación la presencia legislativa de los delitos cualificados por el resultado[1366].

§ 23. Planteado este panorama, el paso siguiente consiste en diferenciar los casos en que, pese a tratarse de bienes jurídicos distintos, el disvalor del delito de peligro queda abarcado por la desvaloración atribuible al delito de lesión. Dicho de otro modo, se trata de determinar los supuestos donde la puesta en peligro de un bien colectivo queda subsumida por los delitos de lesión que protegen bienes individuales, de modo que el hecho deba sancionarse de acuerdo con las reglas del concurso de leyes, es decir en virtud del principio de subsidiaridad. Sobre el particular, es posible concluir que ello es así cuando, dada la comisión de un delito de peligro contra un bien colectivo, el riesgo no tiene carácter general sino que se encuentra individualizado, de modo que al concretarse el único resultado lesivo posible[1367], no subsiste el

[1366] HERNÁNDEZ PLASCENCIA, José Ulises. *Delitos de peligro*, pp. 121-122, señala que la solución del concurso de delitos permite excluir otras técnicas, entre las que cuentan las fórmulas cualificadas por el resultado, p.e., la del Art. 348° del trCP antes mencionada.

[1367] En general, siempre que el peligro, desde una consideración *ex-ante*, pueda realizarse sólo en resultados lesivos determinados, es decir uno o más de

riesgo de que pueda lesionarse otros bienes jurídicos, por lo que el disvalor del resultado de lesión consume ya el de la puesta en riesgo[1368].

Estos supuestos pueden denominarse de "*riesgo cerrado*", en contraposición a los casos en los que el peligro permanece "*abierto*", es decir cuando pese a operar la lesión, la posibilidad de afección de otros bienes no desaparece[1369]. Ahora bien, para que el peligro quede consumido por la lesión, es preciso que éste quede "cerrado", pues por definición no habrá existido un peligro de carácter *general*, es decir de ámbito plural e indeterminado, sino de la clase *especial*[1370]. Así ocurre precisamente en los llamados delitos de *peligro general individual*, que se caracterizan porque el riesgo existe para una pluralidad indeterminada de personas pero sólo una de ellas podría ser lesionada, de forma tal que el peligro queda cerrado con el ocasionamiento de la única lesión posible.

Ello ocurre, p.e., si el cocinero dolosamente añade un ingrediente nocivo solo a uno de los platos de los destinados a los clientes del restaurante, poniendo en peligro a cada uno de ellos, aunque solo un comensal puede resultar dañado luego de la ingestión, lo que efectivamente ocurre al producirse una muerte. En el ejemplo, si bien es cierto que el riesgo afecta a la totalidad de clientes y por ende sería aplicable el tipo del Art. 363.2 del CP español (venta de comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud), no puede obviarse el dato de que la potencialidad del peligro es graduada o dominada por el autor, dado que la aptitud lesiva solo podía realizarse en un único resultado

---

uno, pero siempre que anteladamente pueda conocerse y dominarse el como y el cuanto de tales resultados.

[1368] STRATENWERTH, Günter. *DP. PG*, Nº 1191-1192; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado*, § 69II/2b; MAQUEDA ABREU, María Luisa. *La idea de peligro*, p. 497; MATEOS- RODRÍGUEZ ARIAS, Antonio. *DP y protección del medio ambiente*, p. 285; GARCÍA ALBERO, Ramón. *"Non Bis in Idem"*, p. 359; SERRANO GONZÁLEZ, José Luis. "Los delitos de incendio en el nuevo CP", en: *AP*. Vol 2, 1996, p. 837.

[1369] DOVAL PAIS, Antonio. *Delitos de fraude*, p. 367.

[1370] Vid. en adelante, *Ibid*., pp. 318-326, 367-369.

de muerte dolosa, sancionado por el Art. 138° que tipifica el homicidio. Por esta razón, consideramos que todo el disvalor, de acción y de resultado, del peligro queda abarcado por el disvalor inherente al tipo de lesión. De este modo, el cocinero no merece un trato distinto al del individuo que dispara sobre una multitud con el fin de matar indistintamente a cualquier persona, pues el hecho de que el peligro se realice aleatoriamente en la muerte del sujeto "x" del universo "U"[1371], no varía para nada la circunstancia objetiva de que este riesgo es inidóneo para lesionar a un número indeterminado de víctimas. Por estas consideraciones, debe descartarse la solución del concurso de delitos, pues solo se ha configurado un concurso de leyes entre los tipos previstos en los arts. 363.2 y 138°, predominando, por subsidiaridad, la aplicación del último al abarcar el disvalor total del hecho.

La misma solución merecen los casos de *peligro especial individual*, es decir aquellos en los que existe peligro para una pluralidad de personas seleccionadas o determinadas por el autor, de las que solamente puede ser lesionado un sujeto indeterminado. En estos supuestos, dado que el peligro queda "cerrado", este es absorbido o subsumido por el resultado lesivo, razón por la cual no es posible argumentar un concurso de delitos sino un mero concurso de leyes o normas[1372].

Así sucede, p.e., cuando el empleador por falta de dinero omite dotar de los implementos necesarios para la seguridad del trabajador que ocupará el puesto de limpiaventanas de altura (Art. 316° CP español), lo que ocasiona que el sujeto posteriormente asignado a dicha labor sufra lesiones irreversibles. En tal supuesto, existe un pluralidad determinada de personas (los trabajadores de la empresa) que pudo verse sometida al riesgo creado por el empleador, pero solo quien fue seleccionado

---

[1371] Debe tenerse en cuenta que la norma primaria subyacente al tipo de homicidio tiene por objeto determinar o evitar la lesión del bien jurídico vida "en abstracto", es decir de cualquier persona en cualquier circunstancia, aun si es aleatoria o cierta.

[1372] Cercano, HERNÁNDEZ PLASCENCIA, José Ulises. *Delitos de peligro*, p. 138.

para la labor padeció el único riesgo y el único resultado lesivo posible, mientras que los demás se mantuvieron indemnes. Como en el ejemplo anterior, no es posible sancionar aquí más allá de aquello que pudo dar lugar al único daño, dado que pretender criminalizar la puesta en riesgo de una pluralidad de personas de la que solo una pudo ser lesionada, sería intentar fundamentar el injusto del delito de peligro en la mera intranquilidad de otros bienes que, en ningún caso, pudieron resultar lesionados[1373].

§ 24. Un caso especial es el de los delitos de *peligro especial colectivo*, en los que se amenaza a una pluralidad determinada de personas de la que varias o todas son susceptibles de lesión, p.e., el caso del pirómano que conociendo de la existencia de personas en el interior de un edificio, lo incendia (Art. 351° CP español). Aquí, si la lesión opera sobre todas las personas puestas en riesgo, entonces el peligro queda "cerrado", de forma que ni siquiera debería plantearse un concurso de leyes sino que directamente se aplicaría el delito de lesión[1374]. No obstante, puede suceder que de las personas escogidas por el autor para poner en peligro, solo algunas resultan lesionadas, de modo que el riesgo quedaría "abierto" y por ende habría de resolver el caso, en principio, mediante las reglas del concurso ideal de delitos: delito de peligro y delito de lesión de bienes individuales[1375].

Empero, esta última solución no sería adecuada, pues a pesar de ser "abierto" no nos hallamos ante un peligro general, sino especial dado que el autor ha seleccionado a los sujetos a poner en riesgo, por lo que pudo prever la puesta en riesgo de los bienes individuales de esa pluralidad determinada de personas. Por ello, cabe resolver el supuesto sancionándolo como delito consumado –homicidio, lesiones, daños– respecto

---

[1373] DOVAL PAIS, Antonio. *Delitos de fraude*, p. 324.

[1374] Así, en el ámbito del delito de incendios, MUÑOZ CONDE, Francisco. *DP. PE,* 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 537.

[1375] Favorable a tal solución, *Ibid.*, p. 537. MAQUEDA ABREU, María Luisa. *La idea de peligro*, nota 72, p. 498.

de los bienes individuales lesionados, en concurso ideal con el delito en grado de tentativa respecto de los bienes individuales puestos en riesgo a través del peligro que quedó "abierto"[1376].

§ 25. Decantados los anteriores supuestos de peligro "cerrado", es posible identificar ahora el grupo de casos en los que el riesgo, pese a realizarse en un resultado lesivo, permanece aún "abierto", de modo que su desvaloración no puede ser abarcado por el injusto del tipo de lesión. Se trata de los llamados delitos de *peligro general colectivo*, en los cuales el riesgo amenaza a una pluralidad indeterminada de personas, de la que un número también indeterminado de ellas es susceptible de lesión. A este grupo pertenecen los hechos que motivaron jurisprudencias famosas como las sentencias de la colza, *Holzschutzmittel* y *Lederspray*, pues al margen de las lesiones o muertes que se atribuyeron al consumo de productos defectuosos[1377], no cabe duda que el resto de personas que utilizaron el producto sin sufrir daños para su vida o salud, estuvieron sometidas a ese riesgo general colectivo. Y evidentemente, dicho riesgo masivo desborda ampliamente el injusto de las lesiones individuales u homicidio, que tutelan más bien relaciones microsociales, razón por la cual la única forma de que el disvalor total del suceso quede reflejado en la pena a imponerse, en el llamado "marco penal concreto"[1378], es aplicando las reglas del concurso de delitos[1379].

[1376] Similar, HERNÁNDEZ PLASCENCIA, José Ulises. *Delitos de peligro*, p. 119.

[1377] En general solo mediante leyes fenoménicas probabilísticas, lo que dio lugar en cada momento a un intenso debate pericial sobre las posibles secuelas del consumo del producto en cuestión, Vid. HASSEMER, Winfried & MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto*, pp. 87 y ss., 140 y ss.

[1378] DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general*, p. 53 (Cap. I/I.1.1).

[1379] CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Resultados de muerte*, p. 339; MAQUEDA ABREU, María Luisa. *La idea de peligro*, p. 497; HERNÁNDEZ PLASCENCIA, José Ulises. *Delitos de peligro*, p. 138; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de DP*, p. 138; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *El ilícito ecológico*, p. 97; BELTRÁN BALLESTER, Enrique. "El delito

A nuestro juicio, la solución del concurso de delitos debe operar indistintamente de si el peligro exigido por el tipo es abstracto o concreto[1380]. En los primeros, según las actuales orientaciones que reivindican para este un "disvalor potencial de resultado" y por ende una "lesividad posible", la base mínima para la tipicidad está constituida por la realización de un comportamiento *ex ante* peligroso, de manera que si *ex post* sobreviene un resultado de peligro concreto o de lesión en este caso, ello no impide afirmar que se ha consumado el delito abstracto de peligro y desvalorarlo independientemente pero a la vez en conjunto con el resultado lesivo a través de las reglas del concurso de delitos[1381]. Lo mismo sucede con los delitos de peligro concreto, en los que la lesión constituye la realización de ese peligro real susceptible también de una desvaloración independiente.

Ahora bien, aún queda por determinar si nos hallamos ante un concurso ideal o real de delitos. En tal sentido, la alternativa del concurso ideal es sostenida actualmente por la doctrina mayoritaria[1382], pero a nuestro juicio no parece tan evidente que todos estos supuestos obedezcan al esquema de la unidad de acción y pluralidad de resultados –de peligro y lesión–, sobre el que descansa la lógica del concurso ideal[1383].

---

ecológico", en: *PJ*, Nº especial IV, 1988, p. 106; MATEOS- RODRÍGUEZ ARIAS, Antonio. *DP y protección del medio ambiente*, p. 285; SERRANO GONZÁLEZ, José Luis. *Los delitos de incendio*, p. 837.

[1380] MAQUEDA ABREU, María Luisa. *La idea de peligro*, p. 497.

[1381] En opinión de JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado*, §69II/2b, los delitos de peligro abstracto, bajo la perspectiva del hecho previo, nunca serán subsidiarios frente al delito de lesión, pues conservan relevancia propia atendiendo a su dirección de ataque contra la colectividad. Así también JAKOBS, Günther. *AT*, 31/29; MIR PUIG, Santiago. *DP. PG*, p. 671; GARCÍA ALBERO, Ramón. "*Non bis in idem*", pp. 358-359.

[1382] En esa orientación, p. e., Vid. MAQUEDA ABREU, María Luisa. *La idea de peligro*, p. 497.

[1383] SANZ MORÁN, Ángel. *El concurso*, pp. 143 ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes. *DP. PG*, pp. 480-484; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *DP. PG*, pp. 573-574; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Reglas especiales*, pp. 438 y ss.

Efectivamente, consideramos que en determinados casos la realización del tipo por imprudencia consciente o inconsciente puede tener relevancia en la decisión a favor del concurso ideal o real[1384].

Así, p.e., en el ámbito del delito alimentario nocivo, si al adulterar un producto destinado al comercio alimentario (Art. 364.1 Código penal), el autor advierte el posible peligro que crea con su comportamiento (culpa consciente), pese a lo cual procede a la venta del producto, conociendo por ende del riesgo que origina para la vida o la salud de los consumidores, existe entonces tanto una doble y distinta infracción del deber objetivo de cuidado, como también una doble infracción real y no ideal del deber subjetivo de cuidado y, en consecuencia, dos hechos típicos y no uno solo, configurándose un concurso real. Un tratamiento distinto merecería el mismo sujeto si realiza los dos comportamientos –adulteración y venta– con imprudencia inconsciente, dado que es común a ambos la infracción del deber subjetivo de cuidado, por lo que la solución adecuada será la del concurso ideal.

§ 26. Siempre que el peligro quede "abierto", en los casos con pluralidad de resultados lesivos, con mayor razón que en los eventos con lesión única o determinada, debe afirmarse la tesis del concurso de delitos y no de leyes, dado que el peligro creado por la conducta tampoco se agota con la realización de todos los resultados lesivos, sino que permanece respecto de los bienes no destruidos o menoscabados. No obstante, queda también por decidir si en tales casos debe apreciarse un concurso de delitos real[1385]

[1384] CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Resultados de muerte*, p. 357. Con todo, un sector defiende la existencia de una parte subjetiva del tipo de concurso de delitos, así MIR PUIG, Santiago. "Sobre el tipo subjetivo del concurso de delitos", en: *ADPCP*, 1987, p. 208.

[1385] Es favorable a esta alternativa MIR PUIG, Santiago. *DP. PG*, pp. 661-662; ÍDEM. "El delito de coacciones en el CP español", en: *Revista Jurídica de Cataluña*, 1977, pp. 811-812, para quien en los casos de concurso homogéneo "no concurre un solo hecho, sino tantos hechos como resultados dolosamente producidos". En similar perspectiva SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Consideraciones dogmáticas", p. 160, nota 23; COBO DEL ROSAL,

o ideal[1386]. También la evaluación del elemento típico subjetivo puede influenciar la calificación del suceso, pues además de los criterios clásicos que diferencian el concurso real e ideal, el dato de hallarse o no frente a una conducta realizada con imprudencia consciente o inconsciente puede condicionar la solución[1387].

Así, en casos de culpa consciente, la alternativa del concurso real es la más adecuada, sobre todo en supuestos como el de la adulteración de alimentos (Art. 364.1 del Código penal) en el que su venta, previendo la nocividad, no se realiza en un único momento, sino en varios que crean peligros independientes de efectiva lesión para el consumidor. Lo contrario ocurre en los supuestos de imprudencia inconsciente, aquí el fundamento de la infracción del deber subjetivo de cuidado es único, lo que hace más adecuado su tratamiento como concurso ideal de delitos.

§ 27. Como resumen de lo expuesto en esta parte, debe resaltarse que la decisión a favor de una u otra modalidad concursal en lo delitos de peligro con verificación de resultado lesivo, en general depende de que se hayan lesionado o no distintos bienes jurídicos y de que el disvalor de una de las infracciones aprehenda o no todo el disvalor de los hechos concurrentes. En tal sentido, existe concurso de leyes cuando el peligro y la lesión operan sobre el mismo bien jurídico. Asimismo, pese a que los bienes sean distintos, si el riesgo queda "cerrado" tras la lesión, como sucede en los supuestos de peligro general individual y peligro especial individual, se configura también un mero concurso de leyes dado

---

Manuel/ VIVES ANTÓN, Tomás. *DP. PG*, p. 699. Vid. los comentarios de JOSHI JUBERT, Ujala. "Unidad de hecho y concurso medial de delitos", en: *ADPCP*, 1992, p. 626. En Alemania, el § 52 del StGB, que regula los supuestos de concurso ideal incorpora expresamente el concurso homogéneo y heterogéneo, lo que reconoce la doctrina mayoritaria, Vid. JESCHECK, Hans- Heinrich. *Tratado*, §67II/1

[1386] En ese sentido, SANZ MORÁN, Ángel. *El concurso*, pp. 140, 147 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel/ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *El caso de la colza*, p. 240.

[1387] CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Resultados de muerte*, p. 358.

que el disvalor del delito del peligro queda absorbido por el disvalor subyacente al delito de lesión. En los casos de peligro especial colectivo, si el peligro queda "abierto", entonces opera un concurso ideal entre los delitos de lesión que afectan bienes individuales, y los delitos en grado de tentativa respecto de los otros bienes individuales puestos en riesgo por ese peligro "abierto". A su vez, en los delitos de peligro general colectivo la solución adecuada es la del concurso de delitos, que si bien en muchos supuestos puede ser ideal, cuando el autor realice el peligro con culpa consciente, la alternativa más adecuada es la del concurso real de delitos. Finalmente, los supuestos con pluralidad de resultados lesivos deben resolverse en general como concurso ideal de delitos, mientras que los casos de culpa consciente merecen el tratamiento del concurso real.

CUARTA PARTE
LA IMPUTACIÓN INDIVIDUAL EN LAS ESTRUCTURAS EMPRESARIALES

CAPÍTULO XII
INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DE LA AUTORÍA E INTERVENCIÓN DELICTIVA. APLICACIONES ESPECÍFICAS AL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA

I. PRESENTACIÓN

Quisiera iniciar este acápite haciendo una precisión inicial relacionada a sus pretensiones, la que formularemos en negativo.

No es su objetivo hacer un recuento de las teorías desarrolladas históricamente por la doctrina penal sobre ésta materia pues, como es fácil deducir, su extenso número haría de aquello una labor imposible, con lo cual este capítulo, para utilizar expresiones jurídico penales, sería a*bsolutamente inidóneo*; por otra parte, un desarrollo estrictamente descriptivo de las teorías sobre autoría y participación resultaría mezquino con los objetivos de esta obra[1388].

Tampoco es nuestro propósito postular una construcción acabada y en alguna medida original en torno a la autoría pues entiendo que la seriedad académica obliga a reservar pronunciamiento en tópicos de tal complejidad hasta que la madurez intelectual lo permita.

Nuestro objetivo es más modesto y pretende, a partir de ciertas ideas nucleares -que denominaré *tesis*- reconocer los rumbos seguidos actualmente por la teoría de la autoría y participación e identificar, al menos en sus contenidos más relevantes, el contenido actual de la misma. Este será el punto de partida para el abordaje posterior de los

---

[1388] Para tales propósitos, véase: ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal,* traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2000, passim.

problemas subyacentes a la intervención delictiva en el Derecho penal económico.

II. PRIMERA TESIS: LA DOGMÁTICA DE LA AUTORÍA PERMITE UNA APLICACIÓN MENOS ARBITRARIA DEL PODER PENAL DEL ESTADO

La *primera tesis* en torno a ésta cuestión tiene que ver con la importancia de aquella reviste como mecanismo de contención del poder punitivo del Estado y puede formularse en los términos siguientes: *La dogmática de la autoría permite una aplicación menos arbitraria del poder penal del Estado*.

Como ha destacado adecuadamente ZAFFARONI, la característica fundamental del poder estatal (y el poder punitivo es una expresión del mismo) es su tendencia extensiva y amplificadora que se manifiesta en postulados de política criminal destinados a exigir *más Derecho penal*[1389]. Esta tendencia de *huida hacia el Derecho penal* no sólo deriva en una utilización simbólica, claramente ineficaz en la solución de los problemas de criminalidad, sino que se expresa en el uso arbitrario del poder punitivo y frente al cual la dogmática aparece –utilizando expresiones de von Liszt- como barrera infranqueable[1390].

En efecto, el desarrollo de una dogmática de la autoría y participación permite superar los riesgos que subyacen a la formulación claramente neutral de las normas jurídicas. Esa neutralidad de las normas jurídicas, ya referida por GIMBERNAT en su famoso opúsculo "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?"[1391], puede observarse en el contenido del artículo 23º del Código penal, que regulan la autoría y la coautoría.

[1389] ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ ALAGIA, Alejandro/ SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho penal. Parte General,* Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 25.

[1390] VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho penal,* tomo segundo, traducción de Luis Jiménez de Asua, Reus, Madrid, 1927, p. 65.

[1391] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?,* Ara, Lima, 2009, p. 44.

No puede negarse que la referencia a la "*realización por sí o por medio de otro*" del hecho punible, en el caso de la autoría, o la fórmula de considerar coautores a quienes "cometan conjuntamente el hecho", sólo adquieren sentido racional gracias a la existencia de una dogmática que de sentido al contenido inicialmente neutro de las normas jurídico-penal.

Justamente es esa dogmática jurídico penal la que lleva, por ejemplo, a considerar que quien ejecuta la acción por coacción o por error proveniente de un tercero no *realiza* el hecho punible en el sentido del artículo 23º del Código penal o la que permite sostener que quien realiza un aporte esencial en el hecho punible pero no interviene en fase de ejecución del delito, no *co- comete* el hecho delictivo y, por tanto, no corresponde ser calificado como co-autor sino como cómplice primario.

III. SEGUNDA TESIS: PERSPECTIVA FUNCIONAL DE LA TEORÍA DE LA AUTORÍA E INTERVENCIÓN DELICTIVA

La *segunda tesis* que quisiera formular tiene que ver con los pilares sobre los que debe asentarse la dogmática de la autoría e intervención delictiva. Desde esa perspectiva resulta fundamental reconocer, por un lado, que el desarrollo de la teoría de la autoría e intervención delictiva no puede mostrarse desvinculado de la comprensión que se tiene sobre los fines del Derecho penal (perspectiva funcional) y, por otro lado, que estos fines no pueden ser otros que los de la *protección de bienes jurídicos.*

La construcción dogmática debe necesariamente responder a las finalidades político criminales de tutela subsidiaria de bienes jurídicos. En esa línea, sin pretender introducirme a una aún inacabada discusión epistemológica sobre los fines del Derecho penal, considero mucho más seguro recurrir a un sistema de teoría del delito de corte funcional orientado hacia la Política Criminal[1392].

[1392] ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General,* tomo I, traducción de Diego Luzón Peña/ Miguel Díaz y García Conlledo/ Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, pp. 51 ss./ 206-231.

Pues bien, de ésta tesis se extraen una serie de consecuencias de índole aplicativa que conviene desarrollar.

1. La distinción entre autor y cómplice se construye en función a la atribución del resultado y el riesgo.

Siendo la protección de bienes jurídicos el criterio en el que se asienta la dogmática de la autoría y la participación, es evidente que el fundamento de la distinción entre autoría y participación, reside en la vinculación del sujeto con la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico.

En ese contexto, el autor recibe tal calificación por ser responsable de la lesión del bien jurídico, en tanto que al cómplice se le atribuye algo de menor significación como es el haber puesto en riesgo el bien jurídico. Esta diferenciación es especialmente importante en la práctica en la medida que sirve para establecer los criterios aplicativos para la delimitación de la imputación objetiva que en el caso del autor tendrá como centro de referencia el resultado (al autor se le imputa objetivamente el resultado) y que en el caso del cómplice tendrá como eje central el riesgo (al cómplice se le atribuye el riesgo)[1393].

2. La distinción entre autor y cómplice no se construye en clave subjetiva

Esta relación entre la dogmática de la autoría e intervención delictiva y la finalidad de protección de bienes jurídicos permite explicar el total abandono de planteamientos meramente subjetivistas en virtud del cual la distinción entre autor y partícipe se reconocía en términos de *animus:* Si la intervención del sujeto en el delito era realizada con ánimo del autor (*animus auctoris*) se le calificaba al sujeto como autor; si, por el contrario, su intervención en el delito respondía a un ánimo de cómplice (*animus socii*) se le calificaba como cómplice[1394].

[1393] MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*, sétima edición, BdeF, Buenos Aires, 2005, p. 373.

[1394] En términos generales sobre el contenido de dichas teorías, véase: ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal,* pp. 69-75.

Desde esa perspectiva, la calificación del sujeto como autor no respondía a una intervención efectiva del mismo en el delito que, a su vez, reflejase una mayor intervención material u objetiva en la lesión del bien jurídico, sino tan sólo a una relación interna del sujeto con el hecho. Desde esa perspectiva, quien se limitaba a entregar al ejecutor material del delito un instrumento para su realización (por ejemplo, un arma), respondía necesariamente como autor si actuaba con ánimo de autor lo que implica, como es fácil deducir, una punición excesiva y, por ello arbitraria, sobre quien tenía solamente un rol meramente accesorio en la perpetración del delito.

3. Impacto de la perspectiva funcional en el *iter criminis*

Pero no es sólo que la finalidad tuitiva de bienes jurídicos sirve para fundamentar la distinción entre autor y partícipe, sino que adicionalmente sirve para reconocer y distinguir las fases del *iter criminis* consideradas penalmente relevantes y que, por tanto, permiten la punición –ya sea a título de autor como de cómplice-: Aquellas que involucran la puesta en peligro o lesión del bien jurídico[1395].

Al postularse una configuración del sistema penal en clave funcional, vinculada a la misión de protección de bienes jurídicos, se tendrá que aquella condición (tutela de bienes jurídicos) es la que permitirá delimitar las etapas del *iter criminis* que serán merecedoras de una pena. Esto explica porqué ni la *ideación* ni los *actos preparatorios* integran la noción de *tentativa*, conforme el artículo 16º del Código penal.

En efecto, al señalar expresamente en el artículo 16° en mención que: "En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo", se reconoce la irrelevancia penal de las actuaciones previas a la ejecución del hecho punible, lo que responde a que sólo a partir del inicio de ejecución de la conducta típica

[1395] ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ ALAGIA, Alejandro/ SLOKAR, Alejandro. Op. Cit., pp. 633- 634.

se produce la puesta en peligro del bien jurídico penalmente tutelado[1396].

Justamente esta circunstancia (*ofensividad en relación al bien jurídico*) es la que explica la no punibilidad de la tentativa inidónea. El artículo 17º del Código penal señala que "No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto" con lo que se reconoce la no punibilidad de dicha clase de tentativa, justamente debido a que las circunstancias antes descritas (ineficacia absoluta del medio empleado y absoluta impropiedad del objeto) suponen la imposibilidad de afectación del bien jurídico[1397], por lo cual una punición sustentada en el mero desvalor de la acción resultaría excesiva y escasamente útil desde una perspectiva funcional.

IV. TERCERA TESIS: PREDOMINIO DE LA PERSPECTIVA NORMATIVISTA EN LA DOGMÁTICA DE LA INTERVENCIÓN DELICTIVA

Pues bien, esa orientación de la dogmática de la autoría hacia los fines del Derecho penal, fijados en la protección subsidiaria de bienes jurídico, es la que permite postular la *tercera tesis* aquí postulada: La teoría de la autoría no puede responder más a planteamientos de orden causal- material, sino a criterios normativos.

El devenir de la teoría de la autoría muestra cómo, frente a una construcción de la teoría de la autoría basada en criterios exclusivamente subjetivos, era posible oponer un planteamiento objetivo formal en

[1396] En esa línea: ROXIN, Claus. "Acerca del fundamento penal de la tentativa", en: El mismo. *Dogmática penal y política criminal,* traducción de Manuel Abanto, Idemsa, Lima, 1998, pp. 258- 266.

[1397] Como precisa ROXIN: "La tentativa inidónea es un delito de perturbación de la paz sin una real puesta en peligro"; véase: ROXIN, Claus. "Acerca del fundamento penal de la tentativa", p. 263.

virtud del cual la condición de autor del delito debía corresponderse con la efectiva realización de la conducta descrita en el tipo penal[1398].

Desde esa perspectiva, esto es, desde la perspectiva objetivo- formal, autor es aquél que el tipo penal indica puede serlo, al realizar directamente la conducta típica; de este modo, por ejemplo, sólo podría ser considerado autor de homicidio quien ejecutase la conducta prevista en el respectivo tipo penal, es decir, quien realizase directamente la acción de matar, quien tirase del gatillo o quien asestaba la cuchillada mortal.

Esta formulación, como es evidente, llegaba también a un resultado insatisfactorio al proponer una respuesta penal insuficiente para quien, pese a tener un papel central en la lesión del bien jurídico, no ejecutaba directamente la acción típica; así, por ejemplo, quien utilizaba a otro como instrumento, no respondía como autor al no haber ejecutado él, de modo directo, los actos típicos.

Las limitaciones mostradas por los planteamientos naturalistas y que se encuentran reflejadas en prácticamente todos los tópicos de la teoría del delito, produjeron su progresivo abandono; primero, a través de una comprensión finalista del delito que en el terreno de la autoría se expreso a través de la teoría del dominio del hecho; y, posteriormente, mediante el predominio de las corrientes funcionalistas que, en el plano de la autoría, se ha reflejado en la incorporación, junto con la categoría de los delitos de dominio, de los delitos de infracción del deber.

1. La teoría del dominio del hecho de WELZEL y los correctivos de ROXIN

La teoría de la autoría, como es concebida en la actualidad por la doctrina dominante, responde inicialmente a los planteamientos de la teoría del dominio del hecho formulada por Hans WELZEL, en virtud

[1398] Véase: ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal,* pp. 52-56.

de la cual la condición de autor no responde a la realización directa o inmediata de la conducta típica sino al efectivo *dominio del suceso típico*[1399]. Esta caracterización del autor como *señor del hecho* y que tenía su expresión medular en los supuestos de *autoría mediata* fue trascendente en la construcción de una dogmática de la autoría desvinculada del paradigma causal.

En efecto, al sostener WELZEL que existen supuestos en los cuáles el verdadero autor no es el que ejecuta la acción, sino quien desde atrás domina su voluntad, ya sea por el ejercicio de violencia o amenaza sobre el ejecutor o por haber provocado en aquél un estado de error, permitió reconocer la insuficiencia del hasta entonces dominante paradigma causal.

Esa orientación hacia la normativización del Derecho penal[1400] se enfatiza con el pensamiento de Claus ROXIN mediante una doble vía. Por un lado, ROXIN reconoce formas de dominio de la voluntad distintas a las reconocidas inicialmente por WELZEL y, por otro lado, entiende que la estructura de ciertos tipos penales, los de infracción del deber, exigen recurrir a criterios distintos para la determinación del autor[1401].

Respecto a la primera cuestión, es ROXIN quien reconoce que además del dominio de voluntad por coacción y el dominio de voluntad por error, existe una forma de dominio de voluntad distinta, basada en el dominio sobre la organización delictiva, en virtud de la cual el Jefe

---

[1399] WELZEL, Hans. *Estudios de Derecho penal,* traducción de Gustavo Aboso y Tea Löw, BdeF, Buenos Aíres, 2003, pp. 80 ss.

[1400] Sobre el fenómeno de la normativización del Derecho penal, véase: ROXIN, Claus. "Normativismo, política criminal y empirismo en la dogmática penal", en: El mismo, *Problemas actuales de dogmática penal,* traducción de Manuel Abanto, Ara Editores, Lima, 2004, pp. 47 ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *La normativización del Derecho penal,* Ara Editores, Lima, 2007, pp. 62 ss.

[1401] ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal,* passim.

del *aparato de poder organizado*, expresión utilizada por ROXIN para identificar a estructuras altamente complejas de estructura vertical, desvinculadas del ordenamiento jurídico y en donde los ejecutores resultasen simples piezas intercambiables[1402], debía responder como autor, pese a existir un ejecutor responsable, pese a no existir una intervención material de aquél en el específico hecho punible cometido e, incluso, en aquellos casos que el Jefe de la organización no conoce siquiera al ejecutor.

Respecto a la segunda cuestión, ROXIN reconoce la existencia de divergencias en la formulación de los tipos penales, las cuales, a su vez, tienen trascendencia en la determinación de la autoría.

2. Los delitos de infracción del deber

En efecto, ROXIN reconoce que en cierta clase de delitos, los conocidos en doctrina como *delitos comunes* o *delitos de dominio*, el autor carece de vínculo alguno con el bien jurídico, con lo cual sólo quien domina la lesión del bien jurídico puede ser considerado como autor. No obstante, existe cierta clase de delitos que, por la forma en que se encuentran construidos, ubican a ciertos sujetos en posición de custodia de los bienes jurídicos, de lo cual se desprende que es la defraudación de las expectativas de tutela de bienes jurídicos la que otorga a dichos sujetos el papel central en relación al hecho delictivo.

En estos delitos, identificados por la doctrina como *delitos especiales* o *delitos de infracción del deber*, es autor aquél que tiene el deber extrapenal de protección del bien jurídico, sin resultar relevante el efectivo dominio sobre el suceso típico[1403]. Este mismo criterio –*infracción del*

[1402] ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal,* pp. 269 ss.

[1403] ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal,* pp. 383 ss.; también BACIGALUPO, Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios,* Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 53.

deber- resulta prevalente para la determinación de las diversas formas de autoría[1404], coautoría[1405] y la participación[1406].

Conforme se ha indicado, la identificación de si nos encontramos o no ante un delito de infracción del deber dependerá de la estructura del tipo penal. Es el propio precepto penal el que excluye la aplicación del dominio del hecho como criterio diferenciador de la autoría y el que permite recurrir a la infracción del deber[1407]. Ahora, como bien refiere ROXIN, reconocer cuándo estamos frente a un delito de dominio o ante uno de infracción del deber "no es del todo evidente"[1408].

Pues bien, aunque pudiera pensarse que en todo delito existe subyacente una *infracción del deber*, derivada de la realización de una conducta antijurídica y que daría lugar, como es lógico, a la imposición automática de una sanción penal, en el caso de los *delitos de infracción del deber* se alude más bien a deberes con origen extrapenal (que son, por un lado, previos a la ley penal, y que, por otro lado, se suelen originar en otros cuerpos jurídicos) y que, por tanto, no tienen alcance general,

---

[1404] En la autoría mediata, por ejemplo, el aspecto trascendente será que quien tiene un deber especial de origen extrapenal deje en manos de otra persona, carente del deber extrapenal, la realización del hecho típico; así, ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal,* pp. 391 ss.; BACIGALUPO, Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber,* p. 63.

[1405] En estos casos, lo trascendente no será más el dominio conjunto del suceso típico sino *la infracción conjunta de un deber conjunto*; así: ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal,* p. 309; BACIGALUPO, Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber,* p. 60.

[1406] En estos casos, como sostiene BACIGALUPO, Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber,* p. 71, la participación "no se definirá ya como una 'cooperación sin dominio del hecho' sino como una 'cooperación sin infracción del deber'".

[1407] ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal,* p. 383; BACIGALUPO, Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber,* p. 57.

[1408] ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal,* p. 383.

siendo más bien un *deber especial* cuyo cumplimiento compete exclusivamente a ciertas personas[1409].

Todo esto, por cierto, no supone, como plantea cierto sector de la doctrina, que la *infracción del deber* (como criterio determinador de la condición de autor en cierta clase de delito) implique un alejamiento del principio de protección de bienes jurídicos[1410], pues en la configuración de la teoría de autoría en delitos de infracción del deber por parte de ROXIN, el punto de partida es siempre el mismo: La función del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos[1411].

3. El aporte de JAKOBS en la teoría de la intervención delictiva

La normativización de la teoría de la intervención delictiva, sin embargo, adquiere matices más intensos con las formulaciones provenientes del funcionalismo sistémico de Günther JAKOBS[1412] que supone, como cierto sector de la doctrina ha denominado, una *renormativización del Derecho penal*[1413].

[1409] ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal,* p. 385; BACIGALUPO, Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber,* pp. 56-57.

[1410] Así, QUINTERO OLIVARES (citado por BACIGALUPO, Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber,* p. 101).

[1411] BACIGALUPO, Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber,* p. 101.

[1412] JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico- penal,* traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Ángel Editor, México, 2003, passim. En la doctrina peruana le sigue: GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General,* Grijley, Lima, 2008, pp. 329-330.

[1413] Esto, seguramente, porque el inicio de la normativización se encuentra fundamentalmente en ROXIN y HASSEMER, reconociendo los antecedentes observados en WELZEL con su *teoría de la adecuación social*; así: FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *La normativización del Derecho penal,* p. 81; también: CANCIO MELIÁ, Manuel. "La teoría de la imputación objetiva y la normativización del tipo objetivo", en: El mismo. *Estudios de Derecho Penal,* Palestra, Lima, 2010, pp. 72 ss.

Aunque ambos autores, reconocen la necesidad de construir un sistema del Derecho penal de corte funcional, las bases metodológicas sobre las que se construye el pensamiento de JAKOBS son completamente divergentes de las que sirven de sustento al pensamiento de ROXIN.

A diferencia de ROXIN, JAKOBS entiende que el fin del Derecho penal no es otro que el de mantener la vigencia de la norma jurídico penal[1414]. Si el delito implica la desestabilización de la norma jurídico penal, corresponde al Derecho penal proceder a su reestabilización, con lo que se evita que aquella pierda vigencia[1415].

La importancia de la vigencia de la norma se relaciona con su condición de pauta orientadora de los contactos sociales: Es la norma la que permite que los contactos sociales se desarrollen inocuamente, esto es, sin daños. Esta inocuidad en los contactos social deriva de la configuración de un sistema de roles asignados por la norma que genera en los ciudadanos una expectativa normativa que facilita una interacción social dinámica: Las normas, al establecer cuáles son los roles que corresponden a cada persona, generan una expectativa de cumplimiento en virtud de la cual los ciudadanos saben que esperar de los demás[1416].

Estos roles puede ser *generales* o *especiales,* de lo cual se desprenden las diferencias existentes entre los delitos de dominio y los delitos de infracción del deber, diferencias que, por cierto, dependerán del tipo de deber infringido.

[1414] Esto responde al hecho, referido por Yesid REYES (REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva,* segunda edición, Temis, Bogotá, 1996, p. 61), de que "Al derecho penal como mecanismo de control social le interesa entonces no una colección de bienes jurídicos, sino las relaciones interpersonales, la forma en que debe transcurrir la vida del hombre en sociedad".

[1415] JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General,* traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 09 ss.

[1416] JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal,* traducción de Manuel Cancio, Ángel Editor, México, 2002, pp. 19 ss.

Mientras en los delitos de dominio, el autor es aquél que domina los riesgos de su propia organización (y que derivan de su libertad de organización); en los delitos de infracción del deber, la condición de autor deriva de los deberes asignados a la persona en el contexto de instituciones sociales específicas[1417]. Es precisamente a través de la problemática de los delitos de infracción del deber que es posible reconocer la poca relevancia que posee la distinción entre acción y omisión en el sistema de imputación penal construido por JAKOBS[1418].

Se observa así la distinción entre *deberes negativos* y *deberes positivos*. Los *deberes negativos* tienen alcance general y se relacionan con el principio *neminem laedere* que determina la obligación general de *no dañar a otros*[1419]. Los *deberes positivos*, originados en las instituciones sociales, implican la asunción de funciones de protección que hacen al responsable *garante institucional* del bien jurídico[1420].

4. Conexiones entre la teoría de la intervención delictiva y la imputación objetiva

La normativización del Derecho penal ha servido también para resaltar los nexos existentes entre la teoría de la autoría e intervención

---

[1417] JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General,* pp. 791-792; en la doctrina peruana: GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General,* p. 295.

[1418] JAKOBS, Günther. "La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión", traducción de Enrique Peñaranda, en: El mismo. *Estudios de Derecho penal,* Civitas, Madrid, 1997, pp. 347 ss.

[1419] Tal cual señala JAKOBS (JAKOBS, Günther. *La imputación objetivo en Derecho penal,* p. 54), se trata del "rol de comportarse como una persona en Derecho, es decir, el de respetar los derechos de los demás como contrapartida al ejercicio de los derechos propios".

[1420] BACIGALUPO, Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber,* p. 82 (con referencia expresa a JAKOBS).

delictiva y la teoría de la imputación penal[1421], los cuales se han visto manifestados especialmente en el plano de las denominadas *conductas neutrales.*

En efecto, debido a que las *conductas neutrales* identifican aquella clase de comportamientos que siendo inicialmente inocuos, adquieren relevancia causal en el resultado típico a partir del comportamiento proveniente de un tercero, lo que permitiría sostener –insisto, desde una perspectiva exclusivamente causal- su relevancia jurídico penal a título de complicidad, la introducción de criterios de índole normativo permite racionalizar el procedimiento de delimitación de las conductas penalmente relevantes.

De este modo, los instrumentos teóricos formulados por la dogmática jurídico penal (a saber, el principio de confianza invocado por ROXIN[1422] y la prohibición de regreso formulada por JAKOBS[1423]) al analizar el *nexo o relación de riesgo* existente entre la *conducta* y el *resultado típico* no sólo determinan la efectiva imputación al tipo penal objetivo –en el caso de las *conductas neutrales*, al tipo penal objetivo ampliado- sino que distingue entre los supuestos de *participación aparente* –como los denomina JAKOBS[1424]- con los supuestos de *participación real.*

[1421] REYES ALVARADO, Yesid. Op. Cit., p. 331.

[1422] ROXIN, Claus. ¿Qué es complicidad?, en: El mismo. *Dogmática penal y política criminal,* pp. 427-432.

[1423] JAKOBS, Günther. "La prohibición de regreso en el delito de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico penal en la comisión", traducción de Manuel Cancio, en: El mismo. *Estudios de Derecho penal,* Civitas, Madrid, 1997, pp. 241 ss.

[1424] JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General,* pp. 842 ss.

V. CUARTA TESIS: LA AUTORÍA E INTERVENCIÓN DELICTIVA COMO EXPRESIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Tras proponer algunas ideas nucleares –por cierto, sin mayores pretensiones de exhaustividad- en relación a la evolución de la dogmática de la autoría y la intervención delictiva, podemos reconocer lo que será la *cuarta* –y final- *tesis*: La teoría de la autoría e intervención delictiva constituye una manifestación concreta del principio de proporcionalidad.

En efecto, el principio de proporcionalidad, formulado habitualmente como *prohibición de exceso*, se expresa claramente en la dogmática de la autoría y participación al pretender una reacción penal mesurada y acorde con el papel desempeñado por el sujeto en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Así, la dogmática de la autoría y la participación sirven como instrumento de realización en la praxis penal de la *prohibición de penas desproporcionadas* establecido en el artículo 2.24, literal h, constitucional[1425].

En esa línea, hemos podido constatar en los distintos momentos de ésta intervención, cómo la proporcionalidad ha jugado y juega un rol esencial en la determinación de la capacidad de rendimiento de las distintas teorías penales; así, en relación a la teoría subjetiva, se observaba lo excesivo que resultaba proponer una sanción a título de autor en quien, sin haber realizado actos objetivos significativos en el hecho punible, intervenía en el mismo con ánimo de autor; del mismo modo, en relación a las teorías objetivo formales, destacábamos la falta de proporcionalidad de la respuesta penal en los casos de instrumentalización

[1425] BENDA. Ernesto. "Dignidad humana y derechos de la personalidad", en: Benda, Ernesto et. al. *Manual de Derecho Constitucional,* traducción de Antonio López Pina, Instituto Vasco de Administración Pública/ Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 127; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. "Límites al poder punitivo del Estado (I)", en: El mismo (Director). *Fundamentos de Derecho penal. Parte General,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 105.

del ejecutor por parte del *hombre de atrás* en donde este último, por no intervenir directamente en el hecho, sólo era sancionado como mero cómplice.

Y es justamente el principio de proporcionalidad el que sirve de fundamento ulterior a la *autoría mediata en aparatos de poder organizado* o la autoría en los *delitos de infracción del deber*, supuestos en los cuales sólo la calificación del sujeto como autor, como personaje central en el hecho delictivo, supone una respuesta penal racional y proporcionada en la función tuitiva que asiste al Derecho penal en relación a los bienes jurídicos.

La teoría de la autoría y la participación, al determinar quien tuvo un papel central en el hecho delictivo y quien tiene un papel meramente accesorio en el mismo, define la dosis de pena que corresponde a cada interviniente en el hecho punible, sirviendo de instrumento dogmático de realización del principio de proporcionalidad y, con ello, del principio de dignidad de la persona humana[1426], lo que responde a una comprensión del Derecho penal como *instrumento de tutela de los derechos fundamentales*[1427]. De este modo se logra además reducir los cuestionamientos en torno a la efectiva vigencia del principio de proporcionalidad de las penas en la medida que a través de aquella, esto es, de la dogmática penal en materia de intervención delictiva, se permite al operador de justicia penal contar con un criterio objetivo[1428] de ponde-

---

[1426] BENDA, Ernesto. Op. Cit., p. 126; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* JM Bosch, Barcelona, 1992, p. 259.

[1427] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et. al., Trotta, Madrid, 1995. En esa misma línea: REYNA ALFARO, Luis Miguel. *El proceso penal aplicado conforme al Código procesal penal dd 2004,* Grijley, Lima, 2010, p. 19.

[1428] FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pp. 398 y ss. Como recuerda el autor italiano, ya desde Bentham es posible reconocer las dificultades subyacentes a la falta de criterios de ponderación de la proporcionalidad y que generan el riesgo de que aquella responda a valoraciones de índole ético-política o de

ración de la pena proporcional al hecho y, a partir de ella, establecer la pena adecuada a la culpabilidad[1429].

Se revela así contingentemente una relación continua y sinérgica existente entre la teoría del delito, la determinación de la pena y la actividad de los operadores de justicia penal que hacen plausibles las propuestas de elaboración de un sistema que integre los desarrollos de la dogmática penal y los de la ciencia procesal penal[1430] sumamente fun-

---

oportunidad. En la misma línea, von Hirsch, defensor de una tesis de la pena basada en la proporcionalidad, destaca cómo los esfuerzos teóricos se han orientado fundamentalmente a justificar porqué se debe castigar proporcionalmente, pero han dedicado escasos esfuerzos a determinar cuál es el castigo proporcional; véase: VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar,* traducción de Elena Larrauri, Trotta, Madrid, 1998. Sobre la *difficolta di razionalizzazione della proporzione,* PALAZZO, Francesco. *Introduzione ai principi del Diritto penale,* Giappichelli, Torino, 1999, p. 67.

[1429] ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General,* pp. 99 ss.; MIR PUIG, Santiago. Op. Cit., p. 136. Como se ve, no se postula aquí una teoría de la pena basada en la proporcionalidad y el *just desert* (sobre la misma, véase: VON HIRSCH, Andrew. Op. Cit., passim; HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación legal de la pena en Alemania,* traducción de Santiago Martínez et. al., Fabián Di Placido, Buenos Aires, 2003, pp. 23 ss.) sino que se entiende que el criterio de la proporcionalidad es un elemento indispensable para la individualización judicial de la pena dentro del *espacio de juego* que propone la culpabilidad; al respecto, véase: REYNA ALFARO, Luis Miguel. "La individualización judicial de la pena y reforma penal", en: Avalos Rodríguez, Carlos & Quispe Villanueva, Alejandro (Coordinadores). *Dogmática penal del tercer milenio. Libro Homenaje a los Profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann,* Ara, Lima, 2009, pp. 998 ss.

[1430] Sobre el mismo: WOLTER, Jürgen. "Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena", traducción de Guillermo Benlloch Petit, en: WOLTER, Jürgen & FREUND, Georg (eds.). *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal,* Marcial Pons, Madrid, 2004, pp.

cional al propósito de lograr una aplicación más predecible y, por ende, más racional de la ley penal[1431].

VI. LÍMITES A LA INTERVENCIÓN DELICTIVA.

Uno de los aspectos más problemáticos dentro del discurso jurídico- penal moderno se relaciona con la imputación del hecho relevante penalmente al autor y sus partícipes. Este tópico –que sirve, como hemos indicado, para reconocer las relaciones entre las teorías de la intervención delictiva y las de la imputación al tipo objetivo- resulta de especial significación en contextos organizacionales complejos, como las estructuras empresariales[1432] o la administración pública.

La complejidad de este tipo de estructuras plantea problemas para determinar los límites y alcances de la imputación jurídico- penal, lo que supone recurrir a los desarrollos de la teoría de la participación y la imputación objetiva para establecer los ámbitos de atribución jurídico penal.

1. La complicidad en el ámbito del Derecho penal económico.

La complicidad ha sido magistralmente definida por Claus ROXIN como "un *incremento del riesgo jurídicamente desaprobado, causal para*

---

31 ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Introducción: Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito", en: WOLTER, Jürgen & FREUND, Georg (eds.). Op. Cit., pp. 15 ss.

[1431] REYNA ALFARO, Luis Miguel. *El proceso penal aplicado conforme al Código procesal penal dd 2004,* P. 18.

[1432] Como ha tenido ocasión de explicar FEIJOÓ SÁNCHEZ "La empresa como organización representa un problema central para la moderna teoría jurídica del delito, sobre todo cuando no se trata de pequeñas empresas o empresas familiares donde todavía se puede recurrir a soluciones tradicionales, sino de organizaciones empresariales multinacionales que alcanzan una gran magnitud y complejidad (sólo hay que pensar en el fenómeno de los grupos de empresas"; así en: FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Reus, Madrid, 2007, p. 125.

el resultado típico"[1433]. A partir de esta definición trataremos de establecer las exigencias que debe satisfacer una aportación para ser considerada constitutiva de complicidad.

Antes de ingresar de lleno al tema, debe reiterarse la existencia de cierto consenso doctrinal respecto a la necesidad de integrar los contenidos de la teoría de la imputación objetiva –sustentada normativamente en el principio de responsabilidad penal por el hecho propio, reconocido por los artículos VII y VIII del Título Preliminar del Código penal[1434]- con los desarrollos de la teoría de la participación delictiva[1435], lo que hace perfectamente válido el recurso a ciertas nociones propias de la teoría de la imputación como la causalidad, la imputación o la elevación del riesgo, antes indicadas.

a) El aporte debe ser causal para el resultado típico.

Del mismo modo en el que en materia de imputación objetiva se recurre a la causalidad como paso previo a la verificación de la imputación al tipo objetivo[1436], la determinación de si un aporte constituye o no complicidad exige también establecer si el mismo es causal al hecho principal. La causalidad aparece entonces como "pre-

---

[1433] ROXIN, Claus. "¿Qué es la complicidad?", p. 403.

[1434] Esta vinculación entre principio de responsabilidad por el hecho propio e imputación objetiva es expresa en: DONINI, Massimo. *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilita per fatto propio,* G. Giappichelli Editore, Torino, 2006, pp. 20 ss. No es, por tanto, exacta la apreciación de MEINI [en MEINI MÉNDEZ, Iván. *Lecciones de Derecho penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito,* Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2014, p. 319/ 321] de que los criterios de imputación objetiva no se encuentran contemplados expresamente en la ley.

[1435] BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal. Parte General* segunda edición, Hammurabi, Buenos Aires, 1999; BLANCO CORDERO, Isidoro. *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Comares, Granada, 2001, pp. 16 ss.

[1436] PUPPE, Ingeborg. *La imputación del resultado en Derecho penal*, traducción de Percy García Cavero, segunda edición, Ara Editores, Lima, 2003, p. 61.

supuesto fundamental de imputación para todo delito de comisión consumado"[1437].

Se plantea entonces la necesidad de una vinculación entre el hecho principal y la acción del cómplice lo que supone entonces establecer la relación de causalidad entre la acción del cómplice y el hecho que se reprocha penalmente para poder afirmar la existencia de "asistencia" en el sentido que propone el artículo 25° del CP. Correctamente sostiene JAKOBS "La 'acción que realiza el tipo' no cabe favorecerla sino mediante la causalidad por el resultado"[1438].

Por tal motivo es que se plantea la exigencia de recurrir al requisito de *causalidad de la complicidad*, el mismo que se supera cuando la acción del cómplice ha posibilitado, facilitado, incrementado o intensificado el hecho principal. Si esa vinculación causal no existe, entonces, posibilidad de lograr la punición del partícipe por tratarse de una complicidad *tentada* impune.

Según planteamiento mayoritarios[1439], la verificación del requisito de causalidad de la complicidad no se satisface únicamente con que el hecho del cómplice suponga una elevación del riesgo de lesión del bien jurídico, sino que –en efecto- ese peligro se haya concretamente realizado.

Esta exigencia de vinculación causal entre el aporte del cómplice y el hecho principal es igualmente válida, tanto para la complicidad primaria como para la complicidad secundaria[1440] y es justamente la que

---

[1437] ROXIN, Claus. "¿Qué es la complicidad?", p. 404; en el mismo sentido: BLANCO CORDERO, Isidoro. *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, p. 18.

[1438] JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general*, pp. 812-813.

[1439] MAURACH, Reinhart/ GÖSSEL, Karl Heinz/ ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte General*, tomo 2, traducción de Jorge Bofill, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 457.

[1440] Para una distinción entre ambas: PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, Comares, Granada, 1998, passim.

excluye la posibilidad de considerar aportes constitutivos de complicidad aquellos realizados cuando el delito se ha consumado.

Se ha precisado que todo aporte que pretenda ser calificado como acto de complicidad debe ser causal al hecho principal y se han dado algunas pautas –en negativo- sobre los aportes que no pueden ser considerados como causales al hecho principal, sin embargo, no se ha determinado que fórmula utilizar para considerar un aporte "causal" al hecho del autor.

Esto es trascendente en la medida en que la doctrina aún no es aún capaz de delimitar cuál de las diversas teorías sobre la causalidad permite una solución más coherente en la determinación del nexo causal[1441]. Sin afán de tratar de eludir la problemática, creo que los aspectos problemáticos que presenta la determinación del *nexo causal* en sede de imputación objetiva son menos intensos en el ámbito de la complicidad. Es que mientras que en sede de imputación objetiva la disquisición sobre la causalidad tiene por objetivo determinar cual de una serie de condiciones es causa del resultado, en sede de complicidad, la pretensión es mucho menor y supone únicamente determinar al menos si el aporte es *condición del resultado*. Por ello ROXIN sostiene que "la complicidad no tiene que ser una conditio sine qua no para el resultado en el sentido de que éste no se hubiera producido sin aquella. La complicidad *puede* ser una condición indispensable para el resultado…Pero no tiene que serlo"[1442].

Ahora bien, el modo en que ésta relación de causalidad entre el aporte del cómplice y el hecho del autor se expresa varía según la con-

---

[1441] Sobre las mismas: ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*, pp. 346 ss.; LUZÓN PEÑA, Diego- Manuel. *Curso de Derecho penal. Parte General*, tomo I, Universitas, reimpresión de la primera edición, Madrid, 1999, p. 365.

[1442] ROXIN, Claus. "¿Qué es la complicidad?", p. 404; idéntico: CASTILLO ALVA, José Luis. "La complicidad como forma de participación criminal", en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 9, Lima, p. 685.

creta forma de complicidad que se alegue, recordando que existente dos diversas formas de complicidad: La complicidad física y la complicidad psíquica.

Si la complicidad es de carácter físico, la constatación de la relación causal será entre la contribución del cómplice y la realización del tipo penal; puede decir, en términos de BLANCO CORDERO que: "El examen de la conexión causal es –en estos casos- de carácter científico natural"[1443].

De modo distinto, la complicidad psíquica exige, ya no una conexión naturalística entre aporte y conducta típica, sino una vinculación entre el aporte del cómplice, su influjo en la psique del autor y la realización del tipo penal[1444].

b) El aporte debe incrementar y realizar el riesgo jurídicamente desaprobado.

Como en el ámbito de la imputación objetiva, en la complicidad la vinculación causal del aporte al hecho principal no es suficiente para afirmar la concurrencia de complicidad, es además necesario superar la barrera que impone la idea del *incremento y realización del riesgo jurídicamente desaprobado*.

Esto supone que el aporte causal al hecho principal debe venir configurado como un aporte incrementador del riesgo que provoque que la *vinculación fáctica* existente entre el aporte del cómplice y el hecho del autor (relación causal) sea también una vinculación de carácter teleológico o normativo[1445].

[1443] BLANCO CORDERO, Isidoro. *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, p. 18 [Entre líneas nuestro].

[1444] BLANCO CORDERO, Isidoro. *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, p. 19.

[1445] BLANCO CORDERO, Isidoro. *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, p. 21.

Esta exigencia se deriva también del texto del artículo 25° del CP, pues el incremento de riesgo para la víctima supone el aumento de las posibilidades del autor y con ello se le *presta auxilio* o *asistencia*, en el sentido del texto legal.

La introducción del elemento *aumento de riesgo* en el ámbito de la complicidad se debe a un aporte de SCHAFFSTEIN[1446] e implica –precisa ROXIN- su reconducción al fundamento de la participación[1447].

Pues bien, la referencia a la creación o aumento de riesgo impone la tarea de delimitar cuándo un comportamiento es *peligroso*, mediante la *previsibilidad objetiva de realización del delito*. Esta *previsibilidad objetiva de realización del delito* viene determinada mediante un "juicio de pronóstico *ex ante* desde la perspectiva del observador objetivo situado en la posición del autor"[1448]

2. La situación de las acciones cotidianas o conductas neutrales

Existe una parcela de comportamientos que encajan dentro de lo que comúnmente se conoce como *acciones cotidianas* o *conductas neutrales* que no son sino acciones que, aunque son inicialmente inocuas, pueden ser incorporadas por el autor a su plan delictivo, con lo cual quedarían "formalmente" integradas por los tipos penales amplificados[1449].

[1446] Quien, sin embargo, prescindía de la exigencia de la relación de causalidad; al respecto: BLANCO CORDERO, Isidoro. *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, p. 21.

[1447] ROXIN, Claus. "¿Qué es la complicidad?", p. 420.

[1448] BLANCO CORDERO, Isidoro. *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, pp. 150-151.

[1449] BLANCO CORDERO, Isidoro. *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, pp. 02 ss. / 08-09 (Quien destaca que la problemática de las acciones neutrales no se limitan a la participación, sino también a la autoría); RUEDA MARTÍN, María Ángeles. "Complicidad a través de las denominadas acciones cotidianas", en: *Derecho penal contemporáneo. Revista Internacional*, N° 3, Legis, Bogotá, 2003, p. 100.

Se trata de un grupo de casos sumamente amplio y que deriva en una infinidad de posibilidades, conforme ha puesto de relieve JAKOBS con la expresión "… finalmente todo puede llegar a ser utilizado finalmente en un plan delictivo"[1450].

La problemática que acarrea para el Derecho penal esta clase de conductas ha sido puesta de manifiesto por la doctrina[1451] y se puede sintetizar en la siguiente interrogante formulada por WOHLERS: "¿es suficiente la existencia de un aporte causal del cómplice para la realización del hecho principal, o si dentro del grupo de aportes causales para la comisión de un delito es posible hacer una selección de criterios valorativos (normativos)?"[1452].

La respuesta puede formularse en los siguientes términos: *No toda aportación causal al hecho principal puede propiciar la imputación a título de complicidad (primaria o secundaria), las aportaciones neutras valorativamente son penalmente irrelevantes.*

Pero con esta respuesta en realidad no se avanza mucho, pues la referencia a la irrelevancia penal a título de complicidad –primaria o

---

[1450] Citado por FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado,* traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 260, quien por cierto, destaca los efectos de "*restricción insoportable de la libertad de acción*" derivados de una "prohibición básica" de estas conductas.

[1451] En este sentido: RANSIEK, Andreas. "Colaboración neutral en organizaciones formales", traducción de Iván Meini, en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, N° 4, Grijley/ Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 2003, p. 333; WOHLERS, Wolfgang. "Complicidad mediante acciones 'neutrales' ¿Exclusión de la responsabilidad jurídico penal en el caso de la actividad cotidiana o típicamente profesional?", traducción de José Caro, en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, N° 4, Grijley/ Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 2003, p. 424; también GARCÍA CAVERO, quien da cuenta del "estado difuso de la discusión jurídico- penal sobre el tema"; así en: GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte General*, Ara Editores, Lima, 2003, p. 498. Aunque como problemática jurídico-penal se planteó ya a inicios del XX por von BAR; así, en relación a su desarrollo histórico, véase: BLANCO CORDERO, Isidoro. *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, p. 02.

[1452] WOHLERS, Wolfgang. Op. Cit., p. 428.

secundaria- de las aportaciones causales de carácter neutral, deja por delimitar cuáles son esos aportes valorativamente neutros y cuáles son los fundamentos de esta neutralidad valorativa.

La doctrina ha intentado responder a la cuestión, recurriendo a una serie de posiciones doctrinales; así, hay quienes encuentran el fundamento de la impunidad de las acciones neutrales en la prohibición de regreso (JAKOBS, FEIJOO, CARO JOHN), existen quienes hablan de una referencia delictiva de sentido (FRISCH y MEYER ARNDT), otros recurren a la idea del incremento de riesgo (ROXIN), al principio de confianza (CEREZO, MUÑOZ), etc. Ahondar, en este punto, sobre las posturas antes mencionadas es inviable.

2.1. Los *actos neutrales* en la doctrina jurisprudencial

(a) Configuración de los límites de permisibilidad penal en los actos cotidianos: (i) Los casos del "taxista" y sus variables (Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, Ejecutoria del 07 de marzo de 2000, R.N. N° 4166-99; Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Ejecutoria del 25 de noviembre de 2004, R.N. N° 552-2004, Puno); (ii) El caso del transportista fluvial (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Ejecutoria del 25 de mayo de 2010, R.N. N° 99-2010, Junín).

Nuestra jurisprudencia ha enfrentado este grupo de casos desde hace más de quince años, ocupando posición trascendente el denominado "caso del taxista" (o similares y derivados) que, a continuación, reseñaremos y analizaremos brevemente.

(a.a.) El caso del taxista

Este caso fue resuelto por nuestro Supremo Tribunal mediante sentencia del 07 de marzo de 2001 (R.N. N° 4166-99, Lima) que ha recibido también la atención de nuestra doctrina[1453].

[1453] CARO JOHN, José Antonio. *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima, passim.

En su solución, la Sala Penal de la Corte Suprema se define a favor del rechazo a la imputación objetiva en la intervención delictiva (calificada como coautoría) atribuida al taxista que contribuyó causalmente en el traslado de bienes desde el domicilio de la víctima del delito de robo agravado. En su argumentación, el Tribunal Supremo, haciendo uso de un lenguaje marcadamente normativista jakobsiano afirma que "el resultado lesivo no le es imputable –al taxista- en virtud a la prohibición de regreso lo que determina que su conducta o pueda ser calificada como penalmente relevante, situándonos, en consecuencia ante un supuesto de atipicidad"[1454]. Y esta afirmación se realiza sobre el presupuesto de que "el punto inicial del análisis de las conductas, a fin de establecer si devienen en penalmente relevantes, es la determinación del rol desempeñado por el agente en el contexto de la acción (…) de modo que el quebrantamiento de los límites que nos impone dicho rol, es aquello que objetivamente se imputa a su portador".

La aplicación de la prohibición de regreso se sustenta en la determinación de actuación conforme a rol del taxista: "ha quedado acreditado en autos que Villalobos Chumpitaz se limitó a desempeñar su rol de taxista, el cual, podríamos calificar de inocuo, ya que no es equivalente per se, ni siquiera en el plano valorativo, al delito de robo agravado (…) que, dicho esto, concluimos afirmando que, si bien el encausado intervino en los hechos materia de autos, su actuación se limitó desempeñar el rol de taxista, de modo, que aun cuando el comportamiento de los demás sujetos fue quebrantador de la norma, el resultado lesivo no le es imputable".

En su decisión, el Tribunal Suprema descarta también la relevancia de los conocimientos del taxista respecto a la probable utilización delictiva de su aporte por parte de terceros (reconocimiento por parte por taxista de que en cierto momento se percató "de las intenciones delictivas de los sujetos que tomaron sus servicios"), considerar que ellos no pueden fundamentar suficientemente el juicio de responsabilidad

[1454] Entrelíneas nuestro.

penal. En esa línea se sostiene: "que, de otro lado, se ha establecido que el citado encausado, en un momento determinado del desarrollo de la acción, tuvo pleno conocimiento de la ilicitud de los hechos desplegados por sus contratantes, lo cual tampoco es sustento suficiente para dar lugar a alguna forma de ampliación del tipo, de modo que la responsabilidad penal por el delito perpetrado pueda alcanzarle, ya que el solo conocimiento no puede fundar la antijuridicidad de su conducta".

(a.b.) El caso del chofer de carga

Este caso tiene contornos específicos que divergen del caso anterior: El imputado no tenía la condición de transportista (dueño de camión donde se encontraron 150 kilogramos aproximadamente de hojas de coca procedente de Bolivia) sino era solo "el chofer asalariado del mismo".

En su razonamiento, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema recurre a la prohibición de regreso y, en menor medida, al principio de confianza para sostener la nulidad de la condena impuesta al procesado. En la Ejecutoria respectiva se señala que "el acusado, dentro de su rol de chofer realizó un comportamiento que genera un riesgo permitido dentro de los estándares objetivos predeterminados por la sociedad y por tanto no le es imputable el resultado (prohibición de regreso) al aceptar transportar la carga de sus coprocesados Hilda Laura Mamani y Mariano Usaga Chura (…) estando limitado su deber de control sobre los deberes de terceros en tanto no era el transportista, dueño del camión sino solo el chofer asalariado del mismo (…)".

El principio de confianza es referido por el Supremo Tribunal en los siguientes términos: "Que es pertinente aplicar al caso de autos los principios normativos de imputación objetiva que se refieren al riesgo permitido y al principio de confianza (…) al aceptar transportar la carga de sus coprocesados (…) y al hacerlo en la confianza de la buena fe en los nehocios y que los demás realizaban una conducta lícita". La Sala Suprema, sin decirlo expresamente, sostiene la ausencia de indicios de conocimiento de la actuación ilícita de los coprocesados (lo que afectaría

la aplicación del principio de confianza), del modo siguiente: "estando además los paquetes de hojas de coca camuflados dentro de bultos cerrados; aclarando que el conocimiento exigido no es el del experto, sino por el contrario de un conocimiento estandarizado socialmente".

(a.d) El caso del transportista fluvial.

Este caso, que cuenta con mucho elemento contextual geográfico, se examina la responsabilidad penal del transportista fluvial por el transporte de droga de propiedad de terceros. Los aspectos centrales de este caso están asociados al rol del transportista y examinar si dicho rol involucrada el de verificar el contenido de la mercadería objeto de transporte.

En este caso, la Sala Penal Transitoria del Supremo Tribunal sostuvo que dentro del rol del transportista no se encuentra "la exhaustiva revisión del contenido de los paquetes que trasladaban sus pasajeros". Ahora, es importante reconocer que esta solución jurisprudencial obedece a dos datos de contexto específico: (i) la droga trasladada "se encontraba en paquetes tipo ladrillo debidamente precintados, acondicionados en cajas de cartón debidamente cerrados y embalados en costalillos de propileno de diferentes colores, es decir, que no era posible advertir el contenido de los paquetes que estaban siendo trasladados por lo sentenciados"; y, (ii) además de ser el propietario de la embarcación, el encausado "desempeñaba la labor de 'punteador', es decir, daba las órdenes al motorista para que dicha embarcación no se estrelle con los obstáculos que pudieran haber en el camino". Estas circunstancias llevaron a sostener, luego de hacer referencia expresa a la prohibición de regreso que "el encausado Luján Jundía desempeñó un servicio de transporte, que era su labor habitual".

(b) Configuración de los límites de permisibilidad penal de los funcionarios bancarios en la jurisprudencia. El caso del Jefe de Banca Personal (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Ejecutoria del 16 de setiembre de 2004, R.N. N° 2270-2004, La Libertad)

En este caso, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República examinó la responsabilidad del "Jefe de Banca Personal" de una entidad financiera que "facilitó el curso y destino de varias operaciones bancarias- cuatro en total- realizadas por el encausado […] Presidente en ese entonces del Consejo Transitorio de Administración Regional de la Libertad, el cual tendría origen delictivo y sustenta, conjuntamente con otros hechos, el cargo por delito de enriquecimiento ilícito".

En su análisis de subsunción típica –realizado en el curso del examen de una Excepción de Improcedencia de Acción (antes llamada Excepción de Naturaleza de Acción)- la Sala Penal Permanente, tras recurrir a los planteamientos de JAKOBS, señala:

> *"que a los efectos de delimitar el aporte propiamente típico del partícipe es de tener presente, como anota la doctrina jurídico penal, que existe un ámbito de actuación de éste último que es inocua y cotidiana, y que solo mediante la puesta en práctica de planes de otras personas, se convierte en un curso causal dañoso, lo que obliga distinguir entre intervenciones propias y creación de una situación en que otros realizan el tipo (…), en lo que respecta a la intervención del encausado Vílchez Pella, se relaciona con las prácticas bancarias que están en el ámbito de actuación del citado procesado y que no importaron, en sí mismas, vulneración de la legislación bancaria ni la realización de actos fuera de lo cotidiano de atención de un cliente de un banco; que las funciones que realizó el citado imputado no están fuera de las que le correspondían […]; que, en efecto, mandar recoger o, en su caso, recepcionar cuatro cheques, colocarles su visto bueno, y de ese modo que se hagan efectivos y que dicho monto se deposite en la cuenta personal en el propio Banco del entonces Presidente Regional de la Libertad, aun cuando procedan de Bancos distintos al Banco de Crédito, constituyen operaciones bancarias propias del ámbito de actuación del Jefe de Banca Personal I y, en sí mismas, no pueden considerarse como actos idóneos de fa-*

cilitación o apoyo para la comisión del delito de enriquecimiento ilícito".

(c) Configuración de los límites de permisibilidad penal de la actuación del abogado en la jurisprudencia. Los casos "Duany Pazos" (Sala Penal Nacional, Auto Superior del 08 de abril de 2009, Exp. N° 945-08-C) y "Gallardo Arciniega" (Sala Penal Nacional, Colegiado "C", Sentencia del 18 de noviembre de 2015, Exp. N° 382-2008).

Los casos "Duany Pazos" y "Gallardo Arciniega" constituyen buenos ejemplos de la aplicación jurisdiccional del concepto de *actuación conforme a rol* en el ámbito del ejercicio de la profesión de abogado. En ambos casos, se examinaba judicialmente si la intervención de los abogados, superaba los márgenes del rol profesional y alcanzaba trascendencia jurídico penal como delito de lavado de activos.

(c.a.) El caso "Duany Pazos".

Este caso, sumamente conocido y comentado dentro del gremio forense, examina el Auto Judicial del 29 de octubre de 2008, que declara no ha lugar a la apertura de instrucción contra Juan Manuel Duany Pazos y Jhonny Jairo Bicerra Ríos por delito de lavado de activos en agravio del Estado. En esta decisión judicial, al examinarse el carácter delictivo del hecho imputado (uno de los presupuestos para el ejercicio de la acción penal), se puso en debate los contornos de la responsabilidad penal de quien, en su condición de abogado y representante legal de un tercero (investigado en vía paralela por delito de tráfico ilícito de drogas), había intervenido en un transferencia de acciones entre dos personas jurídicas. En este caso, además de las referencias a la actuación *conforme al rol* del abogado investigado, se hacen referencias expresas al principio de confianza[1455].

[1455] El análisis jurídico de este caso se puede apreciar en: MIRÓ LLINARES, Fernando. "Intervención en actividades económicas ilícitas y conductas ¿Neutrales?", en: *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa,*

En el mencionado Auto Superior se señala respecto a la *actuación conforme al rol* del abogado que:

> *"Entonces, si no hubo inyección o desplazamiento de activos, y por el contrario se realizó jurídicamente una transferencia de acciones ¿Cómo se sustenta la imputación de lavado de activos contra Duany Pazos, sólo por el hecho de haber actuado como abogado representante de Luis Valdez Villacorta? Creemos que no, pues* ***el desempeño de un rol dentro del riesgo permitido no genera responsabilidad penal*** *(…)".*

El mismo Auto Superior refiere respecto al principio de confianza lo siguiente:

> *"es de tenerse en cuenta que la transferencia de las acciones se sustentó en el pago de cheques de gerencia de un Banco como el Atlantic Security Bank, que como parte del sistema financiero formal estaba en obligación de realizar los controles por transacciones sospechosas, debiéndose estimar que la entrega de cheques por parte de quien había contratado sus servicios profesionales generaba confianza sobre su licitud (principio de confianza)".*

(c.b.) El caso "Gallardo Arciniega".

En este caso, la discusión judicial versó en torno a si la intervención del abogado como "director" de una empresa se encuentra dentro de los márgenes de *actuación conforme al rol* del abogado. En este caso, el abogado Gallardo Arciniega había sido contratado para constituir dos empresas y ser designado como Gerente de las mismas a iniciativa de sus clientes, de nacionalidad peruano-holandesa, vinculado a acciones de tráfico ilícito de drogas.

Los aspectos más trascendentes de esta sentencia guardan relación a la definición judicial del *rol del abogado* que se apoya, por cierto en

---

N° 1, CEDPE, 2011, pp. 71 ss.

los contenidos de la Sentencia Casatoria del 13 de noviembre de 2015, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el caso "Aurelio Pastor" (Casación N° 374-2015, Lima). En ese sentido, la Sentencia de la Sala Penal Nacional señala:

> *"analizaremos el acto ejecutivo propiamente dicho. Así se tiene que tanto el acusado Gallardo Arciniega como Jorge Dijkhuizen Cáceres refirieron en el plenario que se presentó una oportunidad de negocio consistente en adquirir la representación de la empresa China Fotón de maquinaria pesada, negocio que lo habría conseguido el acusado Jorge Dijkhuizen en vista a sus buenas relaciones con empresarios chinos en el año 2005. En plenario, el acusado Jorge Dijkhuizen señaló haber solicitado la asesoría de Eduardo Gallardo Arciniega, quienes acordaron la creación de la empresa World Traiding Group.*
>
> *El cuestionamiento de este acuerdo, realizado tanto por la Fiscalía como por la Procuraduría es que el acusado Jorge Dijkhuizen habría utilizado como testaferro a Eduardo Gallardo Arciniega y a Pedro Sergio De la Cruz Pizarro. Sin embargo dicho conclusión es negada por ambos señalando que* ***la conformación de la empresa se dio por asesoría del acusado Gallardo Arciniega, a quien le resultaría rentable poder adquirir la representación legal de una empresa con un buen futuro****. Al respecto* ***la Fiscalía señaló que dicha acción no es usual y que no es acorde a lo que las máximas de la experiencia prescriben, señalando además que el acusado sobrepasa su riesgo permitido como abogado – rol neutro, al fungir de gerente general de la empresa que forma por encargo****. Al respecto, mediante Casación N° 374-2015-LIMA de fecha 13 de noviembre del presente año****, expedida en el proceso penal seguido contra Aurelio Pastor por el delito contra la Administración Pública, en su vigésimo quinto considerando se establece lo siguiente:* ***Dentro de la normativa de rango legal, el artículo doscientos noventa y tres de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que el***

abogado tiene derecho a defender o prestar asesoramientos a sus patrocinados ante las autoridades judiciales, parlamentarias, políticas, administrativas, policiales y militares y ante las entidades o corporación de derecho privado y ninguna autoridad puede impedir este ejercicio bajo responsabilidad. Así también, el Código de Ética de Abogado… señala en su glosario de términos, que el ejercicio profesional del abogado posee diversas manifestaciones, entre las que incluye desempeñarse como litigante, asesor legal, gerente legal, gestor de intereses…y todo aquel trabajo profesional o académico donde el abogado utilice dichos conocimientos.

Los Jueces Supremos suscribientes, concluyen en su vigésimo sexto considerando que: Entonces, conforme con ésta última norma citada, ***la actividad del abogado tiene que ver con todo lo que realice en materia jurídica****… Cuando ejercer como abogado particular se puede dividir en tres: a) Actividades de transacción. b) Asesoría jurídica. c) Defensa en un proceso o procedimiento. En la primera el abogado presta sus servicios* ***para constituir empresas, asumir la dirección de las mismas****, actuar en conciliaciones o negociar entre partes en conflicto al margen de alguna decisión.*

De lo expuesto ***se puede advertir que dentro de la defensa particular que ejerce un abogado sí se pueden asumir la dirección de empresas que son constituidas por encargo de sus clientes, por lo que desde la imputación objetiva el acusado Gallardo Arciniega se mantuvo dentro de su rol como abogado***."

"De igual manera se le imputa al acusado Gallardo Arciniega haber participado en la constitución de la empresa Negocios Generales Concorde SAC, junto con Pedro De La Cruz Pizarro y haber gerenciado la misma. Respecto a su participación como gerente general, nuevamente la Fiscalía señaló que ello escapa a su rol de abogado y por lo tanto su conducta ya no es neutra. (…).

Sin embargo, la imputación en realidad no está dirigida a determinar o no el dinero con el cual se constituyó la empresa, sino en analizar el rol de abogado que habría cumplido el acusado, máxime si se ha acreditado en autos, conforme a los documentos glosados por la Fiscalía, que a la cuenta de la empresa Negocios Generales Concorde ingresó un monto dinerario ascendente a US$250,000.00, siendo que en el Plenario tanto el acusado Gallardo Arciniega como Ment Dijkhuizen Cáceres han reconocido que ese dinero provino de la empresa General Investment & Development de cuya gestión se encargó este último, es decir Ment Floor Dijkhuizen Cáceres remitió el dinero para la compra del bien inmueble.

Respecto de la constitución y adquisición del inmueble denominado Hotel Concorde, el acusado Ment Floor Dikhuizen Cáceres señaló en la decimo sétima sesión de juicio oral que Negocios Generales Concorde fue una empresa que se crea en el Perú para comprar un bien que era originalmente un hotel, cuya propietaria entró en liquidación y remate de sus bienes. En esas circunstancias, señaló que el acusado Gallardo Arciniega lo llamó a Francia, lugar en donde residía y le propone una buena oportunidad para un negocio. Señaló que consultó con otros asesores y le indicaron que compre el bien, y cuyo precio resultaba atractivo. El mismo objeto social de la citada empresa evidencia, que, la empresa Negocios Generales Concorde fue constituida para la adquisición del citado bien inmueble. Fue introducido al debate el contrato de fecha 11 de mayo de 2005 mediante el cual se acredita que la empresa General Investment & Development Inc otorgó un préstamo de US$ 250,000.00 dólares americanos para la compra del edificio de 10 plantas y azotea con ingreso por la avenida Prolongación Ricardo Palma 120 y para la rehabilitación del mismo. Dicho contrato fue suscrito entre Eduardo Gallardo Arciniega como gerente de Negocios Generales Concorde, con el apoderado especial de la empresa General Investment & Development Inc. Rafael Javier Jiménez, conforme al contrato

que obra a fojas 6853. La remisión de dinero se efectuó a través de un abono en el Banco Wiesse Sudameris en la cuenta corriente 251298 que la empresa Negocios Generales Concorde mantenía, conforme obra a fojas 42147".

Del contenido de la Sentencia de la Sala Penal Nacional en el caso "Gallardo Arciniega" se aprecia con claridad que el órgano jurisdiccional se decanta por reconocer que la *actuación conforme al rol* de los abogados comprenden espacios no solo estrictamente jurídicos sino incluso comerciales en los que su conocimiento tenga trascendencia y se comprenda dentro del asesoramiento otorgado al cliente.

(d) Configuración de los límites de permisibilidad penal en las operaciones y transacciones comerciales en la jurisprudencia.

(d.a.) El caso "Pastor González" (Sala Penal Nacional, Auto del 13 de Agosto de 2010, Exp. N° 18-09-B)

En el Auto Superior antes indicado, la Sala Penal Nacional examinaba la tipicidad de la conducta imputada a Arturo Pastor González (cuestionada a través de una Excepción de Naturaleza de Acción) a quien se le atribuía haber intervenido en dinámicas de blanqueo de capitales a través de la suscripción de un contrato de compra venta con pacto de retroventa.

No obstante el análisis de la Sala Penal Nacional se enfoca fundamentalmente en torno a la ausencia del *"delito fuente"* del lavado de activos, en parte de la fundamentación se hace referencia al carácter neutral de la intervención del imputado:

"el Colegiado considera que nos encontramos ante una de las conductas denominadas como 'neutrales' esto es comportamiento que parecerían reunir los requisitos tradicionales de la participación delictiva, pero que objetivamente no deben ser entendidos como tales (…); así se tiene que en el caso sub análisis el encausado Pastor González se limitó a cumplir su rol de parte contractual al cumplir con su obligación, la que se materializó con

la transferencia del Departamento N° 901 y estacionamiento del inmueble ubicado en la Av. Aurelio Miroquesada de la Guerra N° 250 y 252 Distrito de San Isidro, inmueble cuyo origen no se cuestiona de ilícito, lo que conlleva a concluir que en el presente caso no se presentan los presupuestos del tipo objetivo del delito de lavado de activos, pues el accionante se limitó a desempeñar el rol que le correspondía en razón de su posición contractual, de modo que aun cuando el comportamiento de los demás sujetos fue quebrantador de la norma, el resultado lesivo no le es imputable en virtud de la llamada 'prohibición de regreso'".

2.2. Percepciones personales

A modo de conclusión quisiera hacer unas breves reflexiones personales sobre la cuestión. Pues bien, creo que la determinación del carácter neutral de un comportamiento se relaciona necesariamente con el rol del sujeto, de modo tal que sólo los comportamientos que no se ajustan al rol del individuo pierden neutralidad y adquieren relevancia penal.

El fundamento de ésta respuesta tiene relación con lo expresado por FEIJOO SÁNCHEZ al afirmar que la selección y determinación del carácter típico de un comportamiento requiere de su confrontación con el sentido y fin de los tipos penales de modo teleológico a través de la idea del *fin de protección de la norma*[1456]. De este modo, reitera FEIJOO SÁNCHEZ: "Ni todo proceso causal que mate o lesione, ni toda intención de matar o lesionar son relevantes para el Derecho penal"[1457].

Para que un aporte material pueda adquirir relevancia típica a título de complicidad (primaria o secundaria) es necesario confrontar la aportación con *su sentido social*, lo que supone excluir de relevancia tí-

[1456] FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley/ Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 2002, p. 26.

[1457] FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Op. Cit., p. 26.

pica aquellas aportaciones que tienen una valoración positiva y son admitidas por las leyes, pues siendo así ellas carecen de relación delictiva y tienen más bien una *relación legal de sentido*[1458].

Con esto se descarta el errado entendimiento de que basta la constatación de la causalidad y la finalidad para afirmar la realización del tipo penal, es necesario introducir criterios de orden normativo[1459].

Puede afirmarse entonces que la punición por colaboración se limita exclusivamente a las acciones de favorecimiento del hecho principal que, además de creadoras y realizadoras de un riesgo jurídico-penalmente relevante, sean desaprobadas por el ordenamiento jurídico penal, lo que excluye la punición de aquellas acciones neutrales o cotidianas.

Estamos frente a una cuestión que corresponde al tipo objetivo y por lo tanto las referencias de orden subjetivo, además de alterar la sistemática del análisis, son absolutamente irrelevantes y podrían provocar –de asumirse- una "proximidad peligrosa al Derecho penal de ánimo"[1460] e incluso al de autor[1461]. De este modo, si el realizador de una conducta neutral o cotidiana conocía su posterior utilización con propósitos ilícitos, persiste la imposibilidad de permitir la imputación de complicidad en el hecho principal pues esto supondría introducir elementos subjetivos en el análisis de cuestiones eminentemente objetivas.

En ese contexto, no es defendible la tesis de ROXIN, en virtud de la cual el reconocimiento del propósito ilícito que desencadenará su aportación le da una *relación delictiva de sentido* que le hace perder neutra-

---

[1458] ROXIN, Claus. "¿Qué es la complicidad?", p. 428.

[1459] FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Op. Cit., p. 26.

[1460] WOHLERS, Wolfgang. Op. Cit., p. 427.

[1461] CARO JOHN, José Antonio. *La imputación objetiva en la participación delictiva*, p. 61.

lidad y convierte al aporte en un ataque al bien jurídico[1462]. ROXIN considera que la noción "acción cotidiana" carece de márgenes que lo hagan delimitable, lo que hace necesario recurrir a la "relación delictiva de sentido"; sin embargo, la idea de *relación delictiva de sentido* tampoco parece tener márgenes muy definibles, sujetándose a la misma crítica que para ROXIN merece recurrir a una idea predeterminada de "acción cotidiana". En ese contexto adquiere mayor coherencia una postura como la defendida por JAKOBS que considera irrelevante la existencia de conocimientos especiales en el autor.

Menos problemático es el rechazo de la punición por complicidad en supuestos de aportes causales en los que si bien el tercero desconoce la resolución delictiva del autor, este toma en cuenta la posibilidad de que su aportación sea utilizada con propósitos delictivos. En estos casos se excluye la punición por complicidad por ausencia de riesgo no permitido a partir del principio de confianza[1463].

Al fin de cuentas puede reconocerse, como suele ocurre respecto a la determinación de los límites de la responsabilidad, que es el *contexto* en que se desarrollan los hechos el factor que suele determinar la aplicación o no de la prohibición de regreso[1464].

3. El principio de confianza

3.1. Cuestiones generales.

Uno de los supuestos de actuación dentro del espacio del riesgo permitido viene conformado por el denominado *principio de confianza* que es uno de los supuestos de actuación dentro del riesgo permitido de mayor aplicación en la praxis del Derecho penal

---

[1462] ROXIN, Claus. "¿Qué es la complicidad?", p. 429.

[1463] ROXIN, Claus. "¿Qué es la complicidad?", p. 433.

[1464] CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, p. 85.

económico y de la empresa en la medida que las estructuras empresariales se rigen, en su organización, por el principio de división del trabajo[1465].

Como señala FRISCH: "Con arreglo a éste –el principio de confianza- cabe confiar con carácter general en la conducta correcta de los demás (…) no necesitando uno organizarse previniendo que los demás se comportarán antirreglamentariamente o irrazonablemente"[1466], lo que supone que, en caso de producirse resultados lesivos, no podría considerarse que el sujeto que actuó inicialmente haya incrementado el riesgo permitido.

[1465] Así, expresamente, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Ejecutoria del 09 de junio de 2009 [R.N. N° 449-2009, Lima]: "es cierto que una de las características del mundo contemporáneo es la complejidad de las relaciones sociales y, en materia de producción de bienes o servicios, la especialización en las diferentes tareas que componen el proceso de trabajo. Esto implica la división de funciones entre los miembros del equipo de trabajo, y por lo tanto, un actuar conjunto para el logro de las finalidades corporativas. Como no siempre es controlable todo el proceso por una sola persona y en consideración a que exigir a cada individuo que revise el trabajo ajeno haría ineficaz la división del trabajo, es claro que uno de los soportes de las actividades de equipo con especialización funcional es la confianza entre sus miembros. Así cuando ha precedido una adecuada selección del personal, dicho principio, impide que un defecto en el proceso de trabajo con implicaciones penales se pueda atribuir a quien lo lidera, a condición naturalmente de que no lo haya provocado dolosamente o propiciado por ausencia o deficiencia de la vigilancia debida".

Sobre la trascendencia del principio de confianza en espacios en los que predomina la división del trabajo: FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado,* pp. 226-229; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva,* Reus, Madrid, 2007, p. 193; ÍDEM. *Comportamiento de terceros en Derecho penal,* Ángel Editor, DF, 2002, p. 126.

[1466] FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado,* p. 207 [entre líneas nuestro]; similar: REYES ALVARADO, Yesid. Op. Cit., p. 145.

Aunque su fundamento y justificación se ha formulado desde diversos enfoques: la experiencia general de la vida [Tribunal Supremo del Reino Alemán], la previsibilidad [ESER, MARTÍNEZ ESCAMILLA], la ponderación entre la libertad de actuación y la protección de bienes jurídicos [ROXIN, ZIELINSKI] y la propuesta de justificación por inevitabilidad [BAUMANN][1467], la referencia al principio de autorresponsabilidad parece resultar más convincente[1468].

Ahora, el principio de confianza tiene límites asociados al reconocimiento, por parte de la persona, de elementos de juicio que le permitan reconocer que el tercero con el cual interactúa no actuará conforme a las expectativas. El problema, sin embargo, parece ser el reconocimiento de los límites del principio de confianza en la praxis forense. Esta situación –reconocimiento de los límites del principio de confianza- se hace más compleja si se toma en consideración que aquella delimitación depende, en gran medida, del sector específico del que se trate[1469], del grado de complejidad del contexto en que se produce el esquema de coordinación[1470],

---

[1467] Sobre los contenidos y postulados de estas propuestas, véase: REYES ALVARADO, Yesid. Op. Cit., pp. 143-146.

[1468] En ese sentido: FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio de fin de protección de la norma de cuidado,* JM Bosch/ Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 344-345; REYES ALVARADO, Yesid. Op. Cit., p. 145; le sigue parcialmente MEINI MÉNDEZ, Iván. Op. Cit., p. 175, quien introduce "la ponderación del ejercicio de libertades en juego".

[1469] GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General,* p. 337.

[1470] Por ejemplo, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva,* pp. 193-194, refiere que la aplicación del principio de confianza es más limitada en los contextos en los que la división del trabajo "vertical" que en la división del trabajo "horizontal" en los que existe relación de igualdad.

de la existencia de deberes especiales de vigilancia, supervisión y control que afectan la delimitación del riesgo permitido[1471].

Una primera cuestión a este respecto guarda relación con el grado de certidumbre respecto a la actuación contraria a la legalidad del tercero: ¿Qué grado de conocimiento –posibilidad, probabilidad o certeza- respecto a la incorrección de la actuación del tercero se debe alcanzar para considerar inaplicable el principio de confianza? La respuesta a esta interrogante tendrá, como es evidente, significativas consecuencias procesales.

> *En esa línea de análisis, si, por ejemplo, se exigiese que la aplicación o inaplicación del principio de confianza dependa de la certeza en torno a la incorrección de la actuación del tercero, tendría que sostenerse la imposibilidad de plantear medios de defensa [como la Excepción de Improcedencia de Acción] postulando la atipicidad de la conducta por actuación bajo el principio de confianza.*

En esa línea, por ejemplo, REYES ALVARADO sostiene que "solo cuando resulte claro que quien no se comporta en forma reglamentaria continuará con su indebida actuación, surgirá la limitación del principio de confianza" [1472]. En su planteamiento, no basta el reconocimiento de que el tercero actúa de forma contraria a la legalidad, sino que debe existir también el reconocimiento de que ese tercero continuara el mismo curso de acción. Este razonamiento tiene como punto de partida el planteamiento de que las limitaciones al principio de confianza tienen como condición la existencia de una posición de garante[1473].

[1471] FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva,* p. 194.

[1472] REYES ALVARADO, Yesid. Op. Cit., p. 149 (negrilla nuestro); similar la posición de GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General,* p. 339 quien refiere que la confianza cesa "cuando resulta evidente una conducta que defrauda las expectativas por parte de uno de los intervenientes".

[1473] REYES ALVARADO, Yesid. Op. Cit., pp. 148-149.

Por su parte FRISCH[1474] y CANCIO MELIÁ[1475] sostienen que la aplicación del principio de confianza decae ante la verificación de indicios de la intervención de personas no responsables, respecto de las cuales no puede existir expectativa de respeto al esquema de coordinación, o cuando los indicios determinan la posibilidad de que el tercero responsable no se atendrá al esquema de coordinación. En la posición de FRISCH conviene, sin embargo, reconocer matices que no se aprecian en la posición de CANCIO MELIÁ[1476].

3.2. El principio de confianza en el ámbito de la actividad empresarial

Como se indicó en líneas precedentes, el principio de confianza tiene en las estructuras empresariales, cuyas actividades se desarrollan conforme al principio de división horizontal y vertical del trabajo, una especial trascendencia y ello obliga, al menos introductoriamente, a reconocer los matices de la aplicación del principio de confianza en el contexto de la actividad de empresa.

De hecho, el reconocimiento del principio de confianza como criterio reductor del tipo penal tiene efectos trascendentes respecto del modo en que se desarrolla la actividad empresarial, tanto en supuestos de división horizontal del trabajo como en supuestos de división vertical del trabajo.

[1474] FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado,* p. 207.

[1475] CANCIO MELIÁ, Manuel. Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva, p. 81.

[1476] FRISCH, por ejemplo, menciona que el decaimiento del principio de confianza debe responder a indicios concretos e incorpora un elemento no comprendido en el planteamiento de CANCIO: El principio de confianza también decae "allí donde determinado comportamiento incorrecto ocurre con especial frecuencia"; al respecto FRISCH, Wolfgang. Comportamiento típico e imputación del resultado, p. 207.

La división horizontal del trabajo prioriza el desarrollo especializado del trabajo en la empresa y hace factible que su actividad se desarrolle con dinamismo, conforme a los estándares de desarrollo tecnológico propio de la actividad industrial moderna y sin provocar costes excesivos, derivados de la ralentización de las operaciones. Como indica FEIJOO SÁNCHEZ, esta expresión del principio de división del trabajo: "facilita que cada especialista se pueda ocupar de su ámbito especializado, sin perder energías controlando si la otra persona se comporta correctamente. El principio de confianza, como ya se ha dicho, posibilita algo socialmente positivo: una mayor efectividad, seguridad y calidad del trabajo realizado conjuntamente y una explotación racional del mismo"[1477].

La división vertical del trabajo, por su parte, tiene trascendencia a dos niveles: Permite que los superiores confíen en que sus instrucciones sean ejecutadas correctamente por sus subordinados, en tanto que estos últimos podrán confiar en que las instrucciones recibidas de sus superiores son idóneas. Ahora, la aplicación del principio de confianza funciona con mayor claridad en quien recibe las instrucciones existiendo una progresiva correlación entre los niveles de preparación y *expertise* del superior y las capacidades del subordinado: Mientras mayor sea la preparación y capacidad del superior y menor la del subordinado, mayor será la eficacia de la invocación del principio de confianza por parte de este último. Por el contrario, cuando menor es la formación y capacidad del subordinado, mayores son los deberes de supervisión y control del superior[1478].

[1477] FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Comportamiento de terceros en Derecho penal,* p. 125.

[1478] FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Comportamiento de terceros en Derecho penal,* p. 126.

Ahora, esto no debe llevar a afirmar que en estos esquemas –de división vertical del trabajo en sentido descendente- no resulte aplicable el principio de confianza o que prime, por el contrario, un "principio de desconfianza", debiéndose hablar más bien –dadas las particularidades antes señaladas- de un "principio de confianza limitado"[1479].

3.3. El principio de confianza en la doctrina jurisprudencial

(a) El caso "Rock en Río" (Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, Ejecutoria del 13 de noviembre de 1998, R.N. N° 4288-97, Ancash)

En el mencionado precedente, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República examinó la responsabilidad del organizador de un Festival bailable llamado "Rock en Río" desarrollado en las zonas aledañas al Rio Santa (Caraz, Ancash). Con ocasión a dicho evento, que contaba con la autorización administrativa respectiva, un grupo de aproximadamente cuarenta personas en estado de ebriedad comenzó a bailar sobre un puente colgante que se desprendió parcialmente, provocando la caída de sus ocupante y, como consecuencia de ello, la muerte de dos personas y una serie de lesionados.

En su análisis, el Supremo Tribunal peruano estableció la nulidad de la condena impuesta al organizador del evento –por delito de homicidio culposo- en base a dos consideraciones: (i) La realización del evento con las autorizaciones administrativas respectivas supone que el imputado asumió "las precauciones y seguridad a fin de evitar riesgos que posiblemente pueden derivar de la realización de dicho evento"; y, (ii) el resultado era atribuible a las propias víctimas (autopuesta en peligro de la víctima) pues "la experiencia enseña que un puente colgante es una vía de acceso al tránsito y no una plataforma bailable como impru-

[1479] FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Comportamiento de terceros en Derecho penal,* pp. 144-146.

dentemente le dieron uso los agraviados creando así sus propios riesgos de lesión", circunstancia en virtud de la cual se sostiene que "la conducta del agente de organizar un festival de rock no creo ningún riesgo jurídicamente relevante que se haya realizado en el resultado, existiendo por el contrario una autopuesta en peligro de la propia víctima, la que debe asumir las consecuencias de la asunción de su propio riesgo".

(b) El caso del tramitador de la agencia de aduanas (Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Ejecutoria del 13 de diciembre de 2004, R.N. N° 538-2004, Callao)

En este caso, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema resolvió la situación jurídica del empleado de una agencia de aduanas y del propio agente de aduanas a cargo de tramitar la solicitud de reintegro tributario teniendo como referencia documentos adulterados entregados por su cliente, trámite realizado luego que los funcionarios de la administración aduanera habían realizado el reconocimiento físico de la mercadería.

En este caso, el Supremo Tribunal peruano sostuvo la nulidad de la sentencia condenatoria impuesta en contra del empleado de la agencia de aduanas y del propio agente de aduanas (por delito de defraudación de rentas de aduanas agravada) afirmando que la actuación de estos se ubicaba dentro de los márgenes de riesgo permitido al tratarse de un supuesto de actuación conforme al principio de confianza. En ese sentido, la Ejecutoria Suprema antes referida indica lo siguiente:

> *"la responsabilidad del procesado BOJR se circunscribe a tramitar la solicitud de reintegro tributario luego de la intervención de los funcionarios de aduanas encargados de verificar el reconocimiento físico de la mercadería en el lugar de destino (…) no siendo su contribución causal al resultado del delito imputable objetivamente al citado acusado, quien post facto a la realización de los hechos* ***actuó dentro de una esfera de confianza respecto a la documentación que le entregó el convincente****, habiendo incluso visado los funcionarios de aduanas tanto la*

documentación como supuestamente verificada físicamente la existencia de la mercadería importada (…); Que en lo que se refiere al procesado CAPF, su labor como agente de aduanas sólo se limitó a despachar el reintegro de los impuestos de acuerdo a la documentación que le presentó el comitente, siendo en todo caso la responsabilidad de este último la adulteración de los documentos y demás trámites para la obtención del reintegro tributario, y de los funcionarios de aduanas de verificar la existencia física de la mercadería entregada, por lo que en todo caso ***también habría procedido dentro del riesgo permitido y dentro de un ámbito de confianza en el desarrollo de su conducta como agente de aduanas*****".**

(c) El caso "Magaly Medina v. Paolo Guerrero" [Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Ejecutoria del 09 de junio de 2009, R.N. N° 449-2009, Lima]

En este caso se examinaba la responsabilidad de la conductora de un programa de televisión y directora de una revista de espectáculos por la difusión de afirmaciones falsas y lesivas al honor del querellante, un conocido jugador de futbol. En este caso, entre otras alegaciones, la defensa de la querellada sostuvo que la difusión de la información por su parte se hizo sobre la base de la confianza de que la misma había sido suficientemente corroborada por sus subalternos.

El Tribunal Supremo confirmó la condena impuesta a la comunicadora sosteniendo que la invocación debía ser excluida dada la existencia de una posición de garante derivada de su condición de Directora del medio de prensa. En ese sentido, la Ejecutoria suprema referida señala:

"que, en este caso, si bien se advierte que en el proceso de producción de la información y su difusión interviene un equipo integrado por los reporteros, el jefe de la unidad de investigación, editor, director asociado y director periodístico (sin tener en cuenta informantes y testigos relativos al caso con-

creto), existiendo una división del trabajo en la que cada uno de ellos cumple un rol específico y es responsable por su labor realizada, la querellada Magaly Jesús Medina Vela dentro de esa organización vertical de trabajo (la cual se advierte de la propia estructura del proceso de producción de la información descrito por la querellada en la que el reparto de roles es entre superior y subordinados), detentaba posición de garante con capacidad para que se le atribuya el resultado acaecido (…) En consecuencia es evidente que la querellada no acopió los medios necesarios y suficientes para establecer la certeza por lo menos objetiva de la información; esto es, no efectúo un diligente contraste de la verdad del hecho antes de su difusión conforme a criterios de racionalidad aceptables acorde a un juicio ex ante, lo que resultaba necesario e imprescindible si se tiene en cuenta que en otras oportunidades ya había sido cuestionada y sancionada penalmente; por lo que es posible concluir que la querellada pese a que conocía que no se habían seguido los procedimientos adecuados para obtener la certeza de la información que recibió, decidió difundir la misma agraviando el honor del querellante (…) se debe considerar que el principio de confianza no puede operar con el mismo rigor en cualquier circunstancia; el nivel de rigidez del principio de confianza está en estricta relación con el riesgo que compromete con su actuar. En tal sentido, en el presente caso no es admisible asumir la aplicación del principio de confianza en forma absoluta, pues en el marco de las públicas actividades desplegadas por la encausada Magaly Jesús Medina Vela, a través de su programa de televisión y su revista semanal se requiere un proceder cauteloso y rígido respecto a sus controles (…) La querellada en su calidad de directora de la revista y conductora del programa de televisión con amplia experiencia en el ambiente periodístico desde su posición de garante y dentro de una estructura vertical de trabajo, tenía el deber de controlar las fuentes de peligro".

4. La autopuesta en peligro de la víctima del delito

En un contexto en el que las personas deben responder por aquello que resulta de su competencia, se entiende que si el hecho se encuadra dentro del ámbito de competencia de la víctima, no puede atribuirse a otro que no sea la propia víctima.

El fundamento de la exclusión de la responsabilidad penal en supuestos de autopuesta en peligro de la víctima se encuentra en el principio de autorresponsabilidad que supone –como sostiene CANCIO MELIÁ- el reconocimiento de la libertad de organización de la víctima y, como consecuencia de ello, de la atribución de responsabilidad preferente del titular del bien jurídico afectado[1480].

Este principio –el de autorresponsabilidad- tiene fundamento en la libertad individual, garantía esencial en un Estado de Derecho en el que el ciudadano goza de la prerrogativa de organizar sus propios asuntos (siempre que ello no implique entrometerse en ámbitos de competencia ajenos), por tanto no tendría sentido que el Estado, de modo paternalista, "*sobreproteja*" a quien no lo desea[1481].

Ahora, la posibilidad de atribución de responsabilidad preferente de la víctima del delito se sostiene en tanto (i) la actividad riesgosa for-

---

[1480] CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas,* segunda edición, JM Bosch, Barcelona, 2011, p. 287; ÍDEM. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, p. 92. Asume el principio de autorresponsabilidad como factor fundamentador de la atipicidad de las acciones a propio riesgo: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Comportamiento de terceros en Derecho penal,* pp. 203 ss.; GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General,* p. 347; MEINI MÉNDEZ, Iván. Op. Cit., p. 322.

[1481] FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Resultado lesivo e imprudencia,* p. 375; LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Acciones a propio riesgo. Exclusión de la tipicidad por responsabilidad de la víctima con base en una concepción funcional estructural de la sociedad,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pp. 384 ss.

me parte de la organización conjunta entre víctima y autor; (ii) que la víctima resulte responsable (es decir, que no haya sido "instrumento" del autor); y, (iii) que el autor no sea garante respecto a los bienes jurídicos de la víctima[1482].

4.1. El autopuesta en peligro en la doctrina jurisprudencial

(a) El caso "Rock en Río" (Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, Ejecutoria del 13 de noviembre de 1998, R.N. N° 4288-97, Ancash)

Este caso constituye, ya referido anteriormente en relación al denominado principio de confianza, es probablemente, el antecedente judicial más remoto de aplicación de la actuación a propio riesgo como criterio de exclusión de tipicidad objetiva. De hecho, Manuel CANCIO MELIÁ, autor de una de las monografías más significativas sobre esta materia, incluyó, dentro de las referencias jurisprudenciales citadas en la *addenda* comprendida en la segunda edición, el *caso del puente* caracterizado por su "alto grado de penetración en la discusión dogmática"[1483].

(b) El caso "Pare de Sufrir" (Sala Penal Nacional, Auto Superior del 20 de abril de 2010, Exp. N° 197-09)

En este caso, la Sala Penal Nacional examinó la responsabilidad penal de los integrantes de una Asociación Cristiana (llamada "Pare de Sufrir") que ofrecían a sus seguidores la "cura divina" y otros remedios a cambio de la aportación de dinero, ofrendas o diezmos, conducta que

---

[1482] CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal,* p. 286; ÍDEM. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, p. 92; LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Acciones a propio riesgo*, pp. 397 ss.; MEINI MÉNDEZ, Iván. Op. Cit., p. 323.

[1483] CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal,* pp. 381-382.

era calificada por el Ministerio Público como constitutiva del delito de Estafa, asociación para delinquir y lavado de activos.

La Sala Penal Nacional, en el análisis de la apelación del auto de no procesamiento penal, determinó que el aspecto central a establecer era si la conducta imputada constituía "Un *riesgo típicamente relevante* para el desprendimiento de sus patrimonios". En ese contexto, la Sala Penal Nacional señaló:

> *"La denunciante es la única responsable del bienestar de su patrimonio por lo que no resulta idóneo que pueda acceder a entregar su dinero **a** cambio de la absoluta certeza de ser salvada o curada con objetos de apariencia religiosa. Más aún cuando sabemos que la denunciante cuenta con conocimientos medios aprobados en sociedad. Así que éste posible engaño no guarda las características de ser objetivo, por lo que valoramos que la entrega de su dinero entró sólo en el ámbito exclusivo de responsabilidad de la víctima, infringiendo sus deberes de auto protección. En efecto, la denunciante, como sujeto autorresponsable, tuvo la capacidad para calcular la dimensión del riesgo del engaño. Además, como lo señala la propia denunciante, ella ha venido depositando su dinero en el plazo de diez años, con lo que demostraría que ésta entrega se haya dado de forma voluntaria".*

CAPÍTULO XIII
PROBLEMAS FUNDAMENTALES DE LA AUTORÍA E INTERVENCIÓN DELICTIVA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO SOBRE LA BASE DEL ESTUDIO DE CASOS

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA A TRAVÉS DE CASOS

El jefe del departamento de ventas de una empresa papelera ordena al Jefe de Maquinarias que realice 200 mil impresiones de una obra literaria y que la distribuya al público sin la autorización previa del autor, en clara contravención a la Ley de Lucha contra la Piratería[1484]*. El jefe de maquinarias retransmite la orden a los operadores de las máquinas, quienes raudamente cumplen la directiva impartida. ¿El jefe de maquinarias, quien es el portador de la orden, incurre en la comisión del delito contra los derechos de autor, tipificado en el artículo 217º de CP? Si es así, a título de qué responde por su acción: ¿autor o cómplice?*

El Jefe de Planta, encargado de la supervisión de automóviles de una fábrica que ensambla automóviles, delega sus facultades de supervisión al Sub Jefe de Planta, para que éste se encargue de vigilar la producción en el ala Nº 4 de dicha fábrica. No obstante, el primero omite comentarle sobre las fallas que viene teniendo una de las maquinas utilizadas en el ensamblaje del motor, motivo por el cual, luego de unos días de haberle delegado di-

[1484] Ley Nº 28289, de 24 de mayo de 2001. El artículo 217° del CP ha sido objeto de modificación a través de la Ley N° 29263, de 02 de octubre de 2008.

cha facultad, el Sub Jefe de Planta reporta que la maquina en cuestión le ha amputado el brazo a un empleado que la estaba utilizando. ¿El Jefe de Planta o el Sub Jefe de Planta son pasibles de responsabilidad penal? De ser así, ¿Cuál es el título de imputación correspondiente?

Para responder estas preguntas se debe de recurrir a criterios de imputación que tengan en cuenta el desarrollo de las relaciones industriales y la estructura organizativa de cada persona jurídica, a fin de establecer el grado de reproche penal de acuerdo a la función que tienen los directivos o empleados involucrados en la organización empresarial.

En tal sentido, en el presente capítulo pasaremos revistas a algunos supuestos de criminalidad que se cometen desde la persona jurídica, haciendo énfasis en las competencias organizacionales como criterio de imputación y estableciendo el título de imputación jurídico-penal del hecho –autoría o participación- correspondiente a cada conducta ilícita. Asimismo, aplicando el método inductivo, expondremos casos hipotéticos con el fin de plantear preguntas y respuestas que nos permitan llegar a conclusiones mayores sobre la responsabilidad penal de los miembros de la empresa.

II. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS: LOS DELITOS COMETIDOS DESDE LA PERSONA JURÍDICA POR INTERMEDIO DE LOS MIEMBROS QUE LA CONFORMAN.

En la doctrina penal se establece la diferencia entre los *delitos cometidos en el seno de la persona jurídica* y los *delitos cometidos desde la persona jurídica* partiendo de la distinción hecha por SCHÜNEMANN[1485]. En éste último supuesto hay que diferenciar también la responsabilidad penal de la propia empresa, como unidad de imputación penal, de la

[1485] SCHÜNEMANN, Bernd. "Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", traducción de Daniela Brückner y Juan Antonio Lascuraín Sánchez, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 41, fascículo 2, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 529 ss.

responsabilidad penal de los miembros que conforman la organización de la persona jurídica.

Hecha la distinción metodológica, es de reconocer que los desarrollos contenidos en este capítulo girarán en torno al último supuesto señalado, es decir, en torno a la responsabilidad penal atribuible a los miembros de la persona jurídica. No obstante, se procederá a explicar brevemente en qué consisten los otros supuestos de imputación penal desde y dentro de la empresa.

Los delitos en el seno de la empresa son lo que se originan dentro de la propia dinámica de la empresa cometidos por sus colaboradores en agravio de la empresa misma o de otros colaboradores. En este ámbito, las reglas propias de los delitos de dominio[1486] pueden resultar más que satisfactorias para solucionar los problemas de delimitación entre los diversos espacios de intervención delictiva[1487].

La responsabilidad penal de la persona jurídica como unidad de imputación penal. Parte de la doctrina nacional y extranjera[1488] considera que la empresa se presenta como una unidad de imputación capaz de sufrir reproche jurídico penal. Se afirma, en esa línea de ideas, que estamos frente a un nuevo *sujeto* del Derecho penal[1489], distinto al sujeto tradicional, el individuo como ente físico.

[1486] Sobre las reglas correspondientes a los delitos de dominio: ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*, Tomo I, traducción de Diego –Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y García Conlledo y Javier de Vicente y Remesal, Civitas, Madrid, 1997, pp. 365 y ss.; ÍDEM. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal,* traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 127 ss.

[1487] SCHÜNEMANN, Bernd. Op. Cit., p. 530.

[1488] Véase *infra,* capítulos referidos a la problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

[1489] BACIGALUPO, Silvina. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un problema del sujeto del derecho penal", García Cavero, Percy (Coord.). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes*, Ara, Lima, 2002, pp.135 y ss.

No obstante, pese a la diversidad de proyectos legislativos existentes en esa línea[1490], esta posición no ha sido adoptada por la legislación nacional que mantiene aún el aforisma latino *societas delinquere non potest* y en el concepto finalista de acción y de culpabilidad para establecer la no responsabilidad penal de la persona jurídica.

Sin embargo, la idea de que las personas jurídicas no delinquen (sino que son las personas físicas que actúan a su nombre las que deben ser sancionadas penalmente), que fue ampliamente acogida por la doctrina peruana en la década de los setentas[1491], ochentas[1492] y noventas[1493], ha ido decreciendo en sentido inversamente proporcional a la aparición de los delitos de índole económico, por lo que como señalamos, resulta común escuchar posiciones a favor de que se introduzcan cláusulas de responsabilidad penal directa de los entes colectivos.

Igualmente, resulta ilustrativo destacar que mientras en la jurisprudencia peruana –y en la de la tradición jurídica romano-germánica en

---

[1490] Véase *infra,* capítulos referidos a la problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

[1491] MONTOYA MANFREDI, Ulises. *Responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas,* 2ª ed., Lima, 1977, p. 24.

[1492] En la década de los ochenta, GARCÍA RADA, Domingo. *Sociedad anónima y delito*, 2ª ed., Lima, 1985, p. 65; HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Lima, 1987, pp. 340-341; PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Vol. I, 3ª ed., Lima, 1987, p. 161; UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José. "Quiebra fraudulenta", en: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, N° 29, Lima, 1987, p. 93.

[1493] En la década de los noventa, VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Lecciones de DP. PG*, Lima, 1990, p. 115; VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte General,* Lima, 1998, p. 197; CASTILLO ALVA, José Luis. "Apuntes sobre la responsabilidad penal de las empresas y las personas jurídicas", en: *Normas Legales*, T. 276, Trujillo, 1999, p. A-55; MEINI MÉNDEZ, Iván. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pp. 169-170; BRAMONT ARIAS, Luis Miguel. *Lecciones de la Parte General y el Código penal*, Lima, 1997, pp. 124-126.

general- se criticó con dureza la posibilidad de sancionar penalmente a las personas morales[1494], en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América -adscrita a la tradición jurídica anglosajona- se ha establecido, desde el Caso *Hudson*[1495] de 1909 hasta nuestros días, la premisa de que las empresas puedan responder penalmente por los actos que hacen o

[1494] "El enjuiciamiento supone la imputación de hechos delictuosos a personas individuales determinadas sobre quienes puede recaer la sanción respectiva" (en: *Anales Judiciales*, 1918, p. 47). En un juicio por calumnia imputada a una sociedad comercial, se determinó que la responsabilidad penal es esencialmente individual (Ejecutoria Suprema del 08.04.1920, en: *Anales Judiciales*, 1920, p. 16). La Corte Suprema declaró la insubsistencia de todo lo actuado e improcedente la acción del agraviado contra la Fábrica de Velas y Jabones «La Excélsior», mediante la cual le imputó la comisión del delito de falsificación (art. 377 del CP de 1924) por usar indebidamente la marca «Jabón Patito», que él había registrado como distintivo de los jabones que producía (en: *Anales Judiciales*, 1934, p. 137). En un proceso por apropiación ilícita se estableció que las personas jurídicas no pueden ser sujetos activos de algún delito, ya que dicha calidad sólo puede ostentarla la persona física, pues sólo ella es capaz de ejercitar acciones o incurrir en omisiones que caigan en el ámbito del DP (Ejecutoria Suprema de 03.01.1972, en: *Revista de Jurisprudencia Peruana*, N° 338, p. 357). "El encausado resulta ser una persona jurídica como Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, por lo que no se le debió instaurar proceso penal, debiendo identificarse en todo caso a la persona que actuó como órgano de representación o como socio representante autorizado de ella, en vista que la persona jurídica como tal, de acuerdo al principio *societas delinquere non potest* , no posee capacidad de conducta, recayendo en todo caso dicho atributo sólo en las personas naturales, tal como lo prescribe el artículo 27 del CP" (Resolución de la Corte Suprema de 24.10.97, en: *Guía Rápida de Jurisprudencia penal y procesal penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 45). "En nuestro ordenamiento penal no se admite la responsabilidad de las personas jurídicas; la responsabilidad penal se extiende a las personas que actúan en nombre de las personas jurídicas. Resulta inaceptable tener como denunciado a una persona jurídica" (Resolución de la Corte Superior de Lima de 19.12.97, Exp. N° 3045-97, en: LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel. *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, Grijley, Lima, 1997, p. 79).

[1495] *New York Cent. & Hudson River R.R. v. U.S.,* 212 U.S. 481, 495 (1909).

dejan de hacer los empleados de la misma y que benefician directamente al propio ente colectivo[1496].

III. LA IMPUTACIÓN JURÍDICO PENAL EN ESTRUCTURAS EMPRESARIALES. IMPUTACIÓN *BOTTOM UP* Y *TOP DOWN*. LA DELEGACIÓN DE FUNCIONES EN CONTEXTOS EMPRESARIALES

La empresa, como bien ha referido Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ: "representa un problema central para la moderna teoría jurídica del delito; sobre todo cuando no se trata de pequeñas empresas o empresas familiares donde todavía se puede recurrir a soluciones tradicionales, sino de organizaciones empresariales multinacionales que alcanzan una gran magnitud y complejidad (solo hay que pensar en el fenómeno de los grupos de empresa)"[1497]. La actividad empresarial y su cada vez mayor complejidad determinan que el esquema tradicional de ejecución delictiva–el hecho delictivo era consecuencia de la decisión de una persona que era quien, a su vez, ejecutaba la decisión- resulte superado por las características de la actividad empresarial en los que la dirección, la facultad de información y poder de decisión suelen encontrarse difuminados. Esta circunstancia se hace aún más dramática en tanto mayores sean los niveles existentes entre los órganos de dirección y los empleados[1498].

[1496] Como bien señala el veredicto en el Caso *Hudson*: "Algo hecho u omitido por una corporación (…) y si el hecho o la omisión corresponde a un director u oficial de ésta, o a cualquier receptor, fideicomisario, arrendatario, agente o persona que actúa para la empresa o empleado de la misma (..) también estará comprendido en el delito cometido por la corporación Dutch y una vez que se tenga condena por ello, será sujeto de penas similares (…)" [Traducción libre].

[1497] FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva,* Reus, Madrid, 2007, p. 125.

[1498] FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva,* pp. 129-130.

Esta segmentación –entre la dirección de la empresa y los empleados- permite reconocer dos modelos de responsabilidad individual en relación a actividades empresariales: (i) Modelo de responsabilidad preferente de los que actúan en último lugar (modelo de imputación *bottom up*); y, (ii) modelo de responsabilidad preferente de los directivos de la empresa (modelo de imputación *top down*)[1499].

El primer modelo (modelo de imputación *bottom up*) aunque es el de aplicación más sencilla, en la medida que reduce la discusión de la responsabilidad penal a la determinación de quien realizó la conducta típica [en términos equivalentes a las propuestas de la teoría objetivo formal de la autoría] [1500], no solo carece de eficacia -en términos de protección eficiente de bienes jurídicos- en el contexto empresarial, sino que llevaría a una respuesta penal asimétrica en la medida que supondría que la carga de responsabilidad penal sería asumida esencialmente por quienes carecen de poder de decisión y, por tanto, no ostentan el dominio del hecho[1501].

En el modelo inverso (modelo de imputación *top down*), que constituye el dominante en el contexto del Derecho penal de la empresa, se opta por fijar la responsabilidad penal preferentemente en quienes ostentan las posiciones directivas en la empresa[1502]. Sin embargo, este modelo suele mostrar deficiencias cuando, por la complejidad de la organización empresarial, proliferan los mandos intermedios. En estos

---

[1499] Sobre esto, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva,* pp. 155 ss.

[1500] SCHÜNEMANN, Bernd. *Delincuencia empresarial: Cuestiones dogmáticas y de política criminal,* Fabián Di Placido, Buenos Aires, 2004, p. 25; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva,* pp. 155-159.

[1501] FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva,* pp. 155-159.

[1502] MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General,* segunda edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 494.

casos, los órganos de dirección, más que adoptar decisiones concretas en torno a hechos específicos (que suelen estar en manos de diversos mandos intermedios), resultan responsables de la adopción de políticas empresariales de carácter genérico. Como señala correctamente FEIJOO SÁNCHEZ: "el creciente proceso de descentralización y delegación de funciones y deberes desde el vértice superior a los elementos intermedios en las empresas tiene como consecuencia que éstas no se correspondan ya exactamente con la idea de una pirámide estrictamente jerarquizada en la que el vértice superior sigue controlándolo todo[1503].

De la anterior cita se puede deducir la importancia de la *delegación de funciones* en el desarrollo de la actividad empresarial. Los directivos de las empresas no pueden tener bajo su dominio cada uno de los aspectos de los procesos propios de la actividad de empresa, deben descentralizarlos[1504] mediante su delegación a terceros –del mismo nivel o de jerarquía inferior-, circunstancia que determina la necesidad de identificar los criterios de solución de los casos en los que exista delegación (o cadena de delegación) de funciones.

En estos casos, la imputación penal puede estructurarse recurriendo a las formulas de la autoría mediata por error o por coacción (De esta forma vamos anticipando nuestra posición respecto al dominio del hecho por organización en estructuras empresariales) y la omisión impropia[1505]. El modo en que estas se estructurarían será explicado en el análisis de los supuestos propuestos más adelante.

[1503] FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva,* pp. 162-163. Como este autor señala: "Cuanto más grande y compleja es la empresa, más generales pasan a ser los deberes de los directivos" (p. 162), "cuanto más extensa y compleja se vuelve la organización, menor es el control que los situados en la cima ejercitan sobre sus *outputs*" (p. 164).

[1504] Resaltando la trascendencia del principio de descentralización: SCHÜNEMANN, Bernd. *Delincuencia empresarial: Cuestiones dogmáticas y de política criminal,* p. 25.

[1505] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "La autoría delictiva en estructuras organizadas (en empresas, poderes públicos, organismos) sobre la base de casos

El punto de partida en esta materia es reconocer que la *competencia originaria* de preservación de los riesgos empresariales se encuentra en manos del empresario[1506], en la medida que es el responsable de la creación de riesgos derivados de la creación y existencia de la organización empresarial. El empresario ostenta, como dice SILVA SÁNCHEZ, *la posición de garantía inicial*[1507]. Esta afirmación, por cierto, no puede –ni debe- llevar a considerar que el empresario es *por defecto* responsable de los cursos lesivos que tienen lugar en las estructuras empresariales. Una *responsabilidad en automático* del empresario debe ser recusada a partir del entendimiento de que, en la praxis empresarial, esa *competencia originaria* es generalmente delegada hacia terceros[1508], circunstancia que altera sustancialmente el esquema de atribución de responsabilidades en el contexto empresarial[1509].

En efecto, la existencia de un acto de delegación y su aceptación por parte del delegado tiene un doble impacto en el esquema de responsabilidad penal: (i) modifica las competencias del delegante (cuyas competencias de control de riesgos desaparecen dando paso a competencias de supervisión del delegado); y, (ii) propicia la aparición de una nueva *posición de garantía* (la del delegado)[1510].

---

de la jurisprudencia", en: Silva Sánchez, Jesús María & Suárez González, Carlos. *La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración Pública y otros problemas actuales del Derecho penal,* Grijley, Lima, 2001, p. 15.

[1506] Esta competencia original comprende las competencias de gobierno, gestión y representación de la Sociedad; así: CUADRADO RUIZ, María Ángeles. *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario,* Bosch, Barcelona, 1998, p. 110.

[1507] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. Cit., p. 16.

[1508] Esto es consecuencia del predominio del principio de división del trabajo; al respecto: CUADRADO RUIZ, María Ángeles. Op. Cit., p. 147.

[1509] En ese sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. Cit., p. 16.

[1510] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. Cit., pp. 16-17.

Ahora, tal cual se ha indicado en el párrafo anterior, el surgimiento de una nueva *posición de garantía* impuesta sobre el delegado no supone la absoluta desaparición de la responsabilidad del delegante. Esta –la responsabilidad del delegante- se transforma en una responsabilidad residual respecto a la responsabilidad del delegado. El delegante, como bien refiere SILVA SÁNCHEZ, mantiene como espacio de competencias, entre otras, las siguientes: (i) Selección del delegado; (ii) vigilancia y supervisión de la actuación del delegado; (iii) dotación de los recursos en favor del delegado para que este desarrolle sus actividades óptimamente; (iv) promover la coordinación idónea entre los diversos delegados[1511].

La nueva configuración de competencias del delegante se traduce, jurídico penalmente, en la posible responsabilidad por omisión impropia del delegante[1512].

IV. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MIEMBROS DE LA PERSONA JURÍDICA

Antes de explicar los supuestos de imputación penal a los sujetos que integran la organización empresarial, debemos indicar que el criterio delimitador de la responsabilidad penal de los miembros de la persona jurídica es su *competencia* dentro del engranaje societario [competencia por organización][1513].

[1511] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. Cit., p. 19.

[1512] Responsabilidad que se sustenta, por un lado, en el poder legal de mando del delegante, derivado del derecho de dirección que tiene sobre el empleador, y, por otro lado, en el *mayor fondo de información del superior*; al respecto: SCHÜNEMANN, Bernd. *Delincuencia empresarial: Cuestiones dogmáticas y de política criminal,* p. 35.

[1513] GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte General,* Ara, Lima, 2003, pp. 313 ss.; HURTADO POZO, José. *Compendio de Derecho penal económico. Parte General,* Fondo Editorial PUCP, Lima, 2015, p. 162.

Las *competencias individuales* en el contexto empresarial se desarrollan siguiendo los principios de división del trabajo, especialidad, complementariedad y jerarquía, en virtud del cual cada persona responde por el espacio de actividad encargado conforme a la idea de dirección común, según sus capacidades y conforme reglas de complementariedad y dependencia[1514].

1. Responsabilidad penal del titular y los empleados de la empresa individual de responsabilidad limitada

Caso hipotético N° 1*:*

Juan ostenta los cargos de Titular y a la vez Gerente de la empresa individual de responsabilidad limitada (denominada Confecciones Altruistas E.I.R.L.) que se dedica al rubro del vestir, específicamente a la confección de polos para niños. Luego de algunos años en el mercado se percata de que obtendría una mayor ganancia si a sus polos le agregara logotipos de marcas de ropa conocida y cuyos derechos de explotación no posee. Es así que ordena a sus empleados que fabriquen polos con esas características. Los empleados ejecutan la orden.

1.1. La EIRL como tipología societaria

A partir de este supuesto hipotético elaboraré algunas reflexiones generales sobre el título de imputación del titular de la empresa y los trabajadores, así como los criterios de imputación jurídico penal por el hecho.

El análisis que pretendamos realizar no puede obviar un dato de contexto trascendente: La tipología societaria de la que se trata. Es que este dato referencial será relevante para establecer si estamos ante una *organización* cuya estructura genere auténticos problemas para la atri-

[1514] MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. Cit., p. 491; NUÑEZ CASTAÑO, Elena. *Responsabilidad penal en la empresa,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 167.

bución de responsabilidad penal *hacia arriba* o *hacia abajo*. Y decimos que se trata de un dato *referencial* pues no se descarta supuestos en los que la tipología societaria resulte incongruente con la estructura material de la organización empresarial.

De acuerdo a la *Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada* (Decreto Ley N° 21621), la *Empresa Individual de Responsabilidad Limitada* [EIRL] es "una persona jurídica de derecho privado, constituida por voluntad unipersonal, con patrimonio propio distinto al de su Titular, que se constituye para el desarrollo exclusivo de actividades económicas de Pequeña Empresa" (artículo N° 1).

A partir de diversos elementos de la ley referida, así como de la legislación complementaria pertinente, se podrá apreciar que la EIRL carece de mayores elementos organizacionales y su actividad económica es de escasa dimensión. En efecto, conforme al artículo 36° del Decreto Ley N° 21621, los órganos de la EIRL son el Titular y la Gerencia, siendo el primero el "órgano máximo de la empresa" y tiene a su cargo la decisión sobre los bienes y servicios de la persona moral (artículo 36° de la Ley de la EIRL). En tal sentido, el titular es el que orienta el comportamiento del ente colectivo y el que responde penalmente por la conducción de la misma[1515], independientemente de las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica.

Este dato, por cierto, no soslaya la posición que tiene el Gerente quien, conforme al artículo 43° de la Ley de la EIRL, es "el órgano que tiene a su cargo la administración y representación de la Empresa"; no obstante, en la praxis societaria el cargo de Gerente es a su vez asumido por el propio Titular de la EIRL.

Bajo este orden de ideas, se puede concluir que cabe la responsabilidad penal del titular de una empresa individual de responsabilidad limitada cuando el dueño de ésta dirige el comportamiento de la empresa hacia un fin delictuoso y cuando no existen órganos de línea que ex-

[1515] En ese sentido, CUADRADO RUIZ, María Ángeles. Op. Cit., pp. 108-109.

presen la voluntad de la persona jurídica, o que habiéndolos, no hayan intervenido en la formación de la conducta criminal.

Por otro lado, la referencia contenida en el artículo 1° de la Ley EIRL a que esta tipología societaria aplica respecto a la "Pequeña Empresa" nos remite a la legislación especializada sobre la materia (Ley N° 28105, del 03 de julio de 2003, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa) que señala que una "pequeña empresa" abarca de uno hasta cincuenta trabajadores inclusive y tiene un nivel de ventas entre 150 hasta 850 UITs.

1.2. Capacidad de rendimiento del dominio del hecho en las EIRLs. Dificultades en la distinción entre dominio del hecho por dominio de voluntad (por coacción) y la instigación

Las características de este tipo de persona jurídica permiten sostener –como regla general- que serán las reglas del *dominio del hecho* las que servirán para establecer los diversos grados de intervención delictiva que asiste al Titular de la EIRL y sus empleados. En concreto, la responsabilidad penal del Titular de la EIRL puede ser planteada en dos escenarios posibles: (i) Autoría mediata por dominio de voluntad (por coacción); e, (ii) Instigación.

La *autoría mediata* puede ser postulada cuando la voluntad del ejecutor ha sido dominada por quien, sin intervenir directamente en el hecho, lo domina por haber provocado error en el ejecutor, por haberlo coaccionado o por dominar un aparato organizado de poder[1516]. En tanto que la instigación será planteada cuando se haya determinado, mediante influjo psíquico en otro, que este realice como autor un ilícito penal[1517].

[1516] REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Introducción a la teoría de delito y a las consecuencias jurídicas del delito,* Instituto Pacífico, Lima, 2016, pp. 214-216.

[1517] JESCHECK, Hans Heinrich & WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho*

La doctrina ha reconocido la especial dificultad de encontrar una solución general en torno a la distinción entre autor mediato e instigador, pues en ambas formas de intervención delictiva existe cierto nivel de relación psicológica entre los codelincuentes. Esta dificultad se observa también si se aprecian las relaciones entre estas formas de codelincuencia con la complicidad psíquica[1518].

La doctrina discrepa aún sobre las características de debe poseer el ejercicio de la coacción por parte del *hombre de atrás* y sus niveles de influencia sobre el ejecutor para efectos de calificar la intervención como de autoría mediata.

Es claro que la *autoría mediata* no exige necesariamente que el ejecutor actúe sin responsabilidad. Es posible que el ejecutor (instrumento) actué responsablemente. En esos casos, como señala ROXIN, "ambos intervinientes se encuentran en el centro, sobre la base de criterios de imputación contrapuestos; uno, en virtud de su hacer; el otro, en virtud de su poder de voluntad, es decir, porque en la acción del ejecutor directa está surtiendo efecto como factor impulsor y configurador la voluntad del sujeto de detrás"[1519]. También lo es que "dominio de voluntad" no es equiparable a cualquier tipo de influencia volitiva, por el contrario, esta

---

Penal. Parte General, II, traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Pacífico, Lima, 2014, p. 1026; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General,* sétima edición, BdeF, Buenos Aires, 2005, p. 403; BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal. Parte General,* Ara, Lima, 2004, p. 493.

[1518] Destacando estas dificultades: JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la impugnación,* traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 804-805. En esa línea, corresponde reconocer que autores como BACIGALUPO y COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN sostienen la posibilidad de inducción o instigación mediante coacción (BACIGALUPO, Enrique. Op. Cit., p. 493; COBO DEL ROSAL, Manuel & VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho penal. Parte General,* quinta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, 758), circunstancia que permite reconocer las dificultades en la delimitación entre instigación y autoría mediata.

[1519] ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal,* p. 165.

influencia es un elemento común entre autoría mediata, instigación e incluso en algunos casos de complicidad (complicidad psíquica). Como señala ROXIN: "No todo aquel que ejerce influjo más o menos intenso sobre la resolución del que ejecuta directamente domina ya por eso el hecho, puesto que tal influencia la tienen igualmente el inductor y el cómplice que corrompen al agente y le apoyan con consejos"[1520].

Esto, sin embargo, no lleva aún a delimitar con claridad cuáles son los límites entre una y otra forma de intervención delictiva. La solución dependerá de los matices de cada caso concreto.

1.3. La solución del caso concreto

En este caso concreto, sería sostenible la responsabilidad penal del titular de la EIRL como autor mediato por dominio de la voluntad por coacción siempre que se logre demostrar que el incumplimiento de la orden de confeccionar prendas de vestir infringiendo derechos de propiedad industrial de terceros tenía como consecuencia coactiva el despido de los trabajadores. Ahora, como es obvio, deberá tratarse de una amenaza cierta y suficiente, que permita justificar la calificación de la intervención del empleador como de auténtico *dominio de la voluntad*.

Una variable de respuesta a este supuesto puede encontrarse en los casos en los que la interacción entre el titular de la EIRL y el trabajador este orientada, más bien, a mover la voluntad de este último, lo que nos llevaría a calificar la conducta como de instigación. Esta variable podría funcionar en supuestos en los que el titular de la EIRL persuada al trabajador, por ejemplo, a través de promesas de mejoras salariales derivadas del crecimiento del negocio o mediante, siempre que se cumplan con las condiciones generales de dicha forma de participación delictiva: (i) el instigador debe *causar* la voluntad criminal en el autor, (ii) la influencia psicológica debe ser de suficiente entidad para doblar la voluntad del

[1520] ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal,* p. 166; similar: COBO DEL ROSAL, Manuel & VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cit., p. 758.

autor, inicialmente no orientado a la comisión del delito, y (iii) debe ser directa (no se admite la instigación en cadena)[1521]. Son estos elementos los que finalmente hacen posible que se impute objetivamente al inductor la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (el riesgo de que el autor lesione un bien jurídico)[1522].

2. Responsabilidad penal de los accionistas, miembros del Directorio, y Gerente de una sociedad anónima.

Caso hipotético 2°:

Los miembros del Directorio de la sociedad anónima Caótica S.A. (seis integrantes en total, de los cuales algunos son accionistas) deciden la adquisición de un inmueble, con pleno conocimiento de que el mismo tenía ocupantes precarios. Una vez realizada la compra, el Directorio de Caótica S.A. recibe una generosa oferta de la empresa Constructora Buenos Aires que desea levantar un proyecto inmobiliario en breve tiempo. La oferta está condicionada a que el inmueble se entregue sin ocupantes.

Frente a este escenario, el Directorio se reúne y convoca al Gerente General y la Gerencia Legal. Tras preguntarse a la Gerencia Legal sobre los términos habituales de duración de un proceso de desalojo, el Directorio llega a la decisión –tras el informe del Gerente General, a cargo de las negociaciones con el comprador, de que este no esperaría ese plazo- de que existía riesgo de pérdida de la oportunidad de negocio con Constructora Buenos Aires. Ante esta situación, el Presidente

---

[1521] MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General,* pp. 403-405; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ ARROYO ZAPATERO, Luis/ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/ SERRANO PIEDECASAS, José Ramón/ GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Lecciones de Derecho penal. Parte General,* Praxis, Barcelona, 1996, p. 252.

[1522] MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General,* p. 405; PÉREZ ALONSO, Esteban. "Tema 23. Autoría y participación (I)", en: Zugaldía Espinar, José Miguel (Director). *Fundamentos de Derecho penal. Parte General,* cuarta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 411-412.

del Directorio preguntó al Gerente Legal cual era la contingencia legal que correspondía al desalojo sin mandato judicial y tras la explicación respectiva se aprobó por mayoría (con una abstención y un voto en contra) vender el inmueble a Constructora Buenos Aires y encargar a la Gerencia General, además de la suscripción del contrato respectivo, se realicen los actos necesarios para cumplir con las condiciones requeridas por la empresa compradora.

Ante el encargo del Directorio, la Gerencia General consulta a la Gerencia Legal si podía encargarse del tema y este acepta el encargo. El Gerente Legal contrata a una persona que se encargara del "trabajo" y ésta, a su vez, contrata a una serie de personas que, sin mandato judicial, desocuparon mediante violencia a los ocupantes precarios del inmueble, incurriendo por tanto en el delito de usurpación agravada. El Gerente Legal requiere a la Gerencia General el pago por el "servicio" y esta cumple con hacerse cargo de las gestiones internas para el pago del "servicio".

2.1. La tipología societaria y la problemática de la imputación *hacia arriba*

No se examinará la responsabilidad *hacia abajo.* Es indiscutible que los ejecutores (responsables del "desalojo") son responsables como autores directos, en tanto que los empleados de la empresa a cargo de la ejecución de desembolsos económicos no tendrían responsabilidad por ausencia de dolo.

Es nuestro interés examinar la responsabilidad *hacia arriba,* para lo cual se procederá a reconocer los diversos niveles desde los que dicha responsabilidad penal debe ser abordada. Este análisis tiene, como condición previa trascendente, el examen de los contenidos de la legislación societaria, en la medida que aquella sirve para la delimitación de los roles de los accionistas, directores y gerentes.

Pues bien, desde la perspectiva societaria, el instrumento legal de referencia–como es sabido- es la Ley General de Sociedades [de aquí en adelante LGS] y en ella (y en el Estatuto de la sociedad mercantil)

se delimitan los ámbitos de competencia de los diversos estratos de la persona jurídica. Este dato servirá para la delimitación de los contornos de responsabilidad penal.

(a) La posición de los accionistas y su Junta General

La LGS identifica a la Junta General de Accionistas, como el "órgano supremo de la sociedad", por imperio del artículo 111° de la LGS, siendo sus decisiones vinculantes para la totalidad de los accionistas. Conforme a los artículo 114° y 115° de la LGS, la Junta General de Accionistas tienen atribuciones asociadas a la designación y retiro de ciertos órganos de la persona jurídica: Designación y remoción de los miembros de directorio (en caso de que la persona jurídica cuente con uno), designación de auditores externo (facultad que puede ser delegada al directorio); asimismo, tiene facultades de control de la gestión de la persona jurídica, en la medida que está habilitada para disponer investigaciones y auditorías especiales.

La LGS, sin embargo, no concede a los accionistas atribuciones directas de gestión o administración de la persona jurídica, facultades que son atribuidas al Director y a los Gerentes (artículo 152° LGS)[1523]. Esta falta de vinculación de los accionistas con la gestión de la persona jurídica determina, como regla general, que carezcan de responsabilidad penal[1524].

(b) La posición del Directorio

El Directorio se presenta como un órgano colegiado[1525], elegido por la Junta General de Accionistas y que tiene por función administrar

---

[1523] La responsabilidad del accionista es más bien patrimonial. El accionista responde patrimonialmente solo hasta el importe de su aporte, no respondiendo personalmente por las deudas sociales (Art. 22°, 31° y 51° de la LGS).

[1524] Existen, sin embargo, figuras legales que tienen como *actor principal* a los accionistas [por ejemplo, el delito de abuso de información privilegiada].

[1525] Dado el carácter plurisubjetivo del Directorio, su actividad se encuentra regida por el *principio de colegialidad* en virtud del cual "ninguno de los

la sociedad[1526], para cuyo efecto cuenta con facultades de gestión y representación legal de la persona jurídica (artículo 172° LGS).

Dichas facultades, según señala el artículo 171° de la LGS, deben ser ejercidas con la "diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal". Con tal propósito, la LGS otorga al Director "el derecho a ser informado por la gerencia de todo lo relacionado con la marcha de la sociedad" (artículo 173°).

Ahora, este derecho a ser informado es un instrumento del directorio para poder cumplir con la obligación, impuesta por el artículo 175° de la LGS, de proporcionar "a los accionistas y al público las informaciones suficientes, fidedignas y oportunas que la ley determine respecto de la situación legal, económica y financiera de la sociedad".

Por otra parte, el artículo 176° de la LGS, impone en el directorio obligaciones de actuar en situaciones de riesgo patrimonial sobre la persona jurídica. En efecto, la percepción o presunción de situaciones de pérdida de la mitad o más del capital en los estados financieros, o la percepción o presunción de que el activo de la sociedad no será suficiente para satisfacer los pasivos, obligan al directorio a convocar a la Junta General de Accionistas para informarla de dicha situación.

La responsabilidad societaria del directorio puede ser examinada desde dos planos: (i) La responsabilidad por sus propias decisiones, y, (ii) la responsabilidad por las decisiones ajenas. Este tipo de responsabilidad –la societaria-, conforme indica el artículo 183° de la LGS "no enerva la responsabilidad penal" que pudiera corresponder a los directores.

---

directores de las distintas secciones de la empresa podrá desarrollar sus iniciativas sin la cooperación de los otros" (así CUADRADO RUIZ, María Ángeles. Op. Cit., p. 114).

[1526] En ese sentido, MONTOYA MANFREDI, Ulises. *Responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas,* Imprenta de la UNMSM, Lima, 1975, p. 35.

La responsabilidad por las decisiones propias corresponde a aquella derivada de sus propias decisiones. Esta responsabilidad es ilimitada y solidaria ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave (artículo 177° LGS). Este mismo dispositivo establece un *deber de control* de la ejecución de los acuerdos societarios que resulta especialmente trascendente de cara a la configuración de la responsabilidad penal por omisión.

Este tipo de responsabilidad societaria no alcanza a los directores que hayan expresado su disconformidad con el acuerdo del directorio, ya sea en el mismo momento en que el acuerdo fue adoptado –dejando constancia de dicha disconformidad en el Acta respectiva- o cuando toma conocimiento del mismo –dejando constancia de su disconformidad por conducto notarial (artículos 170° y 178° de la LGS).

La responsabilidad societaria por las decisiones ajenas derivada de las decisiones adoptadas por los directores precedentes y que surge cuando al tomar conocimiento de aquellas y de su carácter irregular no se denuncian por escrito a la Junta General de Accionistas. Esta responsabilidad es solidaria con los directores precedentes involucrados.

(c) La posición de la Gerencia General

Las funciones del Gerente General de una Sociedad se encuentran establecidas tanto en el Estatuto de la persona jurídica como en el artículo 188° de la LGS que establece las funciones que se presume ejerce el Gerente General.

En efecto, el dispositivo legal antes referido sostiene que, salvo pacto en contrario –contenido en el Estatuto o en acuerdo expreso de la Junta General de Accionistas o del Directorio- se presume que el Gerente General tiene las facultades de: (i) Celebrar y ejecutar los actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social; (ii) representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil; (iii) asistir, con voz pero sin voto, a las sesiones

del directorio, salvo que éste acuerde sesionar de manera reservada; (iv) asistir, con voz pero sin voto, a las sesiones de la Junta General, salvo que ésta decida en contrario; (v) expedir constancias y certificaciones respecto del contenido de los libros y registros de la sociedad; y, (vi) Actuar como secretario de las juntas de accionistas y del directorio.

Como se aprecia de las atribuciones antes indicadas, el Gerente General posee funciones de representación y administración de la persona jurídica que deben establecer en armonía con los deberes impuestos por el artículo 190° de la LGS, entre otros: (i) La existencia, regularidad y veracidad de los sistemas de contabilidad, los libros que la ley ordena llevar a la sociedad y los demás libros y registros que debe llevar un ordenado comerciante; (ii) El establecimiento y mantenimiento de una estructura de control interno diseñada para proveer una seguridad razonable de que los activos de la sociedad estén protegidos contra uso no autorizado y que todas las operaciones son efectuadas de acuerdo con autorizaciones establecidas y son registradas apropiadamente; (iii) La veracidad de las informaciones que proporcione al directorio y la junta general; (iv) El ocultamiento de las irregularidades que observe en las actividades de la sociedad; (v) La conservación de los fondos sociales a nombre de la Sociedad; (vi) El empleo de los recursos sociales en negocios distintos del objeto de la sociedad; y, (vii) La veracidad de las constancias y certificaciones que expida respecto del contenido de los libros y registros de la sociedad.

Por su parte, los artículos 190° y 191° de la LGS tienen efectos penales colaterales relacionados a la primacía del principio de responsabilidad personal y la responsabilidad por omisión del Gerente de la sociedad anónima. El artículo 190° de la LGS establece la responsabilidad societaria del Gerente depende necesaria del *incumplimiento de sus obligaciones, dolo, abuso de facultades y negligencia grave,* y en la medida que los "daños y perjuicios que ocasione" deriven de los mismos. Por su parte, el artículo 191° de la LGS, referido a la responsabilidad solidaria del Gerente con los Directores, establece dos condiciones alternativas para que dicha responsabilidad societaria opere (i) Haber participado en los actos que dan lugar a la responsabilidad de los directores; o, (ii)

Cuando conociendo la existencia de los actos generadores de daños y perjuicios a la sociedad, omite comunicarlos al Directorio o a la Junta General de Accionistas.

2.2. Análisis del caso concreto (i): El principio de responsabilidad personal. La problemática de las decisiones colegiadas. ¿Omisión de denuncia?

Estando frente a un delito de dominio, la complejidad del caso radica no solo en los aspectos asociados a la intervención delictiva sino también en aquellos derivados de la imputación omisiva e incluso los referidos a la imputación subjetiva. Sin embargo, por cuestiones de espacio, nos limitaremos aquí a abordar solo algunos aspectos trascendentes.

El primero de ellos está asociado al imperio del principio de responsabilidad por el hecho propio, previsto en los artículos VII y VIII del Título Preliminar del CP, y que permite recusar la praxis forense de atribuir –por defecto- la responsabilidad penal por los hechos de trascendencia delictiva ocurridos en el contexto de la empresa basándose en las condiciones personales (la de representante legal o apoderado de la persona jurídica) o la ostentación de un determinado cargo en la jerarquía empresa (director o gerente). Esta *mala praxis* es común de observar en la persecución penal por delitos ambientales en los que la averiguación se inicia verificando quienes son los representantes legales inscritos en los registros públicos o, a falta de esa información, verificando quienes son los representantes para efectos tributarios (verificación vía web de la SUNAT)[1527].

Es precisamente a partir del principio de responsabilidad personal[1528], en coincidencia con el principio de lesividad[1529], que debe

[1527] Críticamente: REYNA ALFARO, Luis Miguel. "La protección penal de los recursos forestales", en: *Derecho & Sociedad,* N° 39, Lima, 2012, p. 112.

[1528] En ese sentido, MONTOYA MANFREDI, Ulises. Op. Cit., pp. 175-176 ["la responsabilidad penal es personal, aun cuando el directorio sea un órgano colegiado"].

[1529] HURTADO POZO, José. Op. Cit., p. 170 [quien refiere que los directores

examinarse la situación de los directores que no votaron a favor de la decisión de autorizar a la Gerencia General a realizar todos los actos necesarios para cumplir con las condiciones requeridas por la empresa compradora para la firma del contrato de compra- venta.

En el caso planteado, dos directores no expresaron votos de conformidad con la decisión societaria: Uno, expreso directamente y con las formalidades de ley su disconformidad; otro, se abstuvo de emitir su posición. Veamos los matices en cada caso.

En el primer caso (director que expresa su disconformidad expresamente), ya los artículos 170° y 178° de la LGS sirven de pauta de orientación para la respuesta a la cuestión jurídica sub examine: La expresión de disconformidad del director con el acuerdo societario, conforme a las normas societarias, determina que los efectos de trascendencia penal derivados de la decisión colegiada no resulten atribuible a ese director.

En el segundo caso (director que se abstiene de votar), la situación es distinta en la medida que aunque no manifiesta expresamente su conformidad, su silencio supone un acto concluyente que implica, en términos prácticos, su adhesión a la decisión del directorio y, por ende, su responsabilidad penal de tener la decisión colegiada trascendencia penal[1530].

---

que no participan de la decisión no "crean un riesgo no permitido"]; similar CUADRADO RUIZ, María Ángeles. Op. Cit., p. 118 ["En los casos de sometimiento a un acuerdo mayoritario, todos los votos que han conformado la decisión son causales"].

[1530] Como refiere CUADRADO RUIZ, "las dos únicas vías para quedar al margen –de la responsabilidad penal- son oponerse y dimitir o bien impugnar el acuerdo del Consejo" (CUADRADO RUIZ, María Ángeles. Op. Cit., pp. 119-120, entre líneas nuestro).

Distinta es la posición de MONTOYA MANFREDI, Ulises. Op. Cit., p. 177, quien refiere que esta circunstancia –no manifestación expresa de disconformidad- puede constituir a lo sumo un indicio de su adhesión a la decisión colegiada, por ello "sería suficiente que el director implicado pruebe por cualquier medio legal que fue opuesto al acuerdo infractorio".

Ahora, respecto al director discrepante podría pensarse, en caso que este no haya cumplido con la obligación establecida en el artículo 177° de la LGS (de denunciar por escrito a la Junta General de Accionistas "los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo"), que podría resultar responsable del delito de omisión de denuncia descrito en el artículo 407º del CP. Sin embargo, la regla de la taxatividad determina su inaplicabilidad en este caso.

Conforme el tenor del artículo 407° del CP, la omisión típica alcanza a quienes "por su profesión o empleo" tienen la obligación de comunicar "a la autoridad" "las noticias que tenga acerca de la comisión de algún delito". Son tres los motivos que determinan la atipicidad de la omisión de comunicar a la Junta General de Accionistas "los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo", conforme exige el artículo 177° de la LGS: (i) Los deberes de comunicación a los que se contrae el artículo 177° de la LGS están dirigidos a la Junta General de Accionistas y no "a la autoridad" competente para la investigación de los hechos de apariencia delictiva (Policía, Ministerio Público); (ii) Es difícil sostener, desde la perspectiva de la legalidad y la taxatividad, que el "director" de una sociedad anónima ejerza "empleo"; y, (iii) Las obligaciones del director de una sociedad mercantil está asociadas exclusivamente a la representación y gestión de la persona jurídica, no comprenden los deberes cuya infracción se sanciona a través del artículo 407° del CP.

En las antípodas de esta posición se encuentra aquella planteada en MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena. *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 172. En esta obra se sostiene que: "El pertenecer al Consejo de Administración supone aceptar las 'reglas de juego' y, entre ellas, el principio de colegialidad, que implica que una vez adoptado un acuerdo con el apoyo de la mayoría también vincula a los que no lo han apoyado con un voto en contra o se abstuvieron".

2.3. Análisis del caso concreto (ii): La decisión del Directorio ¿Autoría mediata? ¿Coautoría? ¿Complicidad psíquica?

Respecto al grado de responsabilidad penal de los miembros del directorio, cabe precisar que la sola concertación de los integrantes del órgano societario para cometer un delito no importa en sí mismo la realización del delito[1531]. Sin embargo, dado que dicha decisión colegiada es la que gatilla la actuación posterior de la Gerencia y de los terceros involucrados, y por tanto, en términos de *causalidad*, es trascendente en el desarrollo del hecho punible, resulta necesario examinar cuál es el título de imputación que corresponde a la intervención del órgano societario.

(a) ¿Autoría mediata por dominio de organización?

Desde luego, cualquier intento de determinar la utilidad de la teoría del dominio del hecho por dominio de organización en el marco empresarial debe iniciarse reconociendo el contenido esencial de dicha propuesta teórica, lo que permitirá esclarecer algunas confusiones recurrentes en doctrina.

La teoría del dominio del hecho por organización parte del reconocimiento de las insuficiencias que presenta una teoría de la autoría e intervención delictiva, construida básicamente para dar respuesta a la criminalidad individual, para enfrentar la criminalidad de guerra, estatal y de organizaciones[1532], caracterizada por su extrema complejidad y la falta de coincidencia entre los núcleos de decisión y los ejecutores.

[1531] Como se refiere en ZUGALDÍA ESPINAR, José (Director). Op. Cit., p. 787: "la responsabilidad por el voto de los miembros de un Consejo de Administración de una empresa está subordinada al comienzo de los actos ejecutivos que deben realizar los subordinados".

[1532] ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal,* p. 268; ÍDEM. "La autoría mediata por dominio en la organización", en: El mismo. *Problemas actuales de dogmática penal,* traducción de Manuel Abanto, Ara, Lima, 2004, p. 224.

En ese contexto, ROXIN reconocía las dificultades del recurso al enfoque tradicional de la teoría del dominio del hecho que, por una parte, limitaba la aplicación de la autoría mediata a los casos de dominio de la voluntad por coacción y por error, y por otra parte, la discordancia valorativa existente entre la posición del mando superior de la organización y su nivel de intervención en el hecho y la calificación de la misma como mera instigación.

En efecto, la actuación de quienes se ubican en posición de dominio sobre un aparato organizado de poder debe necesariamente recibir una valoración distinta debido a las peculiaridades que presenta el funcionamiento de los mismos. El automatismo que caracteriza a las organizaciones complejas, determina que quienes se encuentran en los niveles superiores de dichas estructuras adquieran un dominio general sobre los hechos ejecutados por sus subordinados, quienes actúan libre y responsablemente. Quien posee el mando superior de la organización adquiere así un dominio general de la voluntad de los integrantes de la organización que determina su condición de autor mediato.

Esta solución se encuentra condicionada a la concurrencia de los siguientes elementos: Contexto organizacional y desvinculación al derecho del mismo, poder de mando sobre la organización y la fungibilidad de sus integrantes.

(i.) Contexto organizacional y desvinculación al derecho.

Como es evidente, la admisión de dominio del hecho por dominio de organización exige un presupuesto contextual específico: Una organización compleja desvinculada al derecho. Con propósitos expositivos invertiremos el orden de análisis.

(i.i.) La desvinculación al derecho.

En la propuesta de ROXIN, el efectivo dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados exige que la estructura de la organización criminal se encuentre *al margen del ordenamiento jurídico*.

Justamente es la desvinculación al derecho de la estructura superior de la organización la que determina la predominante influencia motivacional de los mandatos de la organización criminal sobre los mandatos provenientes del ordenamiento jurídico y, por ello, la que fundamenta el dominio del hecho por parte del hombre de atrás[1533]. Solamente en aquellas organizaciones resulta posible que los mandos de la organización ejerzan un verdadero dominio sobre la voluntad de los ejecutantes.

Ahora, esta desvinculación al derecho debe evidenciarse en toda la estructura de la organización, lo que incluye no sólo a los sectores inferiores de la organización sino también, y fundamentalmente, a los órganos de dirección. La fragmentización de la desvinculación al derecho deriva en la ausencia del dominio del hecho pues en dichos casos la formulación de órdenes de caracteres delictivos carecerá de eficacia en una organización que confiere a la ley un valor que impide el acatamiento de mandatos antijurídicos. Como señala ROXIN "Una instrucción antijurídica no puede poner aquí la organización en movimiento; si es obedecida, no se trata de una acción de la maquinaria de poder, sino de una 'iniciativa particular'"[1534] que implica, más que una actuación con el aparato de poder, una actuación contra aquél.

(i.ii.) Organización compleja de estructura vertical.

La propuesta de ROXIN ha obviado *ex profeso* identificar las particularidades concretas o específicas de la organización en cuyo contexto puede tener lugar el surgimiento de un aparato organizado de poder. Esto, según señala el mismo ROXIN, responde al hecho que este concepto –el de dominio de organización- no puede ser delimitado "firmemente", por tanto, adquiere corporeidad o forma concreta "discurriendo por los distintos ámbitos de la materia de regulación". Estamos frente a un concepto abierto[1535].

[1533] ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal,* p. 275.

[1534] ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal,* p. 275.

[1535] ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal,* p. 277.

La delimitación práctica de cuándo estamos frente a un *aparato organizado de poder* no resulta tan dificultosa en el caso de *organizaciones subordinadas al poder estatal*. La utilización de la estructura estatal en la realización de delitos es el escenario natural para asegurar el dominio del comportamiento de los ejecutores.

Distinto es el caso de las *organizaciones criminales no estatales* en las que el factor determinante es que "los miembros no obren por propia cuenta, sino como órganos de una cúpula directiva cuya autoridad reconocen"[1536]. Debemos estar, como señala ROXIN, ante un "Estado dentro de un Estado"[1537]. Precisamente, por estas razones como Kai AMBOS[1538] ha insistido en la necesidad de contar no solo con una organización jerárquicamente estructurada sino contar un número suficientemente elevado de ejecutores fungibles.

(ii.) El poder de mando sobre un aparato organizado de poder.

El dominio del hecho por dominio de organización requiere que el integrante de la organización posea capacidad de impartir órdenes o asignar competencias a sus subordinados, sin importar si las mismas responden a su propia iniciativa o si provienen de instancias superiores a las que aquél se encuentra a su vez subordinado[1539]; resulta suficiente el dominio sobre parte de la organización. En ese sentido, ROXIN señala: "Autor mediato no es sólo el jefe máximo de una organización criminal,

---

[1536] ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal,* p. 276.

[1537] ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal,* p. 276.

[1538] AMBOS, Kai. "Sobre la 'organización' en el dominio de la organización", en: *InDret,* N° 3/2011, disponible en: http://www.indret.com/pdf/839.pdf, p. 10.

[1539] ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal,* p. 273. En ese sentido, la exposición de la Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del 07 de abril de 2009 [Exp. N° AV 19-2001] (Véase los extractos pertinentes en: REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Introducción a la teoría de delito y a las consecuencias jurídicas del delito,* pp. 216 ss.).

sino todo aquel que en el ámbito de la jerarquía transmite la instrucción delictiva cono poder de mando autónomo. Puede por lo tanto ser autor incluso cuando el mismo actúa por encargo de una instancia superior, formándose así una cadena completa de autores mediatos"[1540].

Ahora, el propio ROXIN refiere que ese poder de mando es el que justifica la inversa correlación existente entre la medida de responsabilidad del dirigente y su lejanía con los ejecutores: La responsabilidad penal aumenta "cuanto más alejado se esté de aquel que con sus manos hace funcionar el arma asesina y más se acerque uno a los puestos superiores de la cadena de mando"[1541].

(iii.) La fungibilidad del ejecutor

Este aspecto, sostiene ROXIN, es "el factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales casos"[1542], en la medida que es el criterio que determina la posición predominante del *hombre de atrás* que –conociendo de la influencia del aparato organizado de poder sobre los ejecutores- lo activa en la seguridad de que la orden será cumplida por alguno de los integrantes de la organización.

Este factor es, sin duda, uno de los más debatidos en la medida que suele cuestionarse si, en efecto, puede afirmarse que la intercambiabilidad de los ejecutores necesariamente asegura el resultado. Por razones de espacio y de pertinencia no abordaremos esta cuestión en este momento.

[1540] ROXIN, Claus. "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", traducción de Enrique Anarte, en: Ferré Olivé, Juan Carlos & Anarte Borrallo, Enrique (Eds.). *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos,* Universidad de Huelva, Huelva, 1999, p. 197.

[1541] ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal,* p. 272.

[1542] ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal,* p. 270.

2.4. Análisis del caso concreto (iii): El dominio de organización en las estructuras empresariales.

El planteamiento del dominio de organización en aparatos de poder, conforme propone ROXIN, es inaplicable a las estructuras empresariales. En su planteamiento, ROXIN destaca que aquella clase de dominio sobre el hecho sólo tiene dos manifestaciones típicas: La primera, conformada por la criminalidad paraestatal; la segunda, conformada por la criminalidad organizada[1543].

No obstante la existencia de un sector reducido de la doctrina que propugna la posibilidad de recurrir al *dominio del hecho por organización* en el ámbito de las estructuras empresariales[1544], existen una serie de obstáculos derivados de la caracterización del dominio de organización. ROXIN, en ese sentido, ha señalado enfáticamente la imposibilidad de constatar, en el caso de estructuras empresariales, la desvinculación del derecho[1545]. En este sentido, ROXIN señala: "las empresas

---

[1543] ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal,* pp. 275-276.

[1544] En ese sentido: DE FIGUEIREDO DÍAS, Jorge. "Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: El 'dominio de la organización'", en: Ferré Olivé, Juan Carlos & Anarte Borrallo, Enrique (Eds.). *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos,* Universidad de Huelva, Huelva, 1999, p. 106 [quien propone la aplicación del dominio de organización en contextos empresariales respecto a "una particular zona de la criminalidad a cuyo respecto el funcionamiento de la empresa puede aproximarse al de los aparatos organizados de poder" refiriéndose a "algunas incriminaciones de derecho penal secundario (*Nebenstrafrechts)* que se relacionan con fines primariamente organizativos y- al estar vacías de cualquier connotación ético-social- son entendidas, desde una perspectiva estrictamente empresarial, como mero obstáculo a la persecución de las ganancias"]; CESANO, José Daniel. "Problemas de responsabilidad penal de la empresa", en: López Mesa, Marcelo & Cesano, José Daniel. *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales. Contribuciones a su estudio desde las ópticas mercantil y penal,* Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 297-298.

[1545] ROXIN, Claus. "La autoría mediata por dominio en la organización", p. 238.

económicas trabajan generalmente dentro del Derecho vigente, de tal manera que la comisión del delito, por regla general, no es cuestión de la organización, sino de cada uno de sus trabajadores, quienes tampoco hacen conocer su actividad sino la ocultan de los órganos de control interno. Aquí deben aplicarse las reglas generales vigentes de la autoría y la participación"[1546].

La posición de ROXIN, adoptada por la doctrina dominante[1547], de rechazo a la aplicación del dominio del hecho por organización en ámbitos empresariales es clara cuando sostiene que "se le exige demasiado –a la teoría del dominio del hecho por organización- cuando se la quiere aplicar a todas las relaciones jerárquicas y cuando se quiere imputar el dominio del hecho a directivos de empresas económicas, sin tener en cuenta la forma de su cooperación, en caso de delitos cometidos por los subordinados en el marco del funcionamiento de estas"[1548].

Entrando en materia, aunque puede reconocerse cierta validez a los planteos que reconocen la posibilidad de desvinculación al derecho de ciertas empresas criminales[1549] en los que se enfatiza, por un lado, la re-

---

[1546] ROXIN, Claus. "Dominio de la organización y resolución al hecho", en: Roxin, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual,* traducción de Manuel Abanto, Grijley, Lima, 2007, p. 529.

[1547] Rechazan la aplicación del dominio del hecho en organizaciones empresariales en la doctrina peruana: URQUIZO VIDELA, Gustavo. "Acerca de la responsabilidad de los directivos por los delitos cometidos desde la empresa ¿Un nuevo supuesto de autoría mediata?", en: Pariona Arana, Raúl (Director). *20 años de vigencia del Código penal peruano. Desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales,* Grijley, Lima, 2012, pp. 247 y 251-254; sin referirse expresamente a la viabilidad de la aplicación del dominio del hecho por organización en este contexto VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte General,* Grijley, Lima, 2006, p. 429.

[1548] ROXIN, Claus. "La autoría mediata por dominio en la organización", p. 243 (entre líneas nuestro).

[1549] Ya en ocasión anterior [REYNA ALFARO, Luis Miguel. "Implementación de los *compliance programs* y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados", en: Ambos, Kai/ Caro Coria, Dino Carlos/ Malarino, Ezequiel (Coords.). *Lavado de activos y compliance.*

lación existente entre el crimen organizado y el crimen empresarial[1550], y, por otro lado, la necesidad de poner atención no tanto en la *génesis* –

Perspectiva internacional y derecho comparado, CEDPE/ Jurista, Lima, 2015, pp. 470-475] hemos tenido ocasión de resaltar el impacto de la subcultura empresarial o del *bussiness environment* en los agentes corporativos. En este *environment* el objetivo es lograr ventajas económicas –incluso en las circunstancias más difíciles [así NELKEN, David. "White collar and corporate crime", en: Maguire, Mike/ Morgan, Rod/ Reiner, Robert. *The Oxford Handbook of Criminology,* cuarta edición, Oxford University Press, 2007, p. 744]- lo que lleva a la imposición de ciertas pautas de actuación *pro empresa* que debilitan la regulación institucional [ROSENFELD, Richard & MESSNER, Steven. *Crime and the economy,* Sage, Londres, 2013, p. 63; similar BRODOWSKI, Dominik/ ESPINOZA DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, Manuel/ TIEDEMANN, Klaus/ VOGEL, Joachim (Eds.). *Regulating corporate criminal liability,* Springer, 2014, p. 03; BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho penal,* Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 84 ss.] y que determina que las necesidades individuales de los empleados de la empresa tengan poca significación [SIMPSON Sally. *Corporate crime, law and social control,* Cambridge University Press, New York, 2002, pp. 07 ss.]. La cultura y organización empresarial propician una *group mind* a la que se adaptan los colaboradores de la empresa y les lleva a *reaccionar en automático* o *mindless* [MENTOVICH, Avital & CERF, Moran. "A psychological perspective on punishing corporate entities", en: Brodowsky, Dominik/ Espinoza de los Monteros de la Parra, Manuel/ Tiedemann, Klaus/ Vogel, Joachim (Eds.). Op. Cit., p. 37; PALMER, Donald. *Normal organizational wrongdoing. A critical analysis of theories of misconduct in and by organizations*, Oxford University Press, New York, 2012, pp. 15 ss.; MALAMUD GOTI, Jaime. *Política criminal de la empresa,* Hammurabi, Buenos Aires, 1983, passim; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "Sobre el fundamento de las sanciones penales para las personas jurídicas y empresas en el Derecho penal español y el Derecho penal peruano", en: García Cavero, Percy. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Ara, Lima, 2002, p. 261]. Por cierto, esta idea no resulta novedosa pues a ella hacía alusión SCHÜNEMANN al hablar de la *actitud criminal de grupo* [SCHÜNEMANN, Bernd. *Delincuencia empresarial: Cuestiones dogmáticas y de política criminal,* p. 26].

[1550] ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada. Dos modelos para armar en el Derecho penal,* CEDPE/ Jurista, Lima, 2013, passim; MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena. *Crimina-*

necesariamente vinculada a la ley- de las estructuras empresariales, sino en la posibilidad de desvío en el curso de sus actividades[1551], en nuestra opinión la ausencia de fungibilidad o intercambiabilidad de los ejecutores constituye un obstáculo trascendente[1552].

De hecho, la doctrina ha sabido establecer distinciones en el tratamiento jurídico penal de las empresas *de fachada* [esto es, aquellas exclusivamente diseñadas para la realización de delitos y en los que la actividad negocial lícita tiene como objetivo "ocultar su principal ocupación, de carácter delictivo"[1553]] y aquellas empresas que, eventual-

---

lidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas, p. 90; MEINI MÉNDEZ, Iván. *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 181-183; ÍDEM. *El dominio de la organización en Derecho penal,* Palestra, Lima, 2008, pp. 187-188.

[1551] Así URQUIZO VIDELA, Gustavo. Op. Cit., pp. 251-252 [aunque posteriormente niega la capacidad de rendimiento del dominio de organización en contextos empresariales]

[1552] Así NUÑEZ CASTAÑO, Elena. Op. Cit., p. 184 [aunque sin llegar a precisar porqué "en el ámbito empresarial, esta fungibilidad de los ejecutores no es tan amplia"]. En ese sentido, corresponde recusar planteamientos, como los de MEINI MÉNDEZ, que se mueven en el terreno meramente especulativo y que se basarían en una presunta regla de la experiencia que "enseña que en algunas ocasiones los empleados muestran escasa resistencia frente a las órdenes ilícitas que emiten los cuadros superiores, y que éstos cuentan con dicha ´fragilidad'" [MEINI MÉNDEZ, Iván. *El dominio de la organización en Derecho penal,* p. 183]. Este autor refiere que la *predisposición hacia el hecho* (elemento que considera trascendente para la configuración del dominio del hecho por organización) es mayor en las empresas pues "el universo de personas con las que se puede contar en una empresa económica para ejecutar los actos que en ella se dispongan, es muy superior al que conforman los subordinados-ejecutores en los aparatos de poder organizados" [MEINI MÉNDEZ, Iván. *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados,* p. 194, no obstante, dejarse sin explicación el porqué de dicha afirmación].

[1553] FARALDO CABANA. Patricia. *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas. La autoría mediata con aparatos organizados de poder,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 322.

mente y de modo excepcional, desvían su curso hacia actividades delictivas[1554]. El sector que defiende la posibilidad de aplicación del *dominio de organización* circunscribe dicha aplicación al primero de los supuestos, rechazando la posible aplicación a los supuestos de involucramiento circunstancial y aislado de la persona jurídica en actividades delictivas[1555], pues ese curso predominantemente lícito de la actividad empresarial es el que "les retiraría, siempre que se tratase de la realización de un delito, el automatismo de funcionamiento exigido para el dominio de organización"[1556].

Más importantes y trascendentes son, en nuestra opinión, los obstáculos para sostener la *intercambialidad* o *fungibilidad de los ejecutores* en el contexto de la criminalidad económica, obstáculos derivados de la primacía del principio de especialidad en el curso de las actividades económicas que harían sumamente difícil encontrar *reemplazos* [en términos compatibles con la exigencia de *fungibilidad de los* ejecutores][1557].

Está claro que la adopción de una posición específica en torno a la cuestión del dominio del hecho por organización, en general, y del dominio del hecho por organización en estructuras empresariales, en específico, no resultará posible de realizar en un espacio tan limitado como este. Dar una posición definitiva exigiría contar con data criminológica suficiente[1558] para poder fijar una posición en torno a la cues-

---

[1554] FARALDO CABANA. Patricia. Op. Cit., pp. 322-323.

[1555] FARALDO CABANA. Patricia. Op. Cit., pp. 317-318/ 324; le siguen: MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. Cit., pp. 496-497; BOLEA BARDON, Carolina. *La autoría mediata en Derecho penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 397-397.

[1556] DE FIGUEIREDO DÍAS, Jorge. Op. Cit., p. 106.

[1557] Distinta es la posición defendida por FARALDO CABANA quien sostiene que esta objeción requiere observar "al número de trabajadores a disposición de quienes ocupan el vértice de la organización, puesto que ni siquiera un experto contable o un técnico altamente cualificado son irremplazables por principio"; así en: FARALDO CABANA. Patricia. Op. Cit., pp. 310-311.

[1558] Lo que es impropio de nuestros países con una reconocida tradición antiempírica.

tión, circunstancia que se hace aún más compleja en un contexto en el que las relaciones entre las organizaciones criminales y las empresas son cada vez más complejas y dificultan el establecer distinciones como las planteadas en el párrafo anterior [entre empresas fachada y supuestos de desvió circunstancial del curso empresarial lícito]. Hoy en día, como señala Elena MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS es más propio hablar de *empresa dual* "que lleva al mismo tiempo actividades ilegales y legales"[1559].

En todo caso, no debe olvidarse que la *aplicación del dominio de organización en estructuras empresariales* no debe ser pensada como la *receta mágica* para solucionar todos los problemas de imputación en el contexto empresarial[1560]. La solución debe ser encontrada caso por caso y tomando en consideración las características de la estructura empresarial examinada.

La irrupción de fórmulas extensivas del dominio del hecho por organización se produce en un contexto de recepción general, especialmente a nivel jurisprudencial comparado, de los contenidos de la fórmula de ROXIN[1561]. La utilización del *dominio del hecho por dominio*

[1559] MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena. *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas,* p. 91.

[1560] FARALDO CABANA. Patricia. Op. Cit., p. 316.

[1561] No es completamente exacta la afirmación de PARIONA ARANA en el sentido de que el dominio del hecho es el criterio que *rige* la doctrina y jurisprudencia peruana (PARIONA ARANA, Raúl. *Autoría mediata por organización. Consideraciones sobre su fundamentación y aplicación,* Grijley, Lima, 2009, p. 22). MUÑOZ CONDE, por ejemplo, resalta como la Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema del 20 de julio de 2012 "abandona expresamente la teoría de la autoría mediata por medio de un aparato de poder organizado y, en su lugar, se aplica la tesis de la coautoría para condenar como coautores a los responsables de la llamada operación Colina o Barrios Altos" (así en: MUÑOZ CONDE, Francisco. "La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado", en: *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa,* N° 3, CEDPE, Lima, 2015, p. 322).

de organización no solo en Alemania [Sentencia de la Quinta Sala del Tribunal Federal Alemán en el caso de los tiradores del muro de Berlín, de 1994[1562]], en Argentina [juzgamiento a los integrantes de la Junta Militar argentina, sentencias del Tribunal de Apelaciones y de la Corte

---

La doctrina peruana no muestra una posición definida respecto a la viabilidad jurídica del dominio del hecho por organización y la propuesta de calificar dichos casos como supuesto de autoría mediata; de hecho, podría decirse que la doctrina que expresamente ha examinado esta cuestión se decanta en favor de la tesis de la coautoría. En favor de la coautoría, por ejemplo: BARRETO GUZMÁN, Marco. "Responsable de escritorio y ejecutor material en la criminalidad organizada (Criterios para delimitar la autoría y participación en virtud de aparatos organizados)", en: Salazar Sánchez, Nelson (Coord.). *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal,* Idemsa, Lima, 2007, pp. 120 ss.; BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte General,* segunda edición, Eddili, Lima, 2002, pp. 407-408; GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General,* Grijley, Lima, pp. 571-572; HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho penal. Parte General I,* tercera edición, Grijley, Lima, 2005, p. 868; en favor de soluciones en función a cada caso concreto: ALCOCER POVIS, Eduardo. *Introducción al Derecho Penal. Parte General,* Instituto de Ciencia Procesal Penal, Lima, 2014, p. 147; rechazando la autoría mediata por organización pero sin explicación alterna: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte General,* p. 480.

En la doctrina española se observan también opiniones discrepantes, como las de MUÑOZ CONDE, Francisco. "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", en: Ferré Olivé, Juan Carlos & Anarte Borrallo, Enrique (Eds.). *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos,* Universidad de Huelva, Huelva, 1999, p. 158 [en favor de la coautoría]; HERNÁNDEZ PLASCENCIA, José Ulises. *La autoría mediata en Derecho penal,* Comares, Granada, 1996, p. 276 [quien sostiene que la formulación legal hispana reconduce la solución al plano de la complicidad]; MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena. *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas,* pp. 94-95 [quien ve en la existencia de un instrumento responsable el principal obstáculo para aceptar el dominio del hecho por organización]

[1562] Sobre el desarrollo de la Jurisprudencia alemana a partir de dicha decisión: ROXIN, Claus. "Dominio de la organización y resolución al hecho", pp. 515 ss.; FARALDO CABANA, Patricia. Op. Cit., pp. 47 ss.

Suprema, de 1985 y 1986], [1563] y en nuestro país [Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República contra el Ex Presidente Alberto Fujimori, del 07 de abril de 2009[1564], Sentencia de la Sala Penal Nacional contra los líderes del Grupo Terrorista "Sendero Luminoso, del 13 de octubre de 2006] han llevado a una extensión excesiva del marco aplicativo de dicha teoría.

ROXIN ha referido con claridad que los planteamientos del BGH alemán en una serie de fallos correspondientes a los años 1994 [Sentencia del 26 de julio de 1994] y 1997 [fallos de la Segunda Sala dirigida contra los directores de una sociedad mercantil por delito de eliminación de desechos peligrosos y de la Cuarta Cámara dirigida contra los directores de una empresa por fraudes cometidos por sus empleados] en los que el BGH habría sostenido que la autoría mediata por dominio de organización es también sostenible respecto a "actividades empresa-

---

[1563] Un panorama de la recepción jurisprudencial comparada en: ROXIN, Claus. "La autoría mediata por dominio en la organización", pp. 226-227; ROTSCH, Thomas. "De Eichmann hasta Fujimori. Sobre la recepción del dominio de la organización después de la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Perú", traducción de María Dómine, en: Ambos, Kai & Meini, Iván (Eds.). *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara, Lima, 2010, pp. 38-39; MUÑOZ CONDE, Francisco. "La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado", pp. 315- 321; POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal. Parte General,* Ara, Lima, 2015, p. 618; FARALDO CABANA, Patricia. Op. Cit., pp. 32 ss.; MEINI MÉNDEZ, Iván. Op. Cit., pp. 132-170.

[1564] Comentando el desarrollo jurisprudencial en torno al caso "Fujimori" destacan los planteos de: MUÑOZ CONDE, Francisco. "La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado", pp. 321-324; CARO CORIA, Dino Carlos. "Sobre la punición del Ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal", en: Ambos, Kai & Meini, Iván (Eds.). Op. Cit., pp. 143 ss.; PARIONA ARANA, Raúl. Op. Cit., pp. 41 ss.; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Autoría mediata por dominio de organización: El caso Fujimori", en: Pariona Arana, Raúl (Director). *20 años de vigencia del Código penal peruano. Desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales,* Grijley, Lima, 2012, pp. 229 ss.

riales", carecen de fundamentación suficiente y derivan de criterios incorrectos e insuficientes[1565]. De hecho ROTSCH, en línea crítica, ha referido que dichas decisiones del BGH alemán en realidad se apartan de los planteamientos de ROXIN y SCHROEDER, y proponen una justificación distinta a la autoría mediata: la creación y el aprovechamiento de las condiciones marco creadas por la estructura de la organización[1566].

Descartada la aplicación del dominio de organización en el caso planteado, corresponde examinar la capacidad de rendimiento de otras formas de intervención delictiva.

2.5. Análisis del caso concreto (iv): ¿Coautoría? ¿Complicidad?

Una vez que se verifica la existencia de un proyecto criminal en el que intervienen dos o más personas, se plantea la cuestión de si dicha intervención es calificable como *coautoría* o como *complicidad (primaria o secundaria)*. Y es que aunque teóricamente se pueda sostener que la diferencia entre uno y otro supuesto (coautoría y complicidad) radica en que en el primer caso existe un *dominio funcional del hecho* que deriva de la realización conjunta del hecho cuyo origen es una decisión común[1567], en la práctica forense resulta sumamente complicado fijar las líneas divisorias entre ambas formas de codelincuencia, dada la existencia de variados elementos comunes.

[1565] ROXIN, Claus. "La autoría mediata por dominio en la organización", pp. 239-242.

[1566] ROTSCH, Thomas. Op. Cit., pp. 37-38. En ese sentido, también BOLEA BARDON, Carolina. Op. Cit., pp. 388-389 [quien hace referencia a un alejamiento por parte del BGH del planteamiento original de ROXIN]; FARALDO CABANA, Patricia. Op. Cit., pp. 306-307; NUÑEZ CASTAÑO, Elena. Op. Cit., p. 182 [quien destaca que la posición del BGH supone renunciar al elemento de la vinculación al derecho exigido en la propuesta de ROXIN].

[1567] PÉREZ ALONSO, Esteban. "Tema 35", en: Zugaldía Espinar, José (Director). Op. Cit., p. 718.

El primero de estos elementos es el *reparto funcional de la empresa criminal* (principio de división del trabajo) que presupone la existencia de un *plan concreto del hecho*[1568]. Las dinámicas entre coautores así como entre autor y cómplice se rigen por el *principio de convergencia* en virtud del cual "la voluntad de los diferentes sujetos que intervienen en la ejecución de un injusto culpable se oriente a la realización conjunta del hecho punible. Si no se logra un acuerdo de voluntades no habrá participación"[1569]. Es clara la exigencia –como es propio de todo supuesto de imputación por codelincuencia- de que los coautores así como el autor y cómplice hayan asumido un acuerdo de voluntades respecto a la realización conjunta (aunque con diversas posiciones) del hecho delictivo.

Establecer distinciones entre autoría y complicidad secundaria no resulta cuestión complicada, dada las características de esta última. La intervención del cómplice secundario en el hecho delictivo es de escasa magnitud, por tanto, siendo su aporte no necesario ni indispensable para la configuración del hecho punible, no existirán dificultades para distinguirlas del *dominio funcional del hecho* propio de la coautoría.

Las verdaderas dificultades se encuentran al distinguir entre autoría y complicidad primaria, en la medida que el carácter necesario del aporte en esta última forma de intervención delictiva puede provocar dudas respecto a si dicha necesidad de la contribución al hecho resulta equivalente al *dominio funcional del hecho* propio de la coautoría.

La distinción entre autoría funcional y complicidad primaria, conforme señala la doctrina mayoritaria, se ubica en el momento en que los aportes se producen: El coautor interviene siempre en fase de ejecución

---

[1568] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructura básica del Derecho Penal,* Ediar, Buenos Aires, 2009, p. 138; PÉREZ ALONSO, Esteban. *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal,* Comares, Granada, 1998, p. 207.

[1569] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte General,* Grijley, Lima, 2006, p. 497; CURY URZUA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General,* tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 225.

del delito, el cómplice primario interviene necesariamente en la fase previa de preparación del delito[1570].

Teniendo en consideración la base dogmática antes detallada, corresponde examinar la situación de los diversos intervinientes en el caso planteado.

(a) El grado de intervención de la Gerencia Legal

En primer lugar corresponde tener presente que, conforme se encuentran narrados los hechos, el nexo con los ejecutores materiales –es decir, con las personas contratadas para ejecutar el despojo de los ocupantes del predio- es el Gerente Legal quien se encarga no solo de la contratación de los ejecutores materiales del acto de usurpación sino que en efecto sería quien ejecuta el pago de la contraprestación. Esto supone que su intervención se produjo antes, durante y después de la ejecución del hecho punible, lo que permitiría sostener la responsabilidad del Gerente Legal a título de coautor.

Es de destacar que difícilmente podría el Gerente Legal sostener que su conducta es neutral por haberse limitado a ejercer actos propios de su labor profesional. Esta fuera de toda duda que la *contratación de terceros para la realización de actos delictivos* no es parte del rol habitual del abogado o del Gerente Legal.

(b) El grado de intervención del Gerente General

En relación a la responsabilidad penal del Gerente General deberían reconocerse, de partida, dos situaciones: (i) el Gerente General es quien asume el encargo original de "suscribir el contrato" y realizar "los actos necesarios para cumplir con las condiciones requeridas por la empresa compradora"; y, (ii) el delegado final (el Gerente Legal) cumple el encargo con intervención paralela del delegante (el Gerente General)

[1570] PÉREZ ALONSO, Esteban. *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal,* pp. 220-221/ 229/ 341-343.

que proporciona los medios para el cumplimiento de los fines. Cada una de estas situaciones genera dos posibles escenarios de responsabilidad penal del Gerente General: La responsabilidad por omisión derivada de la falta de control de los actos del delegado y la responsabilidad por acción derivada de la intervención material en la gestión del pago a favor de los ejecutores materiales. Ahora, dado el carácter necesario del pago para la efectiva materialización del despojo del inmueble, podría sostenerse la responsabilidad penal del Gerente General como coautor en la medida estuvo afiliado al proyecto criminal común y desempeñó un papel trascendente en el mismo.

(c) El grado de intervención del Directorio

En cuanto a la responsabilidad penal del directorio, corresponde iniciar el análisis insistiendo en una afirmación ya planteada anteriormente: Los directores que manifestaron su disconformidad con la decisión colegiada carecen de responsabilidad.

Los directores que hicieron suya la decisión colegiada tenían pleno conocimiento de las implicancias de la decisión adoptada y de los mecanismos ilícitos que serían tomados, lo que determina que cualquier alegación de actuación conforme al principio de confianza o de error respecto al modo en que se instrumentalizaría la decisión de venta del inmueble, condicionada al previo retiro de los ocupantes precarios.

La aprobación de la operación por parte del directorio y la delegación hacia el Gerente General contienen implícita una orden ilegal (la de desocupar sin mandato judicial a los ocupantes precarios del inmueble) que genera responsabilidad penal a título de coautoría. Incluso, si se quisiera negar que la decisión del directorio tenga implícita una orden ilegal, sería posible sostener la responsabilidad del directorio por omisión al infringir la obligación de controlar los actos de sus delegados. El título de imputación subjetiva, dependiendo de los diversos matices y variables del caso, sería el dolo eventual.

2.6. Análisis del caso concreto (v): La responsabilidad por omisión del empresario

Un sector importante de la doctrina penal intenta fundamentar la responsabilidad penal del empresario en una posición de garante[1571] emergente de un actuar precedente, especialmente, en aquellos casos en que la producción de un resultado típico, como ya hemos mencionado, sea consecuencia de una "*actitud criminal colectiva*".

SCHÜNEMANN, su principal exponente, partiendo de la premisa de que a pesar de la evolución social y económica, toda actividad realizada en el seno de una empresa se reconduce a las personas naturales que actúan para ella y, trasladando la *teoría sociológica de los sistemas autopoyéticos,* formulada por LUHMANN, TEUBNER y WILLKE, a las empresas, concluye afirmando la imposibilidad que tiene el derecho de influir, mediante normas directas, la conducta de los integrantes de una empresa pues ésta, como sistema, organiza las acciones que en su interior se realizan, fracasando las pretensiones preventivas ante comportamientos que correspondan a una "*actitud criminal colectiva*"[1572].

Adicionalmente, el citado autor admite las limitaciones que en estas circunstancias produce la utilización de criterios de imputación de orden individual, los mismos que difícilmente podrán ajustarse a los contextos de acción y decisión colectiva, en los que la acción ejecutiva, el poder de decisión y la base de información necesaria se encuentran difuminados, lo que llevado por SCHÜNEMANN a sus últimas conse-

---

[1571] Como informa GIMBERNAT ORDEIG , esta posición ha sido básicamente desarrollada por SCHÜNEMANN, aunándosele, entre otros, ACHENBACH, LANDSCHEIDT, BRAMMSEN, BOTTKE, FRISH, ROGALL, JAKOBS, SEELMANN y STREE, al respecto: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa", en: Díaz Aranda, *Enrique. Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho penal*, UNAM, México, 2001, p. 45.

[1572] SCHÜNEMANN, Bernd. "La punibilidad de las Personas Jurídicas desde la Perspectiva Europea", en: Mazuelos Coello, Julio (Comp.). *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, San Marcos, Lima, 1996, p. 90.

cuencias significaría que las modernas formas de organización conducen a "una organizada irresponsabilidad de todos"[1573].

La concepción de SCHÜNEMANN sobre los delitos de comisión por omisión parte de una equiparación entre la acción y la omisión a partir de la estructura lógico - objetiva del dominio sobre el fundamento del resultado, en este orden de ideas y utilizando sus propios términos: "todo superior en una empresa tiene una posición de garante respecto de su subordinados que corresponde exactamente a su poder de organización, y en virtud de esa posición de garante se le han de imputar las lesiones de bienes jurídicos causadas por los subordinados en el ejercicio de su actividad para la empresa como si hubieran sido causadas por su propia conducta"[1574]. De esta manera, según advierte SCHÜNEMANN, se logran superar las insuficiencias del derecho punitivo ante la criminalidad de empresa.

El empresario tiene como meta fundamental conseguir eficientes resultados económicos, esto es, obtener el mayor beneficio económico posible, sin embargo, dicho afán de lucro no puede ser irracional e indiscriminado, la actividad empresarial genera una serie de riesgos sobre los bienes jurídicos que existen en su entorno, por ejemplo, la seguridad de los trabajadores o la salud de los consumidores, cuya materialización en lesiones debe ser evitada justamente por quien las ha generado, es decir, el propio empresario, surge así una posición de garantía generada en un actuar precedente de características riesgosas[1575]. Desafortunadamente, como precisa

---

[1573] SCHÜNEMANN, Bernd. *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pp. 60 ss.

[1574] SCHÜNEMANN, Bernd. "La punibilidad de las Personas Jurídicas desde la Perspectiva Europea", p. 95.

[1575] Hay que tener en cuenta, sin embargo, que actualmente las esferas individuales de organización no son del todo autónomas, produciéndose de forma contínua y recíproca transferencia y asunción de funciones de aseguramiento externas, hecho que, citando a SILVA SÁNCHEZ: "implica la tendencia hacia una exasperación de los delitos de comisión por omisión

GRACIA MARTÍN, estas posturas, cuyo fundamento de la imputación al representante resulta de factores exclusivos a él, son menospreciadas por el legislador penal y los operadores de justicia penal[1576].

que incide directamente en su reconstrucción técnico jurídica"; en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La Expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, segunda edición, Civitas, Madrid, 2001, p. 30.

[1576] GRACIA MARTÍN, Luis. "La responsabilidad Penal del Directivo, Órgano y Representante de la Empresa en el Derecho Español", en: AAVV. *Hacía un Derecho Penal Económico Europeo*, Madrid, 1995, pp. 325 ss.

QUINTA PARTE
LA IMPUTACIÓN COLECTIVA (RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS)

CAPÍTULO XIV
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (I).
PERSPECTIVA DE *LEGE LATA*

I. LA PROBLEMÁTICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS

Societas delinquere non potest; *la sociedad, la empresa no puede delinquir.* Hasta hace pocas décadas, el aforismo latino *societas delinquere non potest* era enunciado de modo categórico, desconociéndose la posibilidad de sancionar penalmente a las propias personas jurídicas y reafirmando el paradigma de la responsabilidad penal individual. Hoy en día, sin embargo, la enunciación cambia de tono y se formula ya no en tono afirmativo sino como interrogante ¿*Societas delinquere non potest*?, *¿La persona jurídica puede delinquir?*

Y es que la relevancia actual de la criminalidad producida en el contexto empresarial provoca exigencias político criminales que han motivado que el antes excepcional discurso de responsabilidad penal de la propia persona jurídica se transforme en una tendencia dominante que trasciende los límites del *common law.*

En efecto, las legislaciones penales en derecho comparado mostraban un panorama bastante claro: En los países del *common law* predominaba la regla de la responsabilidad directa de la persona jurídica; en los países del orden jurídico *europeo continental* la posibilidad de sancionar directamente a la persona jurídica era rechazada a favor de la responsabilidad penal individual. Hoy en día ese esquema se ha visto alterado.

Se observa una tendencia creciente en el Derecho europeo continental a reconocer la responsabilidad penal de la propia persona jurídi-

ca; en esa línea, además de la implementación en el Código penal francés de una regla de responsabilidad directa de la propia persona jurídica y la introducción del artículo 31bis° en el Código penal español de responsabilidad penal directa de la persona jurídica, observamos cómo el *Corpus Juris* europeo destinado a la protección de los intereses financieros de la Unión Europea muestra en su artículo 13 (antes el artículo 14) una disposición de responsabilidad penal directa de las corporaciones.

Esta situación provoca la necesidad de revisar, en primer lugar, la conveniencia político criminal de responsabilizar directamente a los entes empresariales, y, en un segundo término, determinar si es posible sostener, ya sea a nivel de *lege lata* o de *lege ferenda,* la responsabilidad penal de las personas jurídicas o si, por el contrario, la criminalidad de empresa debe enfrentarse a través de formulas destinadas al castigo del sujeto individualmente responsable del hecho punible.

II. SOBRE LA CONVENIENCIA POLÍTICO CRIMINAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIAL

Desde una perspectiva político criminal orientada a la función del Derecho penal, puede sostenerse que el propósito de proteger bienes jurídicos a través del Derecho penal se vería mejor logrado de establecerse un sistema legal de imputación directa a la persona jurídica. Esto, por consideraciones de orden cuantitativo y cualitativo provocando la generación –siguiendo la terminología de BAJO FERNÁNDEZ/ BACIGALUPO SAGGESE- de *daños materiales y daños inmateriales*[1577].

Cuantitativamente, la conveniencia político criminal de responsabilizar penalmente a la persona jurídica puede sostenerse a partir de los datos estadísticos que proporciona la Criminología que parecen revelar la necesidad de afrontar la criminalidad empresarial de un modo directo. Puede mencionar un reconocido estudio realizado por el Instituto Max Planck de Alemania ha determinado que el 80% de los delitos pro-

[1577] BAJO FERNÁNDEZ, Miguel & BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico,* Ceura, Madrid, 2001, pp. 30- 33.

ducidos en Alemania tienen lugar a partir de una actuación a favor de una empresa[1578], lo que parece evidenciar que ésta parece proporcionar cierto ambiente favorable a la infracción de la ley penal.

Cualitativamente, los efectos desestabilizadores de la criminalidad de empresa sobre la economía pueden reconocerse en casos de actualidad como los casos *Madoff* y *Enron*.

En el caso Madoff podemos observar como la actividad de Bernard Madoff - Director de *Madoff Investment Securities*, una empresa sumamente reconocida en el sistema financiero norteamericano- le permitió obtener, mediante el conocido método de fraude piramidal, ganancias cercanas a los 50,00 millones de dólares americanos[1579].

Mayores repercusiones pueden observarse en el caso *Enron* que constituye un verdadero paradigma de los efectos de la criminalidad económica. *Enron Corporation,* una empresa perteneciente al rubro de la energía, con aproximadamente 21,000 trabajadores y considera una de las diez más sólidas en los Estados Unidos, reveló la existencia de mecanismos fraudulentos en el manejo de la información financiera con intervención directa de, hasta ese momento, una de las más prestigiosas empresas auditoras *Arthur Andersen*. Con daños cuantificados en 70 billones de dólares[1580] y con una victimización masiva sin precedentes, el

---

[1578] GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en: Martínez Buján Pérez, Carlos (Director*). I Congreso Hispano- Italiano de Derecho penal económico*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Coruña, La Coruña, 1998, p. 45; REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Parte Especial*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 105; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "Modelos de imputación penal para sancionar la criminalidad de empresa en el CP español de 1995", en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 7/8, Lima, 1999, p. 965.

[1579] "El caso Madoff". Blog Ahorro. http://www.blogahorro.com/2008/12/16/el-caso-madoff/. (consulta 20 de agosto de 2009). P. s/n.

[1580] IBARRA PALAFOX, Francisco. "Enron o erase una vez en los Estados Unidos", en: *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones*

caso Enron es un ejemplo de los alcances de la criminalidad económica y su estrecha vinculación con el poder político y la corrupción en dicho entorno.

Nuestros países no han sido ajenos a este tipo de fenómenos delictivos. Los escándalos financieros producidos en Ecuador (casos "Filanbanco" y "El progreso") y los fraudes de subvenciones tan comunes en nuestra economía intervencionista (fraude con los dólares M.U.C. en Perú).

Pero la dañosidad de la criminalidad empresarial no se limitada a daños materiales de orden patrimonial, sino que comprende, en casos cada vez más habituales, daños materiales relacionados a la vida, integridad física y la salud; piénsese, por ejemplo, en los casos de responsabilidad por el producto ocurridos en Alemania (casos "Contergan" y "Lederspray") y España (caso del aceite de colza)[1581] y los cada vez más comunes en nuestro país supuestos de siniestralidad laboral; así como daños inmateriales vinculados a la pérdida de confianza en el sistema económico y la generación simultánea de efectos de espiral, de contagio y de reacción en cadena[1582].

No son sólo los efectos y la dañosidad asociada a la criminalidad empresarial los que abonan a favor de la opción de responsabilizar penalmente a la persona jurídica sino las características fenomenológicas de las estructuras empresariales que hacen sumamente dificultosa la labor de protección de bienes jurídicos a partir de un sistema de imputación penal exclusivamente individual[1583]. Piénsese, por ejemplo, en

---

Jurídicas de la UNAM. http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2456/4.pdf (consulta 20 de agosto de 2009). p. 07.

[1581] Véase, al respecto: HASSEMER, WINFRIED & MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en Derecho penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, passim.

[1582] BAJO FERNÁNDEZ, Miguel & BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. Op. Cit, pp. 31- 33.

[1583] HEINE, Günther. "La responsabilidad penal de las empresas: Evolución

la influencia de la "actitud criminal colectiva" en los individuos que se desenvuelven en el entorno empresarial o en la complejidad de la organización empresarial y los efectos de la división del trabajo en la determinación de la responsabilidad individual debido a la separación existente entre los centros de decisión empresarial y los de ejecución[1584].

Es evidente que la propuesta de responsabilidad penal de las corporaciones no sólo resulta útil sino necesaria en un sistema de la imputación penal orientado a la protección de bienes jurídicos. Queda por determinar, sin embargo, si la intervención penal directa sobre las empresas es sostenible recurriendo a las fórmulas de imputación penal contenidas en el Código penal o si constituye más bien una propuesta defendible de *lege ferenda*.

III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO.

1. El predominio del sistema de imputación penal individual en el CP

Nuestro CP descarta la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esto porque las estructuras dogmáticas sobre las que descansa el estatuto punitivo nacional son de corte claramente individual. En efecto, el artículo 11° del CP ("Son delitos y faltas las acciones y omisiones

---

y consecuencias nacionales", en: Hurtado Pozo, José/ Del Rosal Blasco, Bernardo/ Simons Vallejo, Rafael (Directores). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 51.

[1584] BAJO FERNÁNDEZ, Miguel & BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. Op. Cit, pp. 116- 117; HURTADO POZO, José & MEINI MÉNDEZ, Iván. "Las personas jurídicas frente al Derecho penal peruano", en: Hurtado Pozo, José/ Del Rosal Blasco, Bernardo/ Simons Vallejo, Rafael (Directores). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 77; TIEDEMANN, Klaus. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en: El mismo. *Temas de Derecho penal económico y ambiental,* Idemsa, Lima, 1999, p. 204.

dolosas o culposas penadas por la ley) reconoce como presupuesto del hecho punible la existencia de una *acción jurídico penalmente relevante*.

Este concepto, tal cual ha sido construido por la dogmática jurídico penal, permite disgregar las acciones en sentido estricto (ontológico material), esto es, aquellas que modifican la conformación exterior del mundo, de aquellas que al Derecho penal le interesa abarcar, esto es, de aquellas que son penalmente relevantes.

Y al Derecho penal le interesa castigar, en primer lugar, las acciones que impliquen la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos en tanto esta –la protección de bienes jurídicos- es la misión misma del Derecho penal. En segundo lugar, al Derecho penal le interesa castigar las acciones que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos en tanto y en cuanto ellas se encuentren orientadas por la *voluntad humana*. Dicho de otro modo, las acciones –en sentido material- podrán calificarse de *acciones penalmente relevantes* si lesionan o ponen en peligro un bien jurídico y se encuentran además guiadas por la voluntad humana. Desde esta perspectiva, puede decirse que la persona jurídica no puede ser penalmente responsable ya que carece de capacidad de acción en sentido jurídico penal y por ello se encuentra, de momento, fuera del alcance del Derecho penal[1585].

Por otra parte, el reconocimiento de la culpabilidad como un elemento fundamental del hecho punible conforme a la clasificación tripartita propuesta por la teoría del delito –tipicidad, antijuricidad y culpabilidad- impide aditivamente descartar, de *lege lata,* la existencia de una responsabilidad directa de la persona jurídica.

En efecto, dentro de los elementos de la culpabilidad –categoría que implica un juicio de reproche sobre el autor del injusto penal por resultarle exigibilidad una conducta distinta- se haya la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad y la

[1585] De este modo, reitero lo expuesto en: REYNA ALFARO, Luis Miguel. Op. Cit, pp. 120-121.

capacidad de motivación. Estas categorías resultan, como trataré de demostrar, difícilmente aplicables en relación a las personas jurídicas.

La imputabilidad, reconocida de modo tácito por el artículo 20° del CP que reconoce capacidad exculpante, es decir, de eliminación de culpabilidad, de ciertos supuestos de inimputabilidad, alude al halo de condiciones estructurales de tipo cognitivo y volitivo que debe reunir la persona para reconocer el contenido de la prohibición penal: Imputabilidad es, en otras palabras, capacidad de culpabilidad. Es evidente, sin la existencia de las condiciones estructurales propias de la imputabilidad, no sería posible que el Derecho penal pueda reprochar al autor la realización del injusto penal.

Del mismo modo, tampoco resultaría posible emitir juicio de reproche sobre el autor del hecho típico y antijurídico si aquel desconoce que el comportamiento realizado es prohibido por el ordenamiento jurídico. El conocimiento de la antijuricidad implica el reconocimiento por parte del autor que su actuación se encuentra dentro de los ámbitos de lo prohibido por el ordenamiento jurídico. Esto supone, por otra parte, que el injusto penal no debe haberse realizado bajo influencia de error (error de prohibición).

La exigibilidad de otra conducta o motivabilidad exige identificar si en las circunstancias concretas del caso el autor del injusto penal se hallaba o no en condiciones de seguir los parámetros de actuación fijados por el ordenamiento jurídico. En efecto, no resultaría razonable que el Derecho penal emita el juicio de reproche propio de la culpabilidad si al autor, en las circunstancias concretas del caso, no puede exigírsele un comportamiento distinto (inexigibilidad de otra conducta).

Conforme se desprende del contenido de las categorías que integran la culpabilidad, aquellas terminan reconduciéndose a la voluntad y la capacidad de motivación, por lo que no pueden ser atribuidas a la persona jurídica y, por lo tanto, impiden la concurrencia de los presupuestos del hecho punible. Desde la perspectiva de los desarrollos de la teoría del delito, conforme ésta ha sido desarrollada por el dogmático jurídico penal, queda en evidencia que la persona jurídica no puede ser

considerada sujeto de imputación penal. Se revela de éste modo el denunciado contraste entre las necesidades político criminales y las posibilidades de la dogmática penal tradicional[1586].

2. La naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica.

Pese a lo sostenido, la introducción en el CP de las consecuencias aplicables a las personas jurídicas contenidas en el artículo 105° pueden generar ciertas dudas respecto a si suponen auténticas penas o medidas de seguridad para las personas jurídicas, lo que supondría el reconocimiento implícito de que las personas jurídicas tienen capacidad de culpabilidad o al menos de acción, o si tienen una naturaleza distinta.

En efecto, el artículo 105° del Código penal reconoce la posibilidad de aplicar a la persona jurídica una serie de medidas, (disolución de la persona jurídica, la suspensión de sus actividades, la clausura de sus locales, etc.), cuando el hecho punible sea cometido en ejercicio de la actividad de la empresa o cuando se utiliza su organización para favorecerlo o encubrirlo. Sin embargo, la vaguedad del legislador al denominarlas ("consecuencias accesorias")[1587] ha propiciado un intenso debate dogmático que, por cuestiones de pertinencia, sólo podrá ser reseñado en sus términos más elementales.

El carácter punitivo de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas es postulado fundamentalmente por ZUGALDÍA ESPINAR quien sostiene que las consecuencias accesorias del artículo 129º del CP español "por exclusión" deben ser consideradas auténticas

---

[1586] TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit, pp. 216-217.

[1587] DEL ROSAL BLASCO, Bernardo & PÉREZ VALERO, Ignacio. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y consecuencias accesorias en el Código penal español", en: Hurtado Pozo, José/ Del Rosal Blasco, Bernardo/ Simons Vallejo, Rafael (Directores*). La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 31.

penas[1588]: Si las consecuencias accesorias - refiere ZUGALDÍA ESPINAR- no tienen naturaleza reparatoria civil ni son medidas preventivas-reafirmativas, son entonces penas. Este argumento es completando por otros autores con la noción de mayor garantismo asociado a la imposición de las penas: Si se considera a las *consecuencias accesorias* auténticas penas se podría garantizar un mejor respeto de los derechos de las personas jurídicas dentro del proceso penal[1589].

Desde nuestro punto de vista, la solución de considerar las consecuencias jurídicas del delito verdaderas penas para las personas jurídicas tiene un escollo legal insuperable que impide recurrir al argumento de la exclusión postulado por ZUGALDÍA ESPINAR.

En efecto, el artículo 28º del CP establece una cláusula cerrada de penas dentro de las cuáles no se encuentra las contenidas en el artículo 105° del CP. Esta cuestión, sumada a la exigencia de culpabilidad como presupuesto para la imposición de una pena y la incapacidad de culpabilidad de los entes colectivos impiden afirmar que las medidas del artículo 105° del CP constituyan auténticas penas para las personas jurídicas. Es de reconocer, además, que la imposición de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas, conforme al contenido del artículo 105º del CP, exige no sólo la realización de un hecho punible sino un *estado de cosas específico*: *actitud criminal de la persona jurídica*[1590].

Por consideraciones similares a las antes desarrolladas en relación a la pena es que debe negarse que las consecuencias accesorias aplicables

---

[1588] ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. "Vigencia del principio societas delinquere potest en el moderno Derecho penal", en: Hurtado Pozo, José/ Del Rosal Blasco, Bernardo/ Simons Vallejo, Rafael (Directores). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 253.

[1589] PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú,* Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 179.

[1590] DEL ROSAL BLASCO, Bernardo & PÉREZ VALERO, Ignacio. Op. Cit., p. 38.

a la persona jurídica constituyan una especie medidas de seguridad[1591]. Primero, porque contradicen el sentido del artículo 71º del CP que determina como únicas medidas de seguridad previstas por el Estatuto penal el tratamiento ambulatorio y la internación; segundo, porque la calificación como medidas de seguridad exigiría una reformulación total del concepto de peligrosidad criminal[1592].

Sin perjuicio de los argumentos dogmáticos expuestos precedentemente, la propia opción legislativa de abordar las medidas aplicables a la persona jurídica en un título independiente del CP[1593], permiten sostener que su naturaleza jurídica es distinta a la de las penas y las medidas de seguridad. Sin embargo, sostener que las medidas descritas en el artículo 105º del CP no son penas ni medidas de seguridad no permite aún reconocer cuál es, en efecto, la naturaleza jurídica de dichas medidas.

En nuestra opinión, las consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas constituyen *sanciones sui generis* ubicadas a caballo entre las sanciones administrativas y las sanciones penales[1594]. Su relación con las sanciones administrativas tiene que ver su estructura ontológica en tanto son medidas previstas comúnmente en el Derecho

---

[1591] Como proponen, por ejemplo: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel & BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico,* Ceura, Madrid, 2001, p. 152.

[1592] MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico. Parte General,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 231-232; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Op. Cit., p. 254.

[1593] En esa línea: MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico. Parte General,* p. 231.

[1594] URTECHO BENITES, Santos. *Criminalidad de la empresa,* Forum, Trujillo, 2006, p. 184. Cercana la posición de GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás & GUERRERO LÓPEZ, Susana. *Consecuencias accesorias del delito y medidas cautelares reales en el proceso penal,* Jurista, Lima, 2009, p. 165; quienes, pese a sostener que se tratan de medidas administrativas reconocen que su imposición se encuentra condicionada a la intervención del Juez Penal dentro de un proceso penal respetuoso de los derechos procesales.

administrativo sancionador, en tanto que con las sanciones penales les une el fin perseguido –el preventivo- y la jurisdiccionalidad de su imposición.

Habiendo establecido que las personas jurídicas no son penalmente responsables conforme a nuestro ordenamiento penal y tras determinar que las medidas previstas en el artículo 105º del CP poseen carácter *sui- generis* (administrativo-penal), corresponde establecer cuál es el fundamento jurídico para la imposición de dichas medidas a la persona moral.

En ese contexto, conviene reconocer que es la *peligrosidad objetiva* de la persona jurídica y su estructura organizativa[1595] la que fundamenta materialmente la aplicación de consecuencias accesorias a las personas jurídicas. Esto supone que las consecuencias descritas en el artículo 105º del CP se imponen cuando aquella constituye una suerte de *instrumento peligroso* al facilitar y encubrir, de *modo continuo y prolongado*, la realización de comportamientos delictivos. Esta exigencia se deduce del propio tenor del artículo 105º del CP, al referir en su parte inicial que las CAPJ se imponen: "Si el hecho punible fuere cometido *en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica* o *utilizando su organización* para favorecerlo o encubrirlo (…)".

En conclusión, puede sostenerse que la aplicación de CAPJ sólo es posible si aquella tiene como *propósito general o dominante* contribuir y encubrir delitos. Hechos delictivos aislados o infrecuentes no justifican legalmente la imposición a una empresa de las consecuencias jurídicas accesorias descritas en el artículo 105º del CP.

A partir de este fundamento, el artículo 105º del Código penal propone una serie de condiciones para la imposición de las CAPJ, las cuáles desarrollaremos sucintamente en líneas posteriores.

[1595] DEL ROSAL BLASCO, Bernardo & PÉREZ VALERO, Ignacio. Op. Cit., p. 36.

En primer lugar, el artículo 105º del CP reconoce el carácter *accesorio* de su aplicación, en virtud de lo cual las CAPJ sólo podrán ser impuestas en tanto se determine, más allá de toda duda razonable, la realización de un *hecho punible* por parte de una persona natural[1596]. En tal virtud, no podrá imponerse una CAPJ si no existe declaración judicial de responsabilidad penal de una persona natural.

En segundo lugar, dado que el artículo 105º del CP requiere que el hecho punible sea consecuencia del *ejercicio de la actividad* de la persona jurídica o de la *utilización de su organización* se entiende que su aplicación está condicionada a que la persona natural involucrada en la realización del hecho delictivo posea algún tipo de relación con la persona jurídica.

En tercer lugar, aunque el artículo 105º del CP establece que las CAPJ deben aplicarse de modo obligatorio si se cumplen con los presupuestos antes indicados (peligrosidad objetiva de la persona jurídica, declaración de responsabilidad penal de una persona natural y vinculación de la persona natural con la actividad y la organización de la persona jurídica), la determinación de qué medidas se aplican en cada caso concreto es facultativa para el Juez.

Finalmente, aunque esto responde más bien a consideraciones de índole procesal, la imposición de las CAPJ exige que la persona jurídica haya sido oportunamente emplazada en el proceso penal, lo cual supone que aquella debe ser previamente comprendida como *parte pasiva imputada* mediante resolución judicial de imputación (auto apertorio de instrucción o auto ampliatorio o complementario de instrucción) a través del cual se delimiten los cargos que sustentarían su responsabilidad *sui generis*. Esta exigencia se encuentra reconocida expresamente por el § 20 del Acuerdo Plenario Nº 7-2009 y, por lo tanto, posee fuerza vinculante, resultando de observancia obligatoria por los Tribunales de Justicia.

[1596] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas,* Idemsa, Lima, 1997, p. 206.

Ahora bien, el emplazamiento de la persona jurídica como *parte pasiva imputada* debe formularse oportunamente, a fin de evitar que la incorporación tardía de la persona jurídica en el proceso penal genere en aquella un estado de indefensión procesal. En ese contexto, conviene recordar que el nuevo Código procesal penal establece límites temporales para la incorporación en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización.

Desde esa perspectiva, no quedan dudas que el Derecho penal peruano enfrenta la criminalidad del ente empresarial recurriendo a las fórmulas de imputación individual desarrolladas por los artículos 23 a 27 del Código penal. Esto significa que la represión de un hecho punible cometido en el contexto de una entidad colectiva se logrará, no mediante la sanción a la propia persona jurídica, sino identificando a las personas naturales responsables del mismo, conforme a las reglas de intervención delictiva antes precisadas.

IV. LA INSUFICIENCIA DEL SISTEMA DE IMPUTACIÓN INDIVIDUAL Y LA NECESIDAD DE CONSTRUIR UN SISTEMA DE IMPUTACIÓN PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS.

La cuestión por resolver ahora es si dicha opción, no podría ir aparejada de un sistema de imputación dirigido a la propia persona jurídica, es decir, si junto con el sistema de imputación individual puede construirse un sistema de imputación dirigido directamente a las propias personas jurídicas.

Los autores que han desarrollado la problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas reconocen que aunque el sistema de teoría del delito plasmado en las codificaciones vigentes no es aplicable a las personas morales, es posible adoptar un *sistema de doble imputación* que permita la imputación individual como la imputación del hecho punible al ente colectivo. La adopción de un sistema de doble imputación, por cierto, no resulta cuestión novedosa en el plano legislativo comparado conforme se observa, por ejemplo, en el Código penal

francés, en el proyecto de Código penal de Guatemala y en el Código penal tipo para Iberoamerica[1597].

La posibilidad de crear un sistema de imputación paralelo, conforme destaca acertadamente Miguel BAJO FERNÁNDEZ, no es cuestión nueva para el Derecho penal. El Derecho penal de menores se encuentra estructurado a partir de un sistema de imputación sin culpabilidad que se desarrolla de modo paralelo con el sistema penal de adultos[1598]. Como se observa, no se pretende el reemplazo del sistema de imputación individual por un sistema de imputación de la persona jurídica sino la creación de un sistema alterno que funcione aditivamente. Esta lógica se manifiesta con claridad en la norteamericana Ley *Sarbanes Oxley*.

Efectivamente, la Ley *Sarbanes Oxley*, promulgada justamente tras el caso "Enron", reconoce la incapacidad del sistema de responsabilidad criminal norteamericano de corte claramente colectivo. En su reemplazo, justamente a través de la mencionada ley, se propone un sistema de imputación individual más riguroso en relación a la persona natural que actúa en nombre de la persona jurídica: No basta con sancionar a la empresa, sino que debe individualizarse y sancionarse a quien actúa por ella. En ese contexto se incrementan los ámbitos de responsabilidad de los directores, gestores y los auditores. La Ley *Sarbanes Oaxley* ha tenido a nivel del derecho comparado una influencia que no puede soslayarse: La modificación del artículo 198° del CP es un ejemplo de aquello.

Ahora, la opción de castigar directamente a la persona jurídica exige desarrollar una labor dogmática que viene evidenciando una progresión digna de ser puesta en relieve y que vaticina un futuro poco

[1597] GUZMÁN ZANETTI, Dora."Propuesta normativa sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en: *Revista Canaria de Ciencias penales* N° 1, Instituto Iberoamericano de Política Criminal y Derecho penal comparado, Canarias 1999. p. 218 ss.

[1598] BAJO FERNÁNDEZ, Miguel & BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. Op. Cit. pp. 135-139.

promisor para el aforismo *societas delinquere non potest*[1599]. Esta labor, por cierto, ha incidido en el desarrollo de propuestas de reformulación de las categorías dogmáticas que han obstaculizado la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas, esto es, la acción jurídica penalmente relevante y la culpabilidad. Este desarrollo dogmático permitirá la concreción, en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de las garantías constitucionales que imponen límites al poder punitivo del Estado, como el principio de legalidad y el de culpabilidad[1600].

En ésta ocasión, abordaremos los planteamientos más relevantes de la dogmática penal alemana, correspondientes a Klaus TIEDEMANN y Günther HEINE.

1. La propuesta de Klaus TIEDEMANN: Responsabilidad penal empresarial dependiente de la responsabilidad penal individual.

Klaus TIEDEMANN, uno de los más representativos defensores de la responsabilidad penal empresarial, propone la creación de un sistema de imputación penal de la persona jurídica mediante la reformulación del concepto de acción jurídico penal y la culpabilidad.

a) El concepto de acción jurídico penal en la propuesta de TIEDEMANN.

En opinión de TIEDEMANN, sobre la base que proporciona la doctrina proveniente de Inglaterra, Holanda y Norteamérica, las empre-

---

[1599] DEL ROSAL BLASCO, Bernardo & PÉREZ VALERO, Ignacio. Op. Cit., p.23; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Op. Cit., p. 259.

[1600] DE LA GÁNGARA VALLEJO, Beatriz. "El sujeto del Derecho penal económico y la responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas: Derecho vigente y consideraciones de lege ferenda", en: Bacigalupo, Enrique (Director). *Curso de Derecho penal económico*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 62; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Op. Cit., p. 250.

sas no sólo tiene capacidad de comprometerse legalmente (por ejemplo, a través de un contrato), sino que pueden también incumplir dichos compromisos (incumplir un contrato). Esta lógica elemental, permite a TIEDEMANN sostener que las personas jurídicas tienen también capacidad de infringir la ley penal[1601].

Como puede deducirse, TIEDEMANN fundamenta la capacidad de acción básicamente sobre la base de su condición de destinataria de los mandatos normativos, los cuales, en ciertas materias como la económica y societaria, pueden ser dirigidos exclusivamente hacia la persona jurídica[1602].

TIEDEMANN reconoce, no obstante, que la persona jurídica es materialmente incapaz de actuar, debiéndose atribuir a ella los actos realizados por las personas naturales que actúan a nombre suyo. Este es justamente uno de los puntos débiles de la tesis de TIEDEMANN, al generar riesgos de posible vulneración del principio de responsabilidad por el hecho propio debido a que a la persona jurídica se le estaría atribuyendo el hecho materialmente realizado por una persona distinta, la persona natural. Frente a estos cuestionamientos, sumamente recurrentes en doctrina, TIEDEMANN responde identificando una serie de mecanismos legales que permiten la imputación por hecho materialmente efectuados por terceros, como ocurre, por ejemplo, en la autoría mediata o en la coautoría[1603].

Los críticos a la propuesta de TIEDEMANN han sostenido que si bien las normas jurídica se encuentran dirigidas también a las personas morales, ello no supone que aquélla deba responder por los delitos cometidos por sus representantes. Frente a éste cuestionamiento, Tiedemann responde que el reconocimiento de capacidad de acción de las personas jurídicas por parte del Derecho penal no sería más que la con-

[1601] TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit., p. 218.

[1602] TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit., p. 218.

[1603] TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit., p. 219.

secuencia lógica del reconocimiento de la persona jurídica como destinataria de las normas de orden extrapenal (administrativas, tributarias, etc.), tal cual ocurre, por ejemplo, en la figura del actuar por otro[1604].

b) La culpabilidad por defecto de organización.

Las personas jurídicas, como es propio también de las personas naturales, tienen el deber de organizarse correctamente. El fundamento de la culpabilidad de la empresa se encuentra en la infracción de dicho deber, es decir, en la organización defectuosa que permite la realización de delitos en el ejercicio de su actividad[1605].

Los defectos de la organización empresarial se encuentran asociados a la omisión de las medidas de precaución indispensables para el funcionamiento regular y, por ende, no delictivo de la persona jurídica. Las medidas de precaución exigibles a la organización empresarial son de vigilancia, control y de organización de la persona jurídica con lo cual, nuevamente, se toma como referente los comportamientos de las personas naturales que actúan a favor de la empresa.

Ahora bien, no se trata tampoco de la culpabilidad por el actuar errado individual de los gestores de la persona jurídica, esto es, un evento aislado atribuible exclusivamente a quienes representan a la persona jurídica, sino de una verdadera culpabilidad de la empresa sustentada en una incorrecta evaluación de los riesgos empresariales[1606].

c) Presupuestos para la imputación a la persona jurídica.

Debido a que el planteamiento de TIEDEMANN tiene como presupuesto la actuación individual, de la cual depende la responsabilidad penal de la empresa, se plantea la cuestión respecto a qué sujetos pueden provocar la responsabilidad penal de la propia empresa.

[1604] TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit., p. 221.

[1605] TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit., p. 225.

[1606] HEINE, Günther. Op. Cit., p. 59.

Ésta interrogante puede ser respondida recurriendo a dos criterios; uno de carácter formal, en virtud del cual sólo se afirmará la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando el hecho punible sea ejecutado por sus órganos o representantes legales; el otro de carácter material, que condiciona la responsabilidad penal empresarial a los supuestos de actuación individual en beneficio de la persona jurídica, siendo irrelevante la existencia de un título de representación formal[1607].

TIEDEMANN entiende que resulta conveniente recurrir a un modelo intermedio, similar al reconocido en la legislación inglesa, holandesa, finlandesa o australiana, que permita comprender dentro del halo de individuos cuya actuación determine la responsabilidad penal de la empresa no sólo a quienes poseen la condición de órganos de representación legal, sino a quienes posean *middle management*[1608].

2. La tesis de Günther HEINE: Culpabilidad por organización deficiente de la empresa/ Responsabilidad penal empresarial independiente.

Cercano al planteamiento de TIEDEMANN se encuentra la formulación de Günther HEINE de construir una culpabilidad de las organizaciones empresariales que, aunque fundada en la organización deficiente de la empresa, se origina en la propia empresa, de modo independiente a la culpabilidad individual de quienes actúan a favor de la empresa[1609].

El sistema de responsabilidad penal empresarial debe ser construido, conforme al planteamiento de HEINE, de modo paralelo al sistema individual de responsabilidad penal. La propuesta de HEINE, a diferencia del propuesto por TIEDEMANN, no toma como centro de referencia la responsabilidad penal del órgano de la persona jurídica sino que se enfoca directamente en la persona jurídica. De éste modo se lograría estatuir una

[1607] TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit., p. 230.

[1608] TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit., pp. 232-233.

[1609] HEINE, Günther. Op. Cit., p. 66.

culpabilidad empresarial plenamente independiente de la correspondiente a las personas naturales que actúan a favor de la persona jurídica.

Justamente por éste motivo (la menor trascendencia del acto individual) es que resulta conveniente el reconocimiento de la *dimensión temporal* de la organización empresarial. Conforme al planteamiento de HEINE, la culpabilidad por organización deficiente no se sustenta en deficientes decisiones individuales sino en "una deficiencia duradera en la previsión de los riesgos de explotación", con lo cual ésta sería una especie de "estado de hecho culpable" [1610]. De éste modo, la culpabilidad penal de la empresa tendría carácter integral relacionado a la investigación, planeamiento, desarrollo, producción y organización empresarial[1611].

La culpabilidad penal de la empresa se encontraría asociada a la condición de garante que aquella posee respecto a los riesgos técnicos que produce. La empresa posee deberes de evitación y control de peligros sustentados en la mayor eficacia de la administración empresarial de los riesgos respecto al control estatal de los mismos[1612].

En el modelo de culpabilidad penal empresarial de HEINE existirían dos presupuestos para afirmar la punibilidad de la persona jurídica: La administración incorrecta del riesgo y la materialización del peligro típico de la empresa. Estos elementos no operan en un mismo nivel: La culpabilidad de la empresa se sustentaría en la incorrecta gestión del riesgo, en tanto que la materialización del peligro típico operaría como una condición objetiva de punibilidad[1613]. Entre ambos elementos debe existir una relación de riesgo.

HEINE sostiene que los diversos elementos del delito, como el dolo, la culpa o el conocimiento de la antijuricidad, deben ser valorados desde una perspectiva funcional- colectiva; así, por ejemplo, la imputación

---

[1610] HEINE, Günther. Op. Cit., p. 68.

[1611] HEINE, Günther. Op. Cit., p. 68.

[1612] HEINE, Günther. Op. Cit., p. 69.

[1613] HEINE, Günther. Op. Cit., p. 70.

subjetiva del hecho a la empresa se sustentaría en el conocimiento que pudieran poseer las áreas legal y de seguridad de la persona jurídica[1614].

La punibilidad de las personas jurídicas tendría, en este planteamiento, una función preventiva derivada del impulso, dentro de la estructura empresarial, de políticas internas de gestión más responsable de los riesgos del negocio[1615]. Esta circunstancia permite reconocer la influencia en HEINE de los desarrollos norteamericanos asociados a la idea del *buen gobierno corporativo*[1616].

V. CONCLUSIÓN.

Al principio s*ocietas delinquere non potest*, sin duda, le queda poco futuro. Pese a la subsistencia de voces en la doctrina que persisten en postular que las personas jurídicas no pueden delinquir, la realidad criminógena subyacente a la criminalidad de empresa obliga a un examen sobre la capacidad de rendimiento de la dogmática penal tradicional y las posibilidades que ofrece la creación de un sistema de imputación penal para los propias personas jurídicas.

Conforme se ha podido constatar en líneas precedentes, las estructuras en las que se asienta la teoría del delito resultan de escasa utilidad para las personas morales debido a su marcada orientación personalista que sino obstruyen al menos dificulta en gran medida su aplicación en el contexto de las estructuras empresariales[1617]. Resulta preferible la construcción de una teoría del delito orientado directamente hacia las personas jurídicas y que resulte plenamente independiente del constructo correspondiente a las personas naturales.

[1614] HEINE, Günther. Op. Cit., pp. 70-71.

[1615] FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Reus, Madrid, 2007, p. 136.

[1616] En ese sentido FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, p. 142, quien señala además que la posición de HEINE es tributaria de la "americanización de la política criminal relativa a la empresa" (p. 143).

[1617] HEINE, Günther. Op. Cit., p. 64.

CAPÍTULO XV
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (II). LA RESPONSABILIDAD DE LA PROPIA PERSONA JURÍDICA EN EL DERECHO PENAL PERUANO E IBEROAMERICANO. PERSPECTIVA COMPARADA

I. GENERALIDADES

La responsabilidad penal de la persona jurídica y de sus órganos ofrece tres aspectos problemáticos: **1)** La responsabilidad penal de la propia persona jurídica, en tanto agrupación de personas o corporaciones, hay veces con personalidad jurídica; **2)** La responsabilidad penal de los órganos de la persona jurídica en los casos de delitos comunes, lo que nos ubica ante el tema de la delincuencia en el marco de estructuras jerárquicamente organizadas o imputación plurisubjetiva; y, **3)** la responsabilidad de los órganos en los casos de delitos especiales, en los que las condiciones, cualidades o relaciones exigidas por el tipo concurren en la persona jurídica, pero no en los órganos que la integran, ámbito en el que se otorga relevancia a la actuación «en lugar de otro»[1618].

En este capítulo interesa poner de relieve los alcances del debate sobre la responsabilidad penal de la propia persona jurídica, los otros aspectos configuran problemas de imputación personal, propios de la responsabilidad de las personas naturales, que será abordados de modo accesorio. Para ello se tomará en cuenta la actual importancia de revisar el *societas delinquere non potest* en el Derecho penal económico y en la legislación comparada, pero también intentos de contar con normas modelo o de referencia para los desarrollos propiamente nacionales, y

[1618] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el Derecho español", en: *Fundamentos de un sistema europeo del DP*, Barcelona, 1995, p. 357.

que en nuestro ámbito se expresa actualmente en los trabajos de redacción del Código Penal Tipo Iberoamericano reiniciados en 1995.

II. CRISIS DEL *SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST*

Antes del 2001 podía decir, en general, que los Códigos iberoamericanos seguían siendo partidarios de la no responsabilidad penal de los entes colectivos. Así se apreciaba, sobre todo en los textos más antiguos, que pese a sus múltiples reformas, no adoptaban el *societas delinquere potest*, como el Código Penal Chile de 1874, el de Argentina de 1921[1619], el Código Penal mexicano de 1931 para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal[1620], el de Uruguay de 1933, el de Ecuador de 1938, el de Brasil de 1940, el de Venezuela de 1964, el de Costa Rica de 1970 y el de Bolivia de 1972. De modo similar se expresan textos más actuales como el Código de Panamá de 1982, el de Honduras de 1983, el de Perú de 1991, el de España

[1619] La reforma operada mediante la Ley 25.246 de 5-5-2000 de lavado de activos de origen delictivo, pese a que establece sanciones contra las personas jurídicas (arts. 23-27), las ubica bajo un «Régimen penal administrativo» a cargo de una Unidad de Información Financiera no judicial.

[1620] Según el art. 11, «Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública». Con ello se establece un régimen semejante al de las consecuencias accesorias que recogen el CP peruano y el español, Vid. BESARES ESCOBAR, Marco Antonio y otros. *DP ambiental*, México, 2001, p. 82. Sin embargo, para BÚNSTER, Alvaro. "Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad penal de las personas morales", en: AAVV. *La Ciencia Penal en el umbral de siglo XXI*, Guadalupe, 2001, p. 443, «la medidas antedichas no pueden ser sino penas que, si se imponen por el juez, ha de ser previo proceso y de declaración en la sentencia, con las garantías condignas».

de 1995[1621], el de El Salvador de 1997, el de Paraguay de 1997 y el de Colombia de 2000[1622].

Sin embargo, de modo excepcional se ha venido adoptando en los últimos años una línea favorable al societas delinquere potest, sobre todo a través de la legislación complementaria, lugar común del Derecho penal económico. De ese modo se expresa la Ley Penal del Ambiente de Venezuela de 3 de enero de 1992 que estableció la posibilidad de imponer penas a los propios entes colectivos[1623], sin perjuicio de la responsabilidad de sus órganos. A su vez, la Ley brasilera 9.605 de 12 de febrero de 1998[1624] sobre sanciones penales y administrativas derivadas de conductas o actividades lesivas del medio ambiente prevé penas para las personas jurídicas, en cumplimiento del mandato positivo de criminalización previsto en el art. 225 § 3° de la Constitución de 1988, con-

---

[1621] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. *Lecciones de DP. PG*, 2ª ed., Barcelona 1999, pp. 139-140.

[1622] BAZZANI MONTOYA, Darío. "Responsabilidad de las personas jurídicas", en: Cancino Moreno, Antonio José & Bacigalupo, Enrique. *DP Iberoamericano*, Bogotá, 2001, pp. 193 ss. Se mantiene la solución del Código de 1980, Vid. VALENCIA IRAGORRI, María Alejandra. *Delito ecológico*, Ibagué, 1996, pp. 22-23; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *DP. PG*, 3ª ed., Bogotá, 1997, p. 354, n. 74, precisa que el art. 2 de la Ley 365 de 1997 introdujo en el Derecho colombiano sanciones penales para las personas jurídicas, «incluso sin probar la comisión de hechos punibles». Antes bien, el art. 247B del Código de 1980, introducido por la Ley 491 de 13 de enero de 1999, fue declarado inconstitucional por contemplar sanciones para la persona jurídica sobre la base de una responsabilidad presunta.

[1623] DE LOS RIOS, Isabel. *Derecho del ambiente. Especial referencia a las disposiciones penales*, Caracas 1993, pp. 221-222, para quien las múltiples exigencias previstas en esta Ley prácticamente harían imposible sancionar a las personas jurídicas.

[1624] DE ARAUJO JUNIOR, Joao Marcello. "Integración regional y delitos económicos. *Societas delinquere non potest*-estado actual", en: *Teorías actuales en el DP*, Buenos Aires, 1998, p. 539; RIBEIRO LOPES, Mauricio Antonio. "Responsabilidade penal da pessoa jurídica. As bases de uma nova modalidade de direito sancionador", en: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Nº 1, 2000, pp. 169ss.

cordante por el sentido más amplio para todo el sector penal económico previsto en el art. 173 § 5°. En Argentina, esta forma de responsabilidad se encuentra en determinadas leyes sectoriales, en algunos casos tras sucesivas reformas, como el Código Aduanero (Ley 22.415), la Ley 20.680 de Abastecimiento, la Ley 19.359 sobre el Régimen Penal Cambiario, la Ley Penal Tributaria 24.769, entre otras que prevén sanciones para las personas jurídicas de multa e inhabilitación, pérdida de la personería, caducidad de prerrogativas acordadas, etc.[1625] En un contexto más general, el art. 16 del CP cubano de 1987, reformado en 1997[1626], admite la responsabilidad penal de las entidades colectivas, al igual que el Código Penal del Estado mexicano de Tabasco[1627].

En el marco de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Iberoamérica, se puso también en discusión una serie de propuestas en torno a los criterios de imputación de responsabilidad de la propia persona jurídica y, como complemento, de la fórmula de la actuación en lugar de otro[1628].

Ya en este siglo, la oleada reformista en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta ola se inicia con la promulgación de la Ley chilena N° 2039 que "Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica" y ha avanzado hasta consolidarse con la reforma del CP español, que ha incluido un artículo 31bis que reconoce la responsabilidad penal de la propia persona jurídi-

---

[1625] BAIGÚN, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Buenos Aires, 2000, p. IX; ABOSO, Gustavo Eduardo & ABRALDES, Sandro. *Responsabilidad de las personas jurídicas en el DP*, Montevideo-Buenos Aires, 2000, pp. 102-109; FELLINI, Zulita. "Problemas de imputación penal en el ámbito de las personas jurídicas", en: AAVV. *La Ciencia Penal en el umbral de siglo XXI*, pp. 433-434.

[1626] Por el art. 3 del D. Ley Nº 175 de 17 de junio de 1997.

[1627] BÚNSTER, Álvaro. «Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad penal de las personas morales», pp. 443-445.

[1628] Vid. infra V.

ca[1629], y la reciente incorporación en el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador de 2014 de un capítulo sobre "Responsabilidad penal de la persona jurídica"[1630].

Estas expresiones *de lege lata* y *de lege ferenda* representan una clara *vis* expansiva del reconocimiento legal de la responsabilidad penal de los entes colectivos en Iberoamérica, tendencia no aislada si se tiene en cuenta la larga experiencia criminalizadora en los sistemas anglosajones[1631], especialmente en Inglaterra, Irlanda, Estados Unidos[1632], Australia y Canadá, así como en aquellos ordenamientos influenciados por el modelo norteamericano, como Japón y Corea[1633]. A su vez, en los estados de la Unión Europea, ya sólo Alemania y Grecia mantienen reticencias frente a la posibilidad de sancionar penalmente a la persona jurídica[1634]. En Europa continental se reconoce claramente el *societas delinquere potest* en Portugal (art. 3 del Decreto-Lei N° 28/84 de 20 de enero)[1635],

---

[1629] Leyes Orgánica N° 5/ 2010 (BOE N° 152 del 23 de junio de 2010) y 1/2015 (BOE N° 77 del 31 de marzo de 2015).

[1630] Sin dejar de mencionar el caso colombiano que ha reconocido, mediante la Ley N° 1778, del 02 de febrero de 2016, una "responsabilidad administrativa" de las personas jurídicas por "actos de corrupción transnacional".

[1631] FLETCHER, George. *Conceptos básicos de DP*, Valencia, 1997, pp. 292-295; ABOSO, Gustavo Eduardo & ABRALDES, Sandro. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el DP*, pp. 179 ss.

[1632] MALAMUD GOTI, Jaime. *Persona jurídica y penalidad*, Buenos Aires, 1981, pp. 14 ss.

[1633] FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿un medio eficaz de protección del medio ambiente?", en: *RPCP*, N° 9, 2000, p. 241.

[1634] TIEDEMANN, Klaus. "Prólogo", en: Zúñiga Rodríguez, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Pamplona 2000, p. 15, se refiere también a Italia pero antes del D. Leg. N° 231 de 8-6-01.

[1635] DA COSTA PINTO, Frederico, en: *Revista Penal*, N° 9, 2002, p. 203, el art. 11 del CP niega expresamente la responsabilidad de las personas jurídicas, pero el D. Lei 28/84 de infracciones contra la economía y la salud pública

Holanda (art. 51 del CP)[1636], Noruega (arts. 48a y 48b del CP)[1637], Francia[1638] y Dinamarca[1639]. Un caso particular acontece en Italia, con el Decreto Legislativo N° 231 de 8 de junio de 2001 de «Disciplina de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica, de la sociedad y asociaciones también desprovistas de personalidad jurídica», se ha dado cabida por primera vez en el ordenamiento italiano a una forma de responsabilidad de las personas jurídicas y otros entes colectivos, de modo que «se resquebraja, si es que no se supera completamente, el tradicional principio *societas delinquere non potest*»[1640], ello porque si bien se indica en el plano formal que se trata de una forma de responsabilidad administrativa, materialmente deriva de la comisión de delitos (art. 1.1) imputables al ente (arts. 5 y 6), es autónoma de la responsabilidad de la persona natural (art. 8) y la imposición de las sanciones corresponde al Juez Penal (art. 36.1).

También los planteamientos de armonización de la regulación penal europea se decantan por el *societas delinquere potest*. Así, el art. 14 del *Corpus Iuris* de Disposiciones Penales para la Protección de los Intereses

---

consagra el *societas delinquere potest* y establece criterios de imputaciones y sanciones especiales (art. 7).

[1636] DE DOELDER, Hans. "La punibilidad de las personas jurídicas en Holanda", en: AAVV. *Hacia un DP económico europeo*, Madrid, 1995, pp. 497 ss.; VERVAELE, John. "La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica", en: *RDPC*, N° 1, 1998, pp. 153 ss.

[1637] ROSTAD, Helge. "Las multas a las personas jurídicas. Breve esbozo del sistema noruego", en: AAVV. *Hacia un DP económico europeo*, Madrid, 1995, pp. 519 ss.

[1638] PRADEL, Jean. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho francés: algunas cuestiones", en: RDPC, N° 4, 1999, pp. 661 ss.

[1639] FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", pp. 241-243.

[1640] FOFFANI, Luigi. en: *Revista Penal,* N° 9, 2002, p. 190.

Financieros de la Unión Europea[1641], cuya redacción se ultimó en junio de 1996, establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas[1642]. La misma orientación se planteó en el proceso de elaboración[1643] del Proyecto de Eurodelitos (*Entwurf der «Europa-Delikte»*) publicado sistemáticamente a principios de 2002, el cual finalmente no ha previsto una cláusula expresa de responsabilidad penal de las personas jurídícas, dejando, a juicio de TIEDEMANN[1644], abierta esa posibilidad.

Por su parte, los diferentes organismos vinculados al desarrollo del Derecho penal tampoco han sido inmunes a estas tendencias, ya en 1977 el Consejo de Europa, mediante la Resolución (77) 28 acerca de la contribución del Derecho penal en la protección del ambiente recomendó «un reexamen de los principios de responsabilidad penal, en particular, con el fin de poder introducir en ciertos casos la responsabilidad de

---

[1641] Art. 14: «1. Serán igualmente responsables de las infracciones definidas con anterioridad (arts. 1 a 8) las entidades colectivas que tuvieran personalidad jurídica, así como las que tuvieran la calidad de sujeto de derecho y sean titulares de un patrimonio autónomo, cuando la infracción hubiera sido realizada por cuenta del ente colectivo, por un órgano, un representante o cualquier persona que hubiera actuado en nombre propio o con un poder de decisión de derecho o de hecho.

2. La responsabilidad penal de las entidades colectivas no excluirá la de las personas físicas, autores, inductores o cómplices de los mismos hechos»

[1642] AAVV. *Hacia un espacio judicial europeo. Corpus Iuris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea*, Madrid, 1998, p. 52.

[1643] TIEDEMANN, Klaus. "Exigencias fundamentales de la PG y propuesta legislativa para un DP europeo", en: *Revista Penal*, N° 3, 1999, p. 84.

[1644] "Vorwort", en: TIEDEMANN, Klaus (dir). *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*, Köln, 2002, p. XI, "Como problema de las sanciones nuestro Proyecto deja finalmente abierta la punición de los grupos de personas, especialmente las personas jurídicas". Sobre los antecedentes de la regulación relativa a la autoría y participación planteada en el *Entwurf der «Europa-Delikte»* (arts. 11-17), Vid. TIEDEMANN, Klaus. „Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht", en: *Festschrift für Haruo Nishihara*, Baden-Baden, 1998, pp. 496 ss.

las personas jurídicas, privadas o públicas»[1645]. Dicha perspectiva fue ratificada por el Comité de Ministros de Estados Miembros del Consejo de Europa, mediante la Recomendación R (81) sobre la criminalidad en los negocios de 25 de junio de 1981, la Recomendación R (82) 15 sobre el papel del Derecho penal en la protección de los consumidores de 24 de setiembre de 1982 y en la Recomendación Nº 18/88 de 20 de octubre de 1988, la cual propone «la aplicación de la responsabilidad y de sanciones penales a las empresas cuando la naturaleza de la infracción, la gravedad de la culpabilidad de la empresa y la necesidad de prevenir otras infracciones así lo exijan».

De modo similar, en el XII Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en Hamburgo en 1979 se concluyó que «Como los ataques graves al ambiente son comúnmente cometidos por personas jurídicas y empresas privadas, debe admitirse la responsabilidad penal de éstas o imponerles el respeto del ambiente mediante sanciones civiles o administrativas»[1646]. En una perspectiva más general, en el XIII Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en El Cairo en 1984 se puso de relieve que «La responsabilidad penal de las sociedades u otras entidades jurídicas se reconoce en un número creciente de países como medio apropiado de controlar los delitos económicos y empresariales. Los países que no reconocen tal responsabilidad penal deberán considerar la posibilidad de imponer otras medidas apropiadas a estas entidades jurídicas»[1647]. A su vez, con sumo carácter extensivo, en el XV Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en Río de Janeiro en 1994 se recomendó a los estados establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas y de Derecho público frente a los ataques contra el ambiente natural[1648].

[1645] Recomendación 2.

[1646] Sección II, Recomendación 7.

[1647] Sección II, Recomendación 16.

[1648] Sección I/ «III. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR INFRACCIONES PENALES CONTRA EL AMBIENTE.

12. Las conductas merecedoras de la imposición de sanciones penales pueden ser realizados tanto por personas físicas como por personas jurídicas y organismos públicos.
13. Los sistemas jurídicos nacionales deberían prever, si fuera posible en su Constitución o Derecho fundamental, una amplia variedad de sanciones penales y otras medidas adaptadas a las personas jurídicas y organismos públicos.
14. Cuando una persona jurídica, de Derecho público o privado, se encuentre involucrada en una actividad que plantea un serio riesgo de daño para el ambiente, debería obligarse a los directivos y a las autoridades gestoras de esos organismos a que ejerzan su responsabilidad de control para prevenir la producción del daño; y deberían ser considerados penalmente responsables si se produce el daño como consecuencia de su fracaso en el adecuado cumplimiento de su responsabilidad de control.
15. Para minimizar el riesgo de injusticia procedente de la inadecuada aplicación de leyes relativas a las infracciones contra el ambiente, el derecho doméstico debería especificar lo más claramente posible los criterios de identificación de los agentes humanos intervinientes en el marco de las personas jurídicas de derecho público o de derecho privado potencialmente declaradas responsables de infracciones contra el ambiente.

    Personas jurídicas privadas

16. En la medida en que sea posible de acuerdo con la Constitución o las leyes fundamentales del país y sin perjuicio del respeto del principio de personalidad de las infracciones penales, debería ser posible la persecución de personas jurídicas privadas por infracciones penales contra el ambiente si no cabe atribuir directamente esa responsabilidad a un agente humano identificado de la entidad.
17. En las mismas condiciones, cuando una persona jurídica privada sea responsable de grave daño contra el ambiente, debería poder perseguirse a esa entidad por infracciones contra el ambiente, con independencia de si el daño resulta de un acto u omisión individual o de actos u omisiones acumulados a lo largo del tiempo.
18. La imposición de sanciones penales contra personas jurídicas privadas no debería servir de vía de exoneración de los culpables pertenecientes a las entidades involucradas en la comisión de infracciones contra el ambiente.

    Personas jurídicas de Derecho público

Como puede observarse, la responsabilidad penal de los entes colectivos es una concreta y creciente realidad en el Derecho comparado[1649]. Frente a ello merece prestar atención a los fundamentos de esta forma de expansión del Derecho penal.

III. REVISIÓN DE LOS PRINCIPALES FUNDAMENTOS DE LA «IRRESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS»

Es lugar común señalar que la irresponsabilidad penal de los entes colectivos fluye del estado actual de la dogmática, conclusión inevitable si se parte del modelo de imputación creado para las personas físicas. Por esa vía, la irresponsabilidad terminaría derivando de la propia naturaleza de la persona jurídica. La ausencia de una voluntad óntica o sicológica, y la imposibilidad de actuación por sí misma, sino a través de

19. Cuando en el curso del cumplimiento de su función pública, o en cualquier otra circunstancia, un organismo de Derecho público causa un grave daño al ambiente o, en contravención de los standard ambientales establecidos, crea un peligro real o inminente (*concreto*) para el ambiente o para los seres humanos, debería poder perseguirse a esa persona por tal infracción.
20. Siempre que sea posible conforme a la Constitución o el derecho nacional de una país la atribución de responsabilidad a los organismos de Derecho público por actos de servicio público u otros, debería admitirse la persecución incluso si la responsabilidad por el delito concreto no puede ser directamente imputada a ninguna persona física determinada o agente de la entidad».

[1649] Como precisa MUÑOZ CONDE, Francisco. "Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos", en: *Revista Penal*, N° 1, 1997, p. 72, «No estamos hablando de "ciencia-ficción" jurídica, sino de concretas realidades en muchos ordenamientos». Por ello no pueden aceptarse opiniones tajantes, al margen de la realidad legislativa y de las elaboraciones dogmáticas, y cuya validez el tiempo ha descartado, como la de CASTILLO ALVA, José Luis. "Apuntes sobre la responsabilidad penal de las empresas y las personas jurídicas", en: *Normas Legales*, T. 276, 1999, p. A-55, cuando concluye que «En el Derecho Penal contemporáneo la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la empresa es más una aspiración lejana que un programa inmediato viable».

sus representantes, impedirían que estas entidades puedan configurar los presupuestos dogmáticos necesarios para afirmar la existencia de un hecho punible que pueda atribuírseles[1650].

A partir de estas premisas se ha sostenido que no debería admitirse la punición de los entes colectivos, principalmente porque: **1)** no realizan una acción penalmente relevante; **2)** por la imposibilidad de realizar el juicio de atribución subjetiva o de culpabilidad; y, **3)** ante la imposibilidad de aplicar a las personas jurídicas las penas previstas para las personas naturales[1651]. Se han planteado otros argumentos menos decisivos como la violación del principio de personalidad de las penas, porque se pueden ver afectadas personas inocentes, así como problemas vinculados a la capacidad de pena[1652].

Pero como precisa GARCÍA ARÁN, ante estas y otras dificultades, caben dos opciones opuestas, la resignación descriptiva porque no se puede incluir a las personas jurídicas en las categorías subjetivas que maneja el Derecho penal, o la imputación de responsabilidad mediante técnicas diferentes a las de las personas físicas[1653]. Ambas direcciones se analizan a continuación.

[1650] CARO CORIA, Dino Carlos. "La irresponsabilidad penal de la persona jurídica", en: *Thémis*, N° 24, Lima, 1992, p. 71.

[1651] SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. "Sobre la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas", en: *Thémis*, N° 35, Lima, 1997, p. 130.

[1652] FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", p. 238.

[1653] GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en: Martínez-Buján Pérez, Carlos (Coord.). *I Congreso hispano-italiano de DP económico*, p. 46. En el DP argentino BAIGÚN (*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, pp. 27 ss.) ha propuesto recientemente todo un modelo de imputación de responsabilidad para las personas jurídicas que, independientemente de su valía, se erige como la primera Parte General del *societas delinquere potest* en nuestro medio, pues va desde la explicación del comportamiento penalmente relevante hasta las consecuencias jurídicas del delito de los entes colectivos.

1. Sobre la capacidad de conducta de las personas jurídicas

Tanto si se parte de una concepción causal o final de acción, puede sostenerse que la persona jurídica carece de la aptitud interna necesaria para formar una «voluntad propia» al margen de la voluntad expresada por sus integrantes. En esa línea de ideas, parece inevitable aceptar que el ente colectivo no puede exteriorizar la voluntad social construida sobre el conjunto de voluntades individuales, sino a través de los actos de los propios componentes de la agrupación. A su vez, si se toma en cuenta el concepto social de acción tampoco se arribaría a resultados satisfactorios por situarse en el plano extrajurídico. De ese modo, las personas jurídicas no podrían ser objeto de la norma de determinación sino sólo de la norma de valoración[1654].

Pero la revisión de estas conclusiones, en orden a erigir la responsabilidad penal de la persona moral, se ha orientado en una triple dirección que escapa en todo caso al círculo vicioso generado por la inocua pretensión de atribuir capacidad de acción a la persona jurídica exigiendo de ella una voluntad sicológica.

Un primer lineamiento se concreta en la revisión del concepto de acción penalmente relevante de modo que abarque, indistintamente, el comportamiento de la persona humana y el del ente colectivo. En esa perspectiva se ubican los planteamientos del funcionalismo normativista, JAKOBS entiende que no se trata únicamente de imputar una acción a un sujeto, sino que el concepto de acción define a su vez al sujeto, la acción se define como la evitabilidad individual de la producción de un resultado, o sea la capacidad subjetiva de evitar lo prohibido o realizar lo prescrito[1655].

En ese sentido, no cabe fundamentar que en la definición del sujeto el sistema que ha de erigirse deba componerse siempre de los ingredien-

---

[1654] GRACIA MARTÍN, Luis. "La responsabilidad penal de las propias personas jurídicas", en: *ADPCP,* 1993, pp. 603-604.

[1655] JAKOBS, Günther. *Strafrecht. AT*, 2ª ed., Berlin/New York, 1991, 6/1, 6/26.

tes de una persona física (mente y cuerpo) y no de los de una persona jurídica (estatutos y órganos), más bien los estatutos y los órganos de una persona jurídica se pueden definir también como sistema, en el cual lo interno no interesa pero sí el *out put*, es decir que las actuaciones de los órganos con arreglo a sus estatutos se convierten en acciones propias de la persona jurídica[1656].

Pero si bien debe reconocerse que la acción debe concebirse en términos normativos a fin de evitar una vinculación del deber ser (la determinación del comportamiento penalmente relevante) a las estructuras lógico-objetivas, aún no está claro en la doctrina si de ello debe deducirse una normativización absoluta del concepto de acción que, en buena cuenta, expresa la defensa de la vigencia de la norma como misión del Derecho penal[1657], aspecto que en el estado actual genera controversias no resueltas[1658].

La segunda orientación apunta a crear un concepto de acción distinto y privativo para la persona jurídica, se ha sostenido que la acción de los órganos de ésta constituye en verdad una acción propia de la persona jurídica[1659]. De modo cercano, se defiende que una acción efectuada en nombre de la persona jurídica debe considerarse como una acción propia de la misma[1660]. Esta perspectiva es compatible con los criterios

---

[1656] *Ibid.*, 6/44. En la misma orientación, BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998, pp. 153-155.

[1657] Críticamente, LÜDERSSEN, Klaus. "El DP entre el funcionalismo y el pensamiento vinculado a los principios "europeos tradicionales". O ¿adiós al "DP europeo tradicional"?", en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 9, 1999, pp. 65 ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco. "Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal", en: *Revista Penal,* N° 5, 2000, pp. 47-48.

[1658] CARO CORIA, Dino Carlos. *CP & legislación complementaria*, Lima, 2001, pp. 43 ss.

[1659] HEINE, Günter. "La responsabilidad penal de la empresa: evolución internacional y consecuencias nacionales", en: *ADP*, 1996, pp. 29 ss.

[1660] TIEDEMANN, Klaus. *Temas de DP económico y ambiental*, Idemsa, Lima, 1999, p. 218.

de imputación previstos en algunos textos legislativos que adoptan el *societas delinquere potest*, por ejemplo el art. 121-2 del CP francés de 1994 establece que «*Las personas jurídicas, (...), son penalmente responsables de las infracciones cometidas (...), por sus órganos o por sus representantes (...)*».

Contra estas tesis se ha objetado por una parte que el Derecho penal sólo sanciona las acciones propias de cada persona, y por otro que las normas que se dirigen a las personas jurídicas guardan silencio sobre quien debe desempeñar las respectivas obligaciones. A lo primero ha respondido TIEDEMANN indicando que los ordenamientos suelen admitir la imputación del acto de un coautor a otro, siempre que éstos hayan optado por realizarlo en común, y que en todo caso es posible imputar responsabilidad al ente colectivo teniendo en cuenta su capacidad de impedir la comisión del delito[1661]. Antes bien, una imputación similar a la de la coautoría plantea dudas si se tiene en cuenta que la decisión común, en éste caso de la persona jurídica y sus miembros, requiere de la capacidad de voluntad del ente colectivo que es lo que precisamente se quiere demostrar.

Contra la segunda objeción ha precisado TIEDEMANN que la persona jurídica es la destinataria primaria de la norma penal, y que ello se deduce claramente de la fórmula del actuar por otro[1662] que recoge por ejemplo el § 14 del StGB, el art. 27 del CP peruano o el art. 31 del CP español. Sin embargo, ello deja aún pendiente la fundamentación del modelo de injusto personal en el caso de los entes colectivos.

En una tercera dirección doctrinal se incardinan los planteamientos que restan valor a la construcción de un concepto de acción u omisión previo al tipo. Por ese camino se renuncia a condiciones tan sólo atribuibles a las personas naturales, siendo perfectamente factible desde una perspectiva sistemática otorgar relevancia penal a los actos de las

[1661] *Ibid*., pp. 219-220.

[1662] *Ibid*., p. 221.

personas jurídicas. Si «persona» es todo sujeto con capacidad jurídica plena, la persona jurídica, al igual que la física, podrá ser sujeto de imputación normativa[1663].

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ ha advertido en ese sentido que la acción penal ha dejado de ser el «punto de arranque» de la imputación penal, sobre todo porque cumple más bien una función negativa, de exclusión del injusto. Lo importante no es la acción penalmente relevante, sino la dañosidad social evitable, el resultado que viene a ser la plasmación del riesgo desaprobado por el ordenamiento (suceso evitable que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos)[1664]. De tal modo, apuesta por la construcción de un sistema de imputación propio para la persona jurídica sustentado exclusivamente en las categorías de injusto y culpabilidad[1665].

La autora antes citada precisa que si se entiende la concepción del hecho penalmente relevante como el comportamiento de sujetos destinatarios de la norma penal, a los que les llega el mandato de valoración y el mandato de determinación, o sea que son motivables por dicha norma, no existe inconveniente en sostener que las personas jurídicas pueden ser sujetos activos[1666]. Sobre esa base, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ construye un sistema de imputación propio de la persona jurídica, fundando el injusto conforme a la actuación de sus órganos y representantes, así como por la actuación de sus componentes, precisando que «no se trata de establecer que actuación vincula a la empresa sino de ¿qué tipo de resultados son imputables penalmente a la empresa?», «no se trata de una conducta personal, sino de un resultado antijurídico evitable e imputable a la empresa»[1667].

[1663] SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", pp. 131-132.

[1664] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, p. 228.

[1665] *Ibid.*, pp. 231ss.

[1666] *Ibid.*, p. 231.

[1667] *Ibid.*, pp. 231, 233, 234.

En resumen, parecería posible sostener la capacidad de las personas jurídicas de realizar un comportamiento penalmente relevante, aún si este juicio se vincula al examen de la tipicidad. Pese a que un sector plantea que dicha capacidad sólo debe reconocerse en el ámbito del Derecho privado, cabría responder por el contrario, como precisa SERRANO-PIEDECASAS[1668], que: **1)** tal afirmación reviste validez únicamente si se parte de un concepto de acción basado en atributos exclusivos y excluyentes de la persona humana; **2)** la atribución de capacidad de acción no sólo se acepta en el Derecho privado sino también en el Derecho punitivo, concretamente en el Derecho administrativo sancionador, como se aprecia en el ámbito de la Unión Europea[1669] y en la mayoría de estados iberoamericanos; y **3)** las personas jurídicas son destinatarias de deberes legales, de modo que no sólo tienen capacidad de cumplirlos sino también de transgredirlos[1670].

2. Sobre el juicio de culpabilidad de los entes colectivos

Las concepciones sicológica y normativa de culpabilidad no han podido dispensar un argumento sólido para la responsabilidad penal de los entes colectivos. La primera precisa de una capacidad sicológica en el autor que motive -causalmente- el hecho doloso o imprudente, mientras que la segunda se erige sobre una categoría insegura para la imputación subjetiva, el dogma del «libre albedrío», a todas luces inverificable en el caso de las personas jurídicas, sino ya en las propias personas físicas. Tampoco la concepción de la culpabilidad, asentada en la necesidad de pena, ofrece una explicación satisfactoria para

---

[1668] SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", p. 132.

[1669] NIETO MARTÍN, Adán. *Fraudes comunitarios (DP económico europeo)*, Barcelona, 1996, pp. 172-173.

[1670] En expresiones de von LISZT, Franz. *Tratado de DP*, T. 2., 20ª ed., Madrid, 1916, pp. 287-288, «cualquier sociedad puede contratar; puede también celebrar contratos dolosos o leoninos, o no cumplir los contratos celebrados, de los que se derivan obligaciones de dar».

atribuir responsabilidad a dichas personas en términos de motivación normativa[1671].

Los esfuerzos por superar este escollo de la teoría del delito han conducido igualmente a diversas respuestas que interesa poner de relieve. Un primer sector minoritario, dentro del cual se encuentra SCHÜNEMANN, ha planteado la renuncia al principio de culpabilidad en la atribución de responsabilidad penal a las personas morales, sobre la base de un «estado de necesidad de bienes jurídicos», o sea un «estado de necesidad de prevención en el marco de una empresa que no puede demostrar la autoría de una determinada persona natural y de que un fallo de organización de la empresa ha facilitado», lo que a su juicio no atenta contra un Derecho penal respetuoso del Estado de Derecho[1672].

Pero si bien este planteamiento tiene el mérito de evitar el «fraude de etiquetas» que implicaría la aceptación un concepto ficto de culpabilidad, se enfrenta al problema de reducir la imputación penal a la atribución del injusto o del hecho de la persona jurídica, dejando al margen cualquier pretensión limitadora de la responsabilidad derivada de la configuración subjetiva del ente colectivo, como se observa en el Derecho civil[1673]. Quizás por ello es que en los sistemas iberoamericanos la culpabilidad se aprecia como un principio irrenunciable *de lege lata*, como se deriva del art. VII del CP peruano, cuando no de los presupuestos constitucionales de la responsabilidad penal como se aprecia en los sistemas europeos[1674]. A su vez, en el ámbito de los trabajos relativos al

---

[1671] MEINI MÉNDEZ, Iván. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Lima, 1999, p. 119.

[1672] SCHÜNEMANN, Bernd. "La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea", en: AA.VV. *Hacia un DP económico europeo*, Madrid, 1995, pp. 588-589.

[1673] SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón. "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", p. 133.

[1674] HIRSCH, Hans Joachim. "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas", en: *ADPCP*, 1993, p. 1108.

CP Tipo para Iberoamérica, se ha aceptado unánimemente la consagración del principio de culpabilidad[1675].

En una segunda línea se incardinan las diversas propuestas de recurrir a un concepto de culpabilidad propio de la persona jurídica. Así, en cuanto a los entes colectivos, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha admitido, desde una perspectiva constitucional, la opción de imputar la culpa de una persona física a una persona jurídica[1676], mientras que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea propone admitir una culpa propia de la empresa, determinada según criterios y estándares conocidos en el Derecho civil y administrativo. En los sistemas que admiten el *societas delinquere potest*, se entiende que las infracciones a favor de la agrupación se originan en la «falta de organización y que esta deficiencia determina la responsabilidad penal», lo que permite contar con un concepto de culpabilidad colectiva.

Teniendo en cuenta estas experiencias, y sobre todo el sentido del § 30 de la *Ordnungswidrigkeiten* alemana (OWiG) o Ley de las Contravenciones[1677], Tiedemann señala la posibilidad de imputar la culpa individual de los dirigentes a la empresa en los casos de «defecto de organización», es decir «cuando la agrupación como tal no responde a criterios suficientes para impedir la comisión de delitos», perspectiva que ha tenido acogida en la doctrina alemana y española[1678]. A las personas jurídicas, al ser destinatarias de las normas de conducta, puede exigírseles que se organicen contando con medidas de vigilancia y control oportunas, para evitar la comisión de delitos por parte de sus miembros[1679].

[1675] JAÉN VALLEJO, Manuel. "Principio de culpabilidad", en: Cancino Moreno, Antonio José. *CP Tipo para Iberoamérica*, Vol. I, Bogotá, 2000, pp. 22-23.

[1676] *BverfGE*, vol. 20, p. 323ss.

[1677] MALAMUD GOTI, Jaime. *Persona jurídica y penalidad*, pp. 1 ss.

[1678] TIEDEMANN, Klaus. *Temas de DP económico y ambiental*, pp. 222, 223, 224.

[1679] TIEDEMANN, Klaus. "Die "Bebussung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", en: *NJW*, N° 41, 1988, p. 1172.

Como precisa ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, si la imputación se fundamenta en la funcionalidad social de la conducta, la potencialidad de la persona jurídica de crear riesgos para los bienes jurídicos, puede expresarse en el hecho de poseer una actitud criminal de grupo o una política o «clima» que favorece la comisión de delitos, presentándose pues un defecto de organización, de ahí que la infracción del deber de vigilancia, la «*culpa in vigilando*» o «*in eligendo*», puede ser expresión del defecto de organización o la política favorecedora de la realización del delito de la empresa[1680]. En esa medida, el defecto de organización se presenta como el fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica, de modo similar a como sucede por ejemplo en los casos de *actio liberae in causa*[1681], no se sanciona por el hecho individual, sino por la falta de cuidado en un momento anterior que hubiese permitido evitar el hecho delictivo[1682].

Una orientación semejante se observa en un sector de la doctrina italiana que recurre a la noción de riesgo de la actividad de las empresas a fin de sustentar su responsabilidad penal o justificar la imputación de los delitos de sus representantes a éstas, por su parte la Ley federal suiza sobre el impuesto federal directo de 1990, así como el citado § 30 de la citada OWiG plantean la imputación cuando la actividad delictuosa genera una ventaja económica para la empresa[1683].

Ahora bien, la noción de «culpabilidad por defecto de organización» no está exenta de críticas, principalmente porque se distanciaría del presupuesto básico de la culpabilidad cual es la atribución personal, en estos casos se estaría admitiendo una culpabilidad por el hecho aje-

---

[1680] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, p. 239.

[1681] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *DP económico. PG*, Valencia, 1998, p. 239.

[1682] BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 172.

[1683] TIEDEMANN, Klaus. *Temas de DP económico y ambiental*, pp. 223-224.

no[1684]. En todo caso, dicha culpabilidad debería tener como presupuesto imprescindible la realización de un hecho típico, de lo contrario se estaría aceptando la vigencia de una culpabilidad sin antijuricidad, más aún cuando la organización defectuosa no puede ser llevada a cabo por la propia persona colectiva sino por sus órganos[1685], lo que conduciría a admitir un «modelo de analogía en la culpabilidad» o culpabilidad ficticia[1686].

Un tercer camino, planteado por HIRSCH, señala la atribución de una culpabilidad propia a las entidades colectivas, tomando en cuenta que poseen voluntad propia para disponer libremente de sí mismas y que es un hecho socialmente aceptado imputar culpa a una empresa por su actividad ilícita. Tal construcción no se identifica con una «culpabilidad colectiva», la persona jurídica no equivale a la suma de persona individuales, es una creación particular que se diferencia de sus propios miembros, de allí que la culpabilidad de la corporación es distinta de la culpabilidad de sus integrantes, debiendo decidirse sobre ambas por separado[1687].

Para HIRSCH, se requiere una acción ejecutada por un órgano o representante, acción que debe mantener una «relación funcional» con la actividad de la empresa y no debe tratarse de cualquier acción posible dentro de la empresa. Por ello, la culpabilidad de la persona jurídica se determina a partir de la culpabilidad del órgano que ejecutó la acción, se trata de la acción del órgano como hecho de conexión. Además de la constatación de dicha culpabilidad, es preciso que el hecho delictivo pudiese ser evitado por la persona jurídica. Como consecuencia final, la persona jurídica tiene una «responsabilidad colectiva» por el hecho, al margen de la responsabilidad del órgano que actuó y sin que ello viole el *ne bis in idem*[1688].

[1684] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *DP económico. PG*, p. 238.

[1685] *Ibid*., p. 240.

[1686] ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*, T I, Madrid, 1997, § 8/56c.

[1687] HIRSCH, Hans Joachim. "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas", p. 1101.

[1688] *Ibid*., pp. 1108 ss.

Contra esta construcción, se ha señalado que reposa en una teoría del delito basada exclusivamente en la responsabilidad individual, no se aborda el problema central de la responsabilidad penal de la persona jurídica, se obvia «llevando el problema al terreno de una responsabilidad solidaria de la persona jurídica con el órgano», solidaridad que tampoco conoce el Derecho penal de la responsabilidad individual, ni fundamenta el citado autor[1689]. Por lo demás, este «modelo simple de imputación», como lo denomina ROXIN, tropieza con la objeción de que la imputación de una acción ajena no es una acción propia de la persona colectiva y la imputación de la culpabilidad ajena tampoco es culpabilidad propia de la persona colectiva[1690].

3. Consecuencias jurídicas aplicables a las agrupaciones

A fin de contrarrestar la responsabilidad penal de los entes colectivos se ha puesto de relieve el «principio de personalidad de las penas» que, junto a la exigencia de culpabilidad individual, impediría que el castigo y, como también se ha sostenido, «sus efectos», recaigan sobre las personas que lo componen[1691].

En la línea contraria, se ha defendido que las penas para las personas jurídicas no tienen que ser las mismas que las establecidas para las personas físicas, sino otras equivalentes. Asimismo, las personas jurídicas sí responderían, si se les reconoce capacidad de acción y de culpabilidad, como se evaluó anteriormente. A su vez, las penas podrían cumplir las funciones de retribución y prevención a través de las personas individuales que conforman la persona jurídica y actúan por ella[1692].

[1689] BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, pp. 176-177.

[1690] ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*, § 8/56c.

[1691] SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", p. 134.

[1692] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *DP económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, Lima, 1997, p. 157.

En el marco de este debate, además de la opción de derivar la sanción de las personas jurídicas al Derecho administrativo sancionador, se ha planteado una serie de alternativas en cuanto a las consecuencias jurídicas aplicables a dichas personas dentro del sistema penal, concretamente el recurso a medidas de seguridad, la instrumentación de «consecuencias accesorias» como las previstas en el Derecho peruano y español, así como la imposición de penas propiamente dichas como en los sistemas anglosajones.

El recurso al **Derecho administrativo** para sancionar a las personas jurídicas viene suscitando dos problemas principalmente. Por un lado no existe unanimidad en torno a la justificación de la sanción administrativa para la persona moral, teniendo en cuenta la actual tendencia a dotar a la punición administrativa de las mismas garantías que el Derecho penal, por entenderse que ambos sectores expresan un mismo *ius puniendi* estatal[1693]. En tal sentido, sino es de aceptarse la capacidad de acción y de culpabilidad de los entes colectivos en el Derecho penal, tampoco podría aceptarse dentro del Derecho contravencional[1694].

Esta solución se enfrenta al hecho que *de lege lata* la mayoría de sistemas jurídicos, aun los que desconocen la responsabilidad penal de los entes colectivos, se decantan a favor de la instrumentación de sanciones administrativas contra éstos, sobre todo en la regulación del orden socioeconómico. Y esta realidad legislativa tiene fundamentos si se acepta que la atribución de responsabilidad administrativa, sin desconocer su vinculación a los principios básicos del orden penal como los de legalidad o culpabilidad, puede operar en función de reglas menos rígidas

---

[1693] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "La autotutela. Los límites al poder sancionador de la administración pública y los principios inspiradores del DP", en: *RAP*, N° 126, 1991, pp. 253 y ss.; DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. "Notas sobre la potestad sancionadora de la administración pública", en: *Ius et Veritas*, N° 10, 1995, pp. 149 ss.

[1694] GRACIA MARTÍN, Luis. "La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas", en: *AP*, 1993, pp. 589 ss.; MEINI MÉNDEZ, Iván. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 141.

que las del Derecho penal o conceptos amoldables a las necesidades de la injerencia administrativa[1695].

De allí que se acepte por ejemplo la desvinculación del ilícito administrativo del principio de lesividad o se admita, sin más, la sanción de infracciones formales o de mera desobediencia. Por esa línea de flexibilización de las reglas de imputación administrativa, pueden tener cabida las distintas construcciones que otorgan capacidad de acción y de culpabilidad a la persona jurídica, como lo reconoce por ejemplo la STC español 246/1991 de 19 de diciembre o la STS español de 3 de julio de 1992 (ponente BACIGALUPO ZAPATER).

El segundo problema que plantea la punición meramente administrativa de los entes colectivos se cifra en las limitaciones preventivas frente a hechos que merecen una intensa desvaloración por lesionar gravemente los bienes más importantes del sistema jurídico[1696], como la vida o la salud de las personas, el ambiente natural, etc. En estos casos, las comunes dificultades para la determinación de la responsabilidad penal individual junto a la imposibilidad de sancionar a la persona jurídica, peor aún cuando no se quiere aceptar la de índole administrativa, podrían redundar en un déficit de prevención general y especial, en un sentimiento social de impunidad que nutre un «sistema de irresponsabilidad organizada».

Asimismo, aunque la sanción administrativa puede revestir igual o mayor gravedad que las de carácter penal[1697], no puede desconocerse

---

[1695] CID MOLINE, José. "Garantías y sanciones (argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)", en: *RAP*, N° 140, 1996, pp. 131 ss.; PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, T. III, Lima, 1994, pp. 167-168.

[1696] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *DP económico*, p. 157.

[1697] Como ocurría en Perú, por ejemplo en la punición del ahora derogado delito de publicidad engañosa (art. 238 del CP) que prevé pena de 90 a 180 días-multa, mientras que el art. 16 del Decreto Legislativo Nº 691 de regulación de la publicidad, permite que la autoridad administrativa

el efecto estigmatizador de estas últimas pues atacan directamente el «prestigio comercial» de una empresa o de sus productos y por esa vía el patrimonio de éstas, lográndose quizás un mayor efecto preventivo general y especial.

También se ha propuesto recurrir a la «segunda vía» del Derecho penal, es decir a un modelo de **medidas de seguridad** que sirva «como base legitimadora de sanciones complejas, que unan elementos represivos y preventivos, para las personas jurídicas»[1698]. La fundamentación de tal intervención se ha sostenido desde dos direcciones, una apunta a la peligrosidad de las personas que integran el ente colectivo, la otra se erige sobre la noción de peligrosidad de la propia persona jurídica[1699].

La peligrosidad individual se basa en que las personas físicas que forman parte de la persona jurídica, la utilizarán como cobertura para llevar adelante acciones criminales. Esta es la línea que siguió el art. 132 del Proyecto español de Código Penal de 1980, según el cual «podrán ser sometidas a las medidas de seguridad especialmente previstas para ellas, las asociaciones, empresas o sociedades, a causa de los delitos que sus directivos, mandatarios o miembros cometieren en el ejercicio de las actividades sociales aprovechando la organización de tales entes». Los arts. 135 y 153 del Proyecto previeron la posibilidad de asegurar a la persona colectiva incluso a través de medidas graves como la disolución o clausura de locales o establecimientos.

Se ha precisado, no obstante, que si en el estado actual del Derecho penal sólo son de recibo las medidas post delictuales, como signo

---

(el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual) imponga una multa mucho mayor, de hasta 100 Unidades Impositivas Tributarias, la misma que en casos de incumplimiento de lo ordenado por la administración (art. 20) puede duplicarse sucesiva e ilimitadamente.

[1698] ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*, § 8/56b.

[1699] SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", p. 135.

inequívoco de una peligrosidad objetiva y no presunta, entonces el objeto de dicho juicio ha de ser la peligrosidad criminal del sujeto, lo que presenta serias dudas en el caso de las personas jurídicas, salvo que se acepte cuando menos su capacidad de acción y de realizar el injusto penal, o se traslade al ente colectivo la peligrosidad de sus órganos en tanto personas naturales con capacidad de actuación típica[1700], pero ello implicaría asumir un modelo de responsabilidad por el hecho ajeno.

El sustento de las medidas de seguridad también se ha derivado de la peligrosidad de la propia persona jurídica, por la potenciación del peligro que supone la actividad económica delictiva instalada en un sistema de actuación colectiva[1701]. Más seguro que cualquier control estatal es un efectivo control interno de la empresa y sus órganos directivos, pero si no se realiza o es deficiente, «si la persona física omite o ejecuta una acción merecedora de sanción con el exclusivo objeto de beneficiar a la empresa, se justifica la imposición de una medida de seguridad»[1702]. Antes bien, para un sector doctrinal, aunque podrá hablarse de peligrosidad «sintomática», «objetiva» o «instrumental» de la persona jurídica, en el sentido de que es utilizada para cometer delitos, dicha peligrosidad no puede calificarse de criminal[1703].

Frente a estas alternativas, el legislador español (art. 129 del CP) y el peruano (art. 105 del CP) han adoptado el modelo de las **«consecuencias accesorias»** que, en el plano formal, no pueden calificarse como penas ni medidas de seguridad al contar con una regulación autónoma.

[1700] BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 264.

[1701] SCHÜNEMANN, Bernd. *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln/ Berlin/ Bonn/ München, 1979, pp. 254, 268 ss.

[1702] SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", p. 135.

[1703] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *DP económico. Parte General*, pp. 231-232.

Antes bien, la doctrina ha dispensado un tratamiento heterogéneo a dichas consecuencias[1704].

Para un sector que puede estimarse mayoritario, tales medidas no ostentan naturaleza propiamente administrativa[1705] en atención a los fines preventivos y al órgano judicial que las impone, siendo en rigor «*consecuencias accesorias de la pena*», en tanto pueden ser impuestas sólo si se acredita la comisión de un delito por parte de una persona física a quien se le impone una pena, se trata pues de consecuencias accesorias de una pena previamente impuesta a un sujeto responsable criminalmente[1706]. Es una responsabilidad subsidiaria de la responsabilidad de una persona física que haya sido condenada previamente[1707], similar a la del comiso por la inequívoca finalidad preventiva inocuizadora que persigue[1708].

Para otro sector minoritario, enarbolado por GRACIA MARTÍN, las consecuencias accesorias deben considerarse más bien como «*consecuencias accesorias del delito*», siendo suficiente para su imposición la presencia de actividad delictiva, sin exigirse una efectiva condena penal.

[1704] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, p. 209.

[1705] CASTILLO ALVA, José Luis. *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Lima, 2001, p. 274, plantea que las consecuencias accesorias previstas en el art. 105 del CP peruano «tienen una naturaleza propia de las sanciones administrativas», con lo que no puede coincidirse si se entiende que no existe una distinción ontológica, cifrada en la «naturaleza de las cosas», entre una sanción administrativa y una consecuencia jurídico-penal, sino en una valoración o «desvaloración» de carácter normativa.

[1706] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *DP económico. Parte General*, pp. 232; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el Derecho español", p. 363.

[1707] BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 282.

[1708] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *DP económico. Parte General*, pp. 232.

Ello porque la persona jurídica puede ser peligrosa y la prevención requiere de medidas en su contra que se fundamentan en la noción de «peligrosidad objetiva o de la cosa», en este caso del ente colectivo, expresada a través de las acciones antijurídicas (injusto penal) de las personas físicas que actúan a favor o por cuenta de la persona jurídica. Si ésta se presta a ser utilizada para la realización de actividades delictivas, allí radica la peligrosidad objetiva de la agrupación[1709]. También es minoritaria la parcela doctrinal que concede carácter de pena a las «consecuencias accesorias»[1710], destacando la construcción de ZUGALDÍA, para quien el único modo de dar cumplimiento a las garantías constitucionales es considerar que estamos ante penas en sentido estricto[1711].

En todo caso, frente a la instauración de las consecuencias accesorias en el ordenamiento español se ha precisado que a diferencia de las clásicas medidas de seguridad o del comiso, éstas podrían repercutir sobre determinados grupos de personas, como los trabajadores o los socios de la empresa, lo que infringiría el principio de personalidad de las penas y proporcionalidad, razón por la cual no cabe sino una aplicación cautelosa de tales medidas[1712].

[1709] GRACIA MARTÍN, Luis y otros. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo CP español*, Valencia, 1996, p. 457.

[1710] MUÑOZ CONDE, Francisco. "Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos", p. 71; ARROYO ZAPATERO, Luis. "DP económico y Constitución", en: *Revista Penal*, N° 1, 1997, p. 14.

[1711] ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. "Las penas previstas en el art. 129 del CP para las personas jurídicas. Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas", en: *PJ*, N° 46, 1997, pp. 284-285. En el mismo sentido, BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 286.

[1712] SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", p. 136; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el Derecho español", p. 364.

Sin embargo, una limitación importante de esta forma de «responsabilidad accesoria» se cifra en que el carácter accesorio de las medidas implica, al menos para la doctrina mayoritaria, la necesidad de una previa declaración de responsabilidad penal de una persona física, de forma que serán inaplicables allí donde precisamente se requiere una intervención preventiva frente a la criminalidad empresarial, en los supuestos en que no se puede atribuir el hecho delictivo cometido a través de una empresa a una persona física determinada[1713].

La opción de imponer **penas** a las personas jurídicas se ha fundamentado tanto desde la retribución, como a partir de la prevención general y especial. Para TIEDEMANN, si se admite la posibilidad de una culpabilidad moral social de la agrupación, entonces corresponde otorgarle valor a la idea de retribución. Con relación a la prevención general, sostiene que la condena penal de la empresa evidencia que la norma jurídica vulnerada se dirige a ella y que tal violación merece una reprobación social. La prevención especial para dicho autor también es realizable, la empresa condenada será intimidada para no reincidir en el delito, las reglas de derecho comercial y otras referidas a la vigilancia interior de la administración, pueden determinar que los dirigentes no continúen o no reiteren su actividad delictuosa. De esta forma, es posible erigir un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica paralelo al de la persona física, sin importar la forma jurídica de la agrupación, siendo posible incluir a las personas jurídicas de Derecho público[1714].

Contra estos planteamientos se han sostenido las limitaciones de un sistema de sanciones contra la persona jurídica. Además de los indudables problemas procesales que podría plantear la persecución penal

[1713] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el Derecho español", p. 363.

[1714] TIEDEMANN, Klaus. *Temas de DP económico y ambiental*, pp. 226-228.

del ente colectivo[1715] [1716], en tanto se considera que la multa es la pena más adecuada para la empresa, se cuestiona su eficacia preventiva[1717], a la luz por ejemplo del famoso caso de Cementos de Heidelberg S.A., donde una multa administrativa elevada no determinó siquiera la renuncia de los autores individuales del hecho. De otra parte, la pena de confiscación de los beneficios ilícitamente obtenidos tampoco aseguraría los fines de prevención, pues sólo lograría restablecer las cosas al estado anterior. A su turno, la imposición de otras penas pecuniarias o algunas que afecten el funcionamiento de la entidad social, no sería otra cosa que un castigo colectivo que afecta a sujetos ajenos al manejo de la empresa, como los socios, los trabajadores, etc. También se ha precisado que de castigarse simultáneamente al directivo responsable personal del hecho delictivo, se estaría convalidando una violación del *ne bis in idem*[1718].

Estas dudas han sido valoradas por ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, quien ha sugerido un sistema de penas aplicables a las personas jurídicas, pero acorde con un Derecho penal de mínima intervención, lo que a su juicio implica en primer término delimitar el ámbito de supuestos típicos mediante *numerus clausus* de delitos que prevén la sanción para la persona jurídica, concretamente los denominados delitos socioeconómicos en

---

[1715] *Ibid*., pp. 228-229; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *DP económico*, p. 157; SAN MARTÍN CASTRO, César. "Delito socioeconómico y proceso penal: El Derecho procesal penal económico", en: *Advocatus*, N° 4, 2001, p. 294.

[1716] Tampoco parece ser un problema definitivo, como lo demuestra el reciente modelo procesal que adopta el citado D.Leg. N° 231 italiano para la persecución contra personas jurídicas, Vid. arts. 34 ss.

[1717] TERRADILLOS BASOCO, Juan. *DP de la empresa*, Madrid, 1995, p. 62, sobre todo en los casos de empresas que ocupan un lugar privilegiado en el mercado, de modo que la multa puede operar como un simple costo empresarial a ser amortizado a través del precio, como cargo a los consumidores.

[1718] SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", pp. 134-135.

sentido amplio[1719]. En cuanto a las características de tales sanciones, ha propuesto principalmente: **1)** Que no puedan ser absorbidas por los costes de la empresa a fin de conservar el efecto intimidatorio; **2)** que ataquen los beneficios económicos mediante el comiso de ganancias, la eliminación de las subvenciones, eliminación de derechos, etc.; **3)** que cualquier intervención judicial de la empresa concilie los intereses en juego de los socios, accionistas, trabajadores, etc., para lo cual se ha planteado en el sistema alemán la sanción de curatela; **4)** la utilización de la reparación civil como «tercera vía», de forma que se sancione a la empresa con la restitución de la situación previa al daño; **5)** renunciar a la sanción de disolución pues por su gravedad, semejante a la pena de muerte, debería restringirse para las asociaciones ilícitas; y, **6)** reconocer que las sanciones contra los directivos son paralelas a las de la persona jurídica[1720].

La revisión efectuada permite concluir que en el estado actual del Derecho penal sería posible, aunque no sin críticas, sustentar la capacidad de acción, de culpabilidad y de punición de las personas jurídicas. Sin embargo, y especialmente en lo que respecta a los sistemas jurídicos iberoamericanos, tributarios por años del *societas delinquere non potest*, aún hace falta ampliar la investigación penal en orden a establecer las condiciones materiales de imputación penal y procesal de la persona moral.

Como ha precisado BUSTOS RAMÍREZ, todavía no hemos llegado a esta etapa de construcción del sistema penal, lo que hace preciso buscar fórmulas, como la del «actuar por otro» y las consecuencias accesorias, que nos permitan en el plano político criminal establecer bases dentro de la dogmática actual para establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica[1721]. En esa perspectiva se incardina el CP peruano de 1991.

[1719] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, p. 242, n. 127.

[1720] *Ibid*., p. 240.

[1721] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", inédito, Lima, 2000, p. 3.

IV. ¿NECESIDAD DE ADOPTAR EL *SOCIETAS DELINQUERE POTEST* EN EL DERECHO PENAL PERUANO?

En el ordenamiento penal peruano, la jurisprudencia ha defendido unánimemente el principio *societas delinquere non potest*[1722]. Por su parte, la doctrina tradicionalmente se ha mostrado contraria a aceptar

[1722] El enjuiciamiento supone la imputación de hechos delictuosos a personas individuales determinadas sobre quienes puede recaer la sanción respectiva (en: *Anales Judiciales*, 1918, p. 47). En un juicio por calumnia imputada a una sociedad comercial, se determinó que la responsabilidad penal es esencialmente individual (Ejecutoria Suprema de 8-4-1920, en: *Anales Judiciales*, 1920, p. 16). La Corte Suprema declaró la insubsistencia de todo lo actuado e improcedente la acción del agraviado contra la Fabrica de Velas y Jabones «La Excélsior», mediante la cual le imputó la comisión del delito de falsificación (art. 377 del CP de 1924) por usar indebidamente la marca «Jabón Patito», que él había registrado como distintivo de los jabones que producía (en: *Anales Judiciales*, 1934, p. 137). En un proceso por apropiación ilícita se estableció que las personas jurídicas no pueden ser sujetos activos de algún delito, ya que dicha calidad sólo puede ostentarla la persona física, pues sólo ella es capaz de ejercitar acciones o incurrir en omisiones que caigan en el ámbito del DP (Ejecutoria Suprema de 3-1-1972, en: *Revista de Jurisprudencia Peruana* 338, p. 357). «El encausado resulta ser una persona jurídica como Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada (SCRLtd.), por lo que no se le debió instaurar proceso penal, debiendo identificarse en todo caso a la persona que actuó como órgano de representación o como socio representante autorizado de ella, en vista que la persona jurídica como tal, de acuerdo al principio *societas delinquere non potest*, no posee capacidad de conducta, recayendo en todo caso dicho atributo sólo en las personas naturales, tal como lo prescribe el artículo 27 del CP» (Resolución de la Corte Suprema de 24-10-97, Consulta 3963-96, en: GACETA JURÍDICA. Guía Rápida de Jurisprudencia penal y procesal penal. Lima 2001, p. 45). En nuestro ordenamiento penal no se admite la responsabilidad de las personas jurídicas; la responsabilidad penal se extiende a las personas que actúan en nombre de las personas jurídicas. Resulta inaceptable tener como denunciado a una persona jurídica (Resolución de la Corte Superior de Lima de 19-12-97, exp. 3045-97, en: LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel. *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, Lima, 1997, p. 79).

la responsabilidad penal de las personas jurídicas[1723], pero en los últimos años, frente a la relevancia que ha venido cobrando la criminalidad económica se empieza a postular la revisión del *societas delinquere non potest*[1724], cuando no la asunción de un sistema de responsabilidad penal de los entes colectivos[1725].

[1723] Antes de la vigencia del CP de 1991, Vid., MONTOYA MANFREDI, Ulises. *Responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas*, 2ª ed., Lima, 1977, p. 24; GARCÍA RADA, Domingo. *Sociedad anónima y delito*, 2ª ed., Lima, 1985, p. 65; HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Lima, 1987, pp. 340-341; PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Vol. I, 3ª ed., Lima, 1987, p. 161; JARA F., Gonzalo. "¿Son las personas jurídicas sujetos de sanción penal?", en: *Thémis*, N° 8, Lima, 1987, p. 32; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Lima, 1990, p. 115; UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José Carlos. "Quiebra fraudulenta", en: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, N° 29, 1987, p. 93; LECCA FORERO, Gerardo. *La responsabilidad penal de los directores en las sociedades anónimas*, Tesis de Bachiller, Lima, 1990, pp. 115 ss.; MOSCOSO CALLO. *El acaparamiento, especulación y adulteración como delitos contra la economía en el D.Leg. Nº 123*, Tesis de bachiller, Lima, 1988, p. 171. Tras la puesta en vigor del CP de 1991, Vid. CARO CORIA, Dino Carlos. "La irresponsabilidad penal de la persona jurídica", p. 78; VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 1998, p. 197; PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, T. III, pp. 156 ss.; ÍDEM. *Tratado de DP. Estudio programático de la PG*, 3ª ed., pp. 291-292; ANGELES GONZÁLES, Fernando/ FRISANCHO APARICIO Manuel. *CP I*, Lima, 1996, p. 434-436; CASTILLO ALVA, José Luis. "Apuntes sobre la responsabilidad penal de las empresas y las personas jurídicas", p. A-55; MEINI MÉNDEZ, Iván. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, pp. 169-170; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Lecciones de la Parte General y el Código Penal*, San Marcos, Lima, 1997, pp. 124-126; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *CP comentado*, Lima, 2001, pp. 155, 275.

[1724] MAZUELOS COELLO, Julio. "DP económico y de la empresa: concepto, sistema y política criminal", en: AA.VV. *DP económico y de la empresa*, Lima, 1996, pp. 37 ss.

[1725] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *DP Económico*, p. 162; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "Las consecuencias penales de los hechos cometidos por entes colectivos: de la responsabilidad individual a la responsabilidad colectiva", en: *II Congreso Internacional de DP*, Lima, 1997, pp. 357-356; HURTADO

A este contexto se ha sumado el reciente debate vinculado al llamado «Caso Montesinos», a propósito de la participación de múltiples empresarios de televisión que pactaban con el ex asesor presidencial la línea informativa y de expresión de sus medios a favor del Gobierno de Fujimori, el destino de sus causas judiciales, entre otras pretensiones ilegales, y a cambio de elevadas sumas de dinero. Hechos de esta naturaleza han originado diversas posturas en torno a la posibilidad de aplicar las llamadas consecuencias accesorias previstas en el art. 105 del CP en orden a «sancionar» no sólo a las personas físicas que pudieron cometer cohecho, tráfico de influencias o peculado, sino además al propio medio de comunicación a través del cual por ejemplo se promovió ilícitamente la reelección de Fujimori para el periodo 2000-2005, omitiéndose cubrir las actividades proselitistas de los otros candidatos, negándose a emitir su publicidad -a pesar de habérsele ofrecido el pago respectivo por el servicio-, difamándolos de diversos modos, manipulando las encuestas de opinión o encubriendo las graves denuncias contra el Gobierno de Fujimori por corrupción y violaciones de Derechos Humanos.

El CP peruano de 1991, acogiendo el modelo previsto en la Propuesta de Anteproyecto de CP español de 1983, establece en el art. 105, incardinado en el Capítulo II («Consecuencias accesorias») del Título VI («De la Reparación civil y consecuencias accesorias») de la Parte General, la posibilidad de que el Juez imponga una o varias medidas a la persona jurídica si el «hecho punible» se cometió en ejercicio de su actividad, o cuando su organización permitió favorecerlo o encubrirlo. Esta solución se expandió a la legislación complementaria[1726], como se observa en el art. 10 de la Ley Nº 26461 de 8 de junio de 1995, Ley de delitos aduaneros, previsto en el Capítulo V («Consecuencias accesorias») del Título I («De los delitos aduaneros»)[1727], o en el art. 17 del

---

POZO, José. "Personas jurídicas y responsabilidad penal", en: *ADP*, 1996, pp. 155-158.

[1726] HURTADO POZO, José. "Personas jurídicas y responsabilidad penal", pp. 152-154.

[1727] «Artículo 10.- Si para la ejecución del hecho punible se utilizó la organi-

D.Leg. Nº 813 de 24 de abril de 1996, Ley de delitos tributarios, ubicado en el Título IV que regula las «Consecuencias accesorias»[1728]. Más recientemente, el Decreto Legislativo N° 1106 (Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado) incorpora también consecuencias accesorias del delito en el ámbito de los delitos de lavado de activos[1729].

---

zación de una persona Jurídica o negocio unipersonal, con conocimiento de sus titulares, el Juez deberá aplicar, según la gravedad de los hechos conjunta o alternativamente Las medidas siguientes:

a.- Clausura temporal o definitiva de sus locales o establecimientos.

b.- Disolución de la persona jurídica.

c.- Cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales de que disfruten.

d.- Prohibición temporal o definitiva a la persona jurídica para realizar actividades de la naturaleza de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

Simultáneamente, con la medida dispuesta, el Juez ordenará a la autoridad competente la intervención de la persona jurídica para los fines legales correspondientes, con el objeto de salvaguardar los derechos de los trabajadores y acreedores».

[1728] «Artículo 17.- Si en la ejecución del delito tributario se hubiera utilizado la organización de una persona jurídica o negocio unipersonal, con conocimiento de sus titulares, el Juez podrá aplicar, conjunta o alternativamente según la gravedad de los hechos, las siguientes medidas:

a) Cierre temporal o clausura definitiva del establecimiento, oficina o local en donde desarrolle sus actividades.

El cierre temporal no será menor de dos ni mayor de cinco años.

b) Cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas.

c) Disolución de la persona jurídica».

[1729] Decreto Legislativo N° 1106:

"Artículo 8º.- Consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas.

Si los delitos contemplados en los artículos 1º, 2º y 3º del presente Decreto Legislativo fueren cometidos en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización o servicios, para favorecerlos o encubrirlos, el juez deberá aplicar, según la gravedad y naturaleza de los

La exposición de motivos del CP no precisó los fundamentos de esta regulación[1730], mientras que la del D. Leg. Nº 813 se limitó a calificarlas como «medidas administrativas»[1731]. Sin embargo, debe entenderse que con ello el legislador peruano ha zanjado definitivamente la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuando

---

hechos o la relevancia de la intervención en el hecho punible, las siguientes consecuencias accesorias de manera alternativa o conjunta:

1. Multa con un valor no menor de cincuenta ni mayor de trescientas Unidades Impositivas Tributarias.
2. Clausura definitiva de locales o establecimientos.
3. Suspensión de actividades por un plazo no mayor de tres años.
4. Prohibición de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
5. Cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales. 6. Disolución de la persona jurídica.

Simultáneamente a la medida impuesta, el juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores, hasta por un periodo de dos años. El cambio de la razón social o denominación de la persona jurídica o su reorganización societaria, no impide la aplicación de estas medidas".

[1730] La Exposición de Motivos del CP señala que tan sólo « Resaltan, por su importancia y novedad, las distintas medidas aplicables a las personas jurídicas cuando el delito fuera perpetrado por personas naturales que actúen en ejercicio de las actividades sociales o utilizando la organización para favorecer u ocultar las infracciones penales. Entre las medidas enumeradas en el proyecto destacamos las siguientes: clausura de la empresa, disolución de la sociedad, asociación o fundación, y suspensión o prohibición de actividades (artículo 105º)»

[1731] El ítem 7 de la Exposición de Motivos del D. Leg. Nº 813 precisa:

«DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS.-

En la ejecución de los delitos de Defraudación Tributaria se utiliza generalmente la organización de personas jurídicas, quienes se benefician ilícitamente. En este sentido, es necesario que la ciudadanía constate, que las sentencias emitidas por el Órgano Jurisdiccional, contengan medidas administrativas contra las personas jurídicas que se benefician con la comisión del delito».

menos en lo formal, a favor del *societas delinquere non potest*, dado que las «consecuencias accesorias» no forman parte de catálogo de penas (art. 28 del CP) ni de medidas de seguridad (art. 71 del CP)[1732]. En todo caso, la interpretación de la cláusula del art. 105 del CP peruano no ha sido pacífica en la doctrina nacional, a lo que debe sumarse la no aplicación del precepto en la jurisprudencia a pesar de sus once años de vigencia, tanto quizás por desconocerse sus alcances o por entenderse que se trata de medidas graves (clausura de locales, disolución, etc.) de excepcional imposición.

Ahora bien, el principal aspecto a dilucidar en torno al art. 105 se cifra en establecer, como sucede a raíz de la interpretación del art. 129 del CP español de 1995[1733], si estamos ante «consecuencias accesorias de la pena» o «consecuencias accesorias del delito». En la primera dirección se ha pronunciado MEINI MÉNDEZ, para quien la imposición de medidas contra la persona jurídica implica *de lege lata* la existencia de un hecho antijurídico, culpable y merecedor de pena[1734], de manera tal que no podrán aplicarse ante cualquier causal de ausencia de culpabilidad o exclusión de pena, aunque admite, a fin de evitar lagunas, su aplicación cuando la pena no llegue a ejecutarse, por ejemplo en los casos de suspensión de la ejecución de la pena, más no en los supuestos de reserva del fallo condenatorio[1735].

Contra estas consideraciones y en orden a sostener la segunda postura antes enunciada, CASTILLO ALVA ha planteado la necesidad de interpretar el art. 105 con mayor amplitud, en el sentido de considerar que la exigencia de un «hecho punible» se satisface con la presencia de

---

[1732] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *CP comentado*, p. 275.

[1733] Vid. Supra 3.3. FERNÁNDEZ TERUELO, Javier. "Las consecuencias accesorias del artículo 129 CP", en: Quintero Olivares, Gonzalo/ Morales Prats, Fermín. *El nuevo DP español*, Pamplona, 2001, p. 275.

[1734] Similar, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *DP económico*, p. 158.

[1735] MEINI MÉNDEZ, Iván. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, pp. 198-199.

un acto típico y antijurídico o injusto penal, lo que refrenda un sector de la doctrina penal[1736] y, hasta cierto punto, la propia sistemática del Código Penal peruano[1737].

Desde el punto de vista sistemático, independientemente del caso aislado planteado por la antigua regulación del delito ambiental (art. 314 del CP texto original[1738]) en que se preveía la aplicación del art. 105 como medida cautelar[1739], la regulación no es uniforme. Existe una marcada semejanza entre el art. 105 del CP y el citado art. 10 de la Ley de Delitos Aduaneros («Si para la ejecución del hecho punible»), pues en ambos casos se vincula la medida a un «hecho punible». Sin embargo, el art. 3 de la Ley Nº 27270 contra actos de discriminación de 29 de mayo de 2000, prevé la posible aplicación de la medida de clausura temporal del art. 105 del CP en los casos del «delito tipificado en el artículo 323»[1740], exigencia de delito que parece apreciarse a su vez en el art. 17 de la Ley Penal Tributaria antes mencionada («Si en la ejecución del delito tributario»). Ni siquiera la propia expresión «hecho punible» puede interpretarse unitariamente dentro del CP, en algunos casos parece referirse con propiedad a un delito (acto típico, antijurídico, culpable y

---

[1736] FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", p. 286.

[1737] CASTILLO ALVA, José Luis. *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, pp. 282-284.

[1738] «Artículo 314.- El Juez Penal ordenará, como medida cautelar, la suspensión inmediata de la actividad contaminante, así como la clausura definitiva o temporal del establecimiento de que se trate de conformidad con el artículo 105º inciso 1, sin perjuicio de lo que pueda ordenar la autoridad en materia ambiental».

[1739] CARO CORIA, Dino Carlos. *La protección penal del ambiente*, Lima, 1995, pp. 355-357.

[1740] «Artículo 3.- El Juez podrá aplicar la clausura temporal a que se refiere el Artículo 105º del Código Penal, en los casos del delito tipificado en el Artículo 323, por el término que sumado a la sanción administrativa no exceda de 5 (cinco) años».

punible), mientras que en otros únicamente al injusto penal (acto típico y antijurídico)[1741].

Esta pluralidad de significados del «hecho punible» permite compatibilizar la interpretación del art. 105 con un mínimo de garantías para la persona jurídica y el objetivo de evitar lagunas de punibilidad en perjuicio de la prevención especial. De este modo, la delimitación del hecho punible como injusto personal resulta más satisfactoria en el contexto político criminal del art. 105. No parece del todo razonable que se haga depender la aplicación de las medidas accesorias de la culpabilidad del autor, especialmente en los casos de mayor gravedad, que son en los que conforme al principio de proporcionalidad podrá aplicarse estas medidas[1742], y más aún si en la vía administrativa no existe una medida equivalente susceptible de ser aplicada[1743].

Ahora bien, fuera del aspecto formal y de posibles «fraudes de etiquetas», no cabe duda que las «medidas accesorias» son verdaderas sanciones contra personas jurídicas pues implican una limitación coactiva de derechos[1744]. De allí deriva la necesidad de contar con criterios claros en torno a su imputación penal y procesal[1745], aspectos cuyo desarrollo en nuestro medio se encuentra aún en sus inicios[1746] y que en

---

[1741] Vid. los arts. 1, 6, 13, 15, 22, 23, 24, 25, 26, 39, 46, 46-A y 51 del CP, así como el rótulo del Título II de la PG.

[1742] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, p. 213.

[1743] FERNÁNDEZ TERUELO, Javier. "Las consecuencias accesorias del art. 129 CP", p. 276.

[1744] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *DP económico*, p. 158. Para HURTADO POZO, José. "Personas jurídicas y responsabilidad penal", p. 151, se trata de «sanciones impuestas a la persona jurídica de manera simulada».

[1745] FERNÁNDEZ TERUELO, Javier. "Las consecuencias accesorias del art. 129 CP", pp. 281-282.

[1746] Vid. sobre todo, MEINI MÉNDEZ, Iván. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, pp. 200 ss.; CASTILLO ALVA, José Luis. *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, pp. 285 ss.

definitiva están vinculados a la concepción de las «consecuencias accesorias» como penas, medidas de seguridad, consecuencias *sui generis* o, como aquí se defiende, medidas fundadas en la «peligrosidad objetiva de la cosa»[1747].

En esa línea de pensamiento, FEIJÓO SÁNCHEZ ha centrado el debate en torno a los criterios de imputación de las consecuencias accesorias sobre la base de la peligrosidad de la cosa, precisando una serie de aspectos que, descontando los ya abordados, merecen prestar atención[1748]. Por un lado debe quedar claro, en el terreno formal, que la no fundamentación de esa peligrosidad en necesidades de prevención general sino de prevención especial, hace innecesario el recurso a un estricto sistema de *numerus clausus*, como el acogido por el art. 129.1 del CP español de 1995, que señale en la parte especial los casos en lo que es posible imponer la medida accesoria. De ese modo, será suficiente una cláusula general como la del art. 105 del CP peruano ya que una fundamentación preventivo especial se orienta a una solución individual, la que además es compatible con la regulación facultativa («el Juez podrá»)[1749] que permite evaluar su imposición judicial, según se verá luego, en una prognosis de que la agrupación puede seguir siendo utilizada delictivamente.

[1747] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Op. Cit., p. 404; VILLA STEIN, Javier. Op. Cit., p. 504.

[1748] En lo que sigue, FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", pp. 278-291.

[1749] Ese carácter facultativo se mantiene en el art. 323 del CP y en el art. 17 del D. Leg. Nº 813. Por el contrario, el art. 10 de Ley Nº 26461 torna en obligatoria la medida («El Juez deberá aplicar»), al igual que el art. 241 pf. 2 que prevé en los delitos de fraude en remates, concursos o licitaciones públicas que «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».

De otra parte, es necesario delimitar el núcleo de autores cuyos hechos pueden permitir la imputación jurídico-penal a las personas jurídicas, observándose que la tendencia en la doctrina y en el Derecho comparado se ubica entre un modelo puramente formal que exige la actuación de órganos y/o representantes legales jurídicamente cualificados para actuar en nombre de la persona jurídica, y el modelo contrario que otorga relevancia a los actos de todo aquél que actúe en nombre de la empresa o a favor de ella. Esta última pareciera ser la opción asumida en el art. 105 del CP al referirse al hecho punible que «fuere cometido en el ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo»[1750]. Pero teniendo en cuenta la gravedad de las medidas accesorias y el principio de proporcionalidad, es posible plantear una restricción semejante a la del *Model Penal Code* de Estados Unidos, dejándose de lado las acciones de personas que carecen de poder de decisión[1751], bajo el entendido de que la gravedad de la consecuencia debe corresponder a hechos de especial relevancia cuya comisión sólo es posible en ejercicio de ese poder de decisión, lo que indudablemente permitirá incluir a quienes ejercen cargos intermedios así como a los encargados o jefes de una sección o unidad operativa con enormes capacidades decisorias[1752].

Tampoco es razonable que toda actuación de un representante u órgano de dirección determine consecuencias penales para el ente colectivo, por ello debe delimitarse el hecho de conexión que fundamenta la intervención penal. Si se advierte la necesidad de una «específica relación normativa» entre el hecho y la actividad social, como acontece en

---

[1750] MEINI MEINI, Iván. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, p. 207.

[1751] MALAMUD GOTI, Jaime. *Política criminal de la empresa*, Buenos Aires, 1983, pp. 24-25, en relación a los mecanismos de división y delegación como instrumentos que favorecen la impunidad por «dificultades de detección y de localización de responsabilidades».

[1752] FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", p. 281.

el art. 105 del CP peruano cuando se refiere al «ejercicio de la actividad» o a la utilización de «su organización», debe elaborarse una «teoría de la imputación objetiva» propia de las personas jurídicas. En tal perspectiva, si se concibe que la peligrosidad objetiva que fundamenta la consecuencia accesoria se expresa, parafraseando a TIEDEMANN, en un defecto de organización[1753] que facilita la comisión de hechos antijurídicos, entonces dicha consecuencia sólo tiene sentido en los casos en que él hecho punible de la persona natural se debe a un defecto de organización o a una gestión criminógena del ente colectivo que se mantiene o se puede repetir.

Así cobra relevancia el planteamiento de Günther HEINE, en el sentido de que «una empresa dedicada a la producción de nuevos riesgos, debería de ser considerada (...) como garante de control. El deber de evitar peligros y de controlar resultan del hecho que los riesgos propios de la explotación pueden ser únicamente controlados mediante una administración de los riesgos por parte de la empresa y no mediante las disposiciones de seguridad y de control estatales»[1754]. De esta manera, los criterios rectores para una responsabilidad -penal a juicio de HEINE- de la organización estarían dados por dos presupuestos: «como condición necesaria debe existir una administración deficiente del riesgo (*fehlerhafte Risikomanagement*); y como condición suficiente la materialización del peligro típico de la empresa»[1755].

Nada impide que los aportes de TIEDEMANN y HEINE puedan llevarse al terreno de la imputación de las medidas contra las personas jurídicas del art. 105 del CP. Si se ha llegado a estimar que son suficientes para fundamentar la imposición de verdaderas penas contra una agrupación, con mayor razón (argumento «*a fortiori*») permitirán justificar

---

[1753] TIEDEMANN, Klaus. *Temas de DP económico y ambiental*, pp. 222, 223, 224.

[1754] HEINE, Günter. "La responsabilidad penal de la empresa: evolución internacional y consecuencias nacionales", p. 42.

[1755] Ibid., p. 42.

medidas menos graves como las «consecuencias accesorias» (argumento «*ad maioris ad minus*»). De esta forma, debe entenderse que la medida accesoria depende de una prognosis de que la agrupación podrá seguir siendo utilizada delictivamente[1756], por defecto de organización o deficiente administración de riesgo. Si dicho pronóstico se desvanece debe cesar entonces la medida[1757]. Esa prognosis no surge por el simple hecho de que la persona física actuó en beneficio o en interés de la persona jurídica, siendo en tales supuestos suficiente el recurso al comiso del art. 104 del CP[1758].

Ahora bien, la gravedad de las medidas que recoge el art. 105 del CP (clausura de locales o establecimientos, disolución, suspensión de actividades y prohibición de actividades)[1759] puede motivar diversas valoraciones. Por un lado la presencia de consecuencias de tal entidad enerva su aplicación generalizada, debiendo recurrirse a ellas en casos excepcionales, de especial gravedad y siempre como una medida subsidiaria o secundaria[1760]. De otra parte, *de lege ferenda* es necesario ampliar el catálogo de medidas a fin de prever otras menos lesivas y que pueden desplegar iguales o mayores efectos preventivo especiales, como la amonestación, la obligación de publicar la sentencia que declara la responsabilidad accesoria, el comiso de los instrumentos que sirvieron para cometer el delito y de los beneficios obtenidos, multa de acuerdo al beneficio obtenido o el daño creado por la actividad delictiva, pér-

---

[1756] Con toda claridad, el art. 129.3 del CP español precisa que «Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma».

[1757] Cercano, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *DP económico. PE*, Lima, 2000, p. 489.

[1758] FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", pp. 283-285.

[1759] CASTILLO ALVA, José Luis. *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, pp. 310 ss.

[1760] FERNÁNDEZ TERUELO, Javier. "Las consecuencias accesorias del art. 129 CP", p. 277.

dida de beneficios fiscales y subvenciones, prohibición por un periodo de participar en las contrataciones públicas, vigilancia judicial por un periodo determinado de las actividades en cuyo ejercicio se cometió el hecho punible, intervención judicial por un periodo a fin de cautelar los derechos de los trabajadores o de los acreedores, entre otras.

Queda también por resolver el tratamiento de las causas que extinguen la imposición y ejecución de estas medidas, como la prescripción, vacío frente al cual se ha propuesto aplicar por analogía *in bonam parte* la regulación de las medidas de seguridad[1761] que se fundamentan en la llamada «peligrosidad subjetiva», pero esto es aún insuficiente de cara al principio de legalidad.

[1761] FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", p. 288.

CAPÍTULO XVI
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (III). PERSPECTIVA DE *LEGE FERENDA*

I. INTRODUCCIÓN

En el Perú rige el aforismo latino *societas delinquere non potest*. El CP aunque no es indiferente respecto a la realización de delitos a partir de una persona jurídica e introdujo las denominadas *consecuencias accesorias del delito* (artículo 105° CP)[1762], mantuvo las estructuras propias de un sistema de imputación basado en la persona física[1763].

No obstante, una serie de circunstancias[1764] permiten vaticinar la proximidad de un cambio de orientación político criminal en favor de

---

[1762] REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Parte Especial*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pp. 203 ss.

[1763] Sosteniendo también que la legislación penal peruana recusa la responsabilidad penal de las personas jurídicas: TIEDEMANN, Klaus. "Corporate criminal liability as a third track", en: Brodowski, Dominik/ Espinoza de los Monteros de la Parra, Manuel/ Tiedemann, Klaus/ Vogel, Joachim (Eds.). *Regulating corporate criminal liability,* Springer, 2014, p. 13; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2006, p. 268; BRAMONT ARIAS, Luis. *Derecho penal peruano (Visión histórica),* Ediciones UNIFE, Lima, 2004, p. 539; PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho penal. Parte General,* Grijley, Lima, 1999, p. 698; GARCÍA RADA, Domingo. *Sociedad anónima y Delito,* Lima, 1972, p. 9.

[1764] Se reconocen, en nuestra opinión, al menos cuatro circunstancias que van en dicho sentido: La tendencia a la importación de las leyes penales, el especial interés político criminal existente en torno a las figuras delictivas en las que la incorporación de fórmulas de responsabilidad penal de la persona jurídica es una herramienta habitual (blanqueo de capitales, delitos de

la introducción de un sistema de imputación a la propia persona jurídica. De hecho, existen una serie de propuestas legislativas destinadas a introducir fórmulas de responsabilidad penal directa de la persona jurídica (de aquí en adelante RPPJ). Nuestro objetivo es proponer una mirada inicial a dichas iniciativas, de cara a reconocer su conveniencia y posible capacidad de rendimiento a partir del análisis de algunas de sus cuestiones principales[1765].

Para la elaboración del presente trabajo se han tomado en consideración, además de los textos de los Proyectos de Ley N° 4054-2014/ PE (Proyecto de Ley que regula la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas en los delitos de corrupción, propuesto por iniciativa del Poder Ejecutivo, de aquí en adelante *Proyecto PE*); N° 3194-2013/ CR (Proyecto de Ley del nuevo CP, propuesto por el Congresista Juan Carlos Eguren, de aquí en adelante *Proyecto NCP*) y N° 2225-2012/ CR (Proyecto de ley de modificación del CP, propuesto por el Congresista José Antonio Urquizo Maggia, de aquí en adelante *Proyecto Urquizo*), el *Anteproyecto de ley que regula la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas en los delitos de corrupción* (en adelante *Anteproyecto CAN*, propuesto por la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, dependiente de la Presidencia del Consejo de Ministros), el Ante Proyecto de Ley de Reforma del CP del 2009 (en adelante *APCP 2009*), el Anteproyecto de CP del 2004 (en adelante *APCP 2004*) así como los textos

---

corrupción), la existencia de compromisos internacionales que tienen como presupuesto la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias psicotrópicas, la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y EEUU, la incorporación al Comité de Inversión y al Centro de Desarrollo del OCDE).

[1765] No es por tanto mi intención examinar las cuestiones asociadas a la capacidad de las estructuras del Derecho penal de soportar una pretendida punición de la persona jurídica. Nuestros objetivos, en esta oportunidad, resultan meramente descriptivos.

legales de nuestro entorno jurídico que han regulado la RPPJ (España, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Venezuela).

II. SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LAS PROPUESTAS LEGISLATIVAS.

1. Los delitos que activan la responsabilidad penal de la persona jurídica

Es común observar, tanto en la legislación comparada como en las propuestas legislativas nacionales, que existe un cierto predominio de las opciones que limitan la RPPJ a cierta clase de delitos seleccionados en función a intereses de orden político criminal. Veremos ahora como es que dicha tendencia se ha expresado en los proyectos legislativos nacionales.

a) El enfoque de la RPPJ en los delitos de corrupción de funcionarios

Tanto el *Proyecto PE* como el *Anteproyecto CAN* señalan (en sus respectivos artículos 1°) que la RPPJ estaría prevista para los delitos de corrupción de funcionarios públicos. No obstante, conviene reconocer ciertas diferencias en torno a los tipos penales que gatillan la RPPJ.

El *Anteproyecto CAN* establece que la RRPJ es aplicable a los delitos descritos en las Secciones II a IV del Capítulo II, Título XVIII, Libro Segundo del Código Penal. Esto supone, en buena cuenta, que el marco inicial de aplicación de la RPPJ propuesta por el *Anteproyecto CAN* serían los delitos comprendidos entre los artículos 382º al 401-Bº del CP[1766].

[1766] Concusión (art. 382° CP), Cobro indebido (art. 383° CP), Colusión desleal (art. 384° CP), patrocinio ilegal (art. 385° CP), cláusula de extensión de responsabilidad penal hacia los peritos, árbitros y contadores (art. 386° CP), peculado (art. 387° CP), peculado de uso (art. 388° CPP), malversación

Por su parte, el *Proyecto PE,* en términos más reducidos, establece que la RPPJ será de aplicación respecto a los delitos descritos en los artículos 384°, 387°, 397°, 397-A°, 398° y 400° CP. De este modo, el *Proyecto PE* comprende los delitos de colusión desleal (art. 384° CP), peculado (art. 387° CP), cohecho activo genérico (art. 397° CP), cohecho activo transnacional (art. 397-A° CP), cohecho activo específico (art. 398° CP) y tráfico de influencias (art. 400° CP)[1767].

Ahora, es de destacar, en este punto, la conveniencia de introducir la RPPJ en un contexto de especial interés para la Política Criminal del Estado como es la corrupción estatal. Esta conveniencia reposa en sus posibles efectos preventivos sustentados, a su vez, en un par de datos de evidente trascendencia criminógena: (i) Los actos de corrupción de mayor significación y lesividad social benefician a las personas jurídicas; y, (ii) el patrimonio utilizado para la realización de actos de corrupción proviene de las personas jurídicas.

Ahora, además de los efectos preventivos que podrían alcanzarse a través de la incorporación de una RPPJ cabe agregar los efectos simbólicos que podrían derivarse del *Proyecto PE* y el *Anteproyecto CAN*. Es

---

de fondos (art. 389° CP), retardo injustificado de fondos (art. 390° CP), rehusamiento de entrega de bienes (art. 391° CP), cláusula de extensión del tipo penal (art. 392° CP), cohecho –en sus diversas modalidades- (art. 393° a 398-B° CP), aprovechamiento indebido de cargo (art. 399° CP), tráfico de influencias (art. 400° CP), enriquecimiento ilícito (art. 401° CP), cláusula de decomiso e incautación de bienes ilícitos (art. 401-A y 401-B CP). Nótese aquí la deficiencia técnica legislativa en la propuesta de establecer RPPJ respecto a dispositivos que no describen tipos penales sino que desarrollan cláusulas de equivalencia o formulan cuestiones de orden procesal.

[1767] El *Proyecto PE* no explica las razones por las cuales se opta por incorporar la RPPJ sólo cuando la iniciativa corruptora proviene del particular y no cuando aquella surge por iniciativa del funcionario público. La lógica –carente de sustentación criminológica- que subyace al *Proyecto PE* parece ser aquella que reconoce que, en los casos en los que la persona jurídica es receptora de la propuesta corrupta, la persona jurídica sería una auténtica víctima.

innegable que las sanciones penales tienen efectos simbólicos trascendentes que, en este caso, pueden servir para reforzar la percepción social que abone a favor de la legitimación de las políticas públicas destinadas a enfrentar la corrupción pública.

Por estas razones no es de extrañar que ciertos referentes de la legislación comparada que han optado por una aplicación restrictiva de la RPPJ hayan comprendido la corrupción pública como uno de los sectores a ser comprendidos en la misma. En ese sentido, puede citarse la Ley Nº 20.393 (Chile) que "establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado, financiamiento del terrorismo y *delitos de cohecho*" y la Ley Nº 1474 (Colombia) que autoriza la RPPJ en el caso de delitos contra la Administración Pública.

b) La insuficiencia de una RPPJ limitada a los delitos de corrupción

Ahora, aunque es cierto que la legislación comparada en nuestro entorno jurídico ha optado por abordar la RPPJ de modo parcial, esto es, sólo para ciertos delitos, es de reconocer que los ámbitos de aplicación de dicha responsabilidad penal suele ser más extensa que la propuesta en el *Proyecto PE* y el *Anteproyecto CAN*.

Así, la Ley chilena Nº 20.393, como se acotó anteriormente, comprende además los delitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo. De modo similar, la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo (Venezuela) establece la sanción penal directa de la persona jurídica en los casos de "hechos punibles relacionados con la delincuencia organizada y financiamiento del terrorismo". Finalmente, podemos mencionar la Ley Nº 9,605 (Brasil) que regula la RPPJ exclusivamente para los supuestos de criminalidad medioambiental.

Ante este escenario, puede plantearse la interrogante respecto a la conveniencia de ampliar la RPPJ que proponen el *Proyecto PE* y el *Anteproyecto CAN* a otras tipologías delictivas (delitos ambientales, blanqueo de capitales, delitos tributarios, etc.).

La respuesta a esta interrogante debe tener presente que, como el Acuerdo Plenario Nº 7-2009 sobre "Persona Jurídica y Consecuencias Jurídicas" ha reconocido, las deficiencias aplicativas en torno a las consecuencias jurídicas aplicables a la persona jurídica previstas en el CP (artículo 105º CP) las que estarían relacionadas, entre otros factores, a "la carencia de normas procesales en el ACPP (antiguo Código de procedimientos penales)".

Cualquier pretensión de introducir la RPPJ en el ordenamiento penal material debe reconocer este dato procesal que reconoce la incapacidad del viejo ordenamiento procesal para instrumentalizar la aplicación de consecuencias jurídicas sobre las personas jurídicas[1768].

Precisamente esta circunstancia –escasa capacidad de rendimiento del ACPP en torno a la aplicación de consecuencias jurídicas sobre las personas jurídicas- es la que abona a favor de la opción propuesta en el *Proyecto PE* y el *Anteproyecto CAN* de introducir la RPPJ sólo en relación a la única tipología delictiva en la que se aplica, de modo general, el Código Procesal Penal (en adelante CPP).

En efecto, por imperio de la Ley Nº 29574, modificada por la Ley Nº 29648, se dispuso la vigencia anticipada generalizada del CPP para los delitos de corrupción de funcionarios previstos entre los artículos 382º al 401º del CP. Esta restricción del ámbito de aplicación de la RPPJ propuesta por el *Proyecto PE* y el *Anteproyecto CAN*, permite así la utilización de una herramienta legislativa procesal más acorde con los estándares de respeto a los derechos procesales de las personas.

Todo esto lleva, en el caso concreto de las personas jurídicas, no solo a que se reduzcan los riesgos de prosecuciones penales indebidas que afecten la reputación empresarial y la funcionalidad de las personas jurídicas, sino a que se pueda recurrir a mecanismos probatorios que hagan más viables las pretensiones preventivas que el *Anteproyecto CAN* busca alcanzar.

[1768] Es precisamente por esa razón que el mencionado Acuerdo Plenario Nº 7-2009 propone recurrentemente la aplicación del CPP de 2004.

c) Opciones de incorporación general de la RPPJ

Distinta es lo opción planteada por el *Proyecto NCP* (artículos 35° a 37°) que, al no establecer limitaciones, reconoce la posibilidad de aplicar la RPPJ para la generalidad de delitos. Similar planteos se observa en el *Proyecto Urquizo* que, aunque en su exposición de motivos hace expresa mención a la incidencia de la actividad de empresa en la comisión de ciertas conductas delictivas –delitos ambientales, delitos contra los consumidores, delitos contra el mercado de valores, delitos contra el orden financiero y bancario, delitos de corrupción, crimen organizado-, no formula distinciones en torno a los delitos que habilitan la punibilidad de la empresa.

2. Exclusión de las personas jurídicas de derecho público

La mayoría de legislaciones penales han introducido una norma de exclusión de la RPPJ respecto del Estado y sus entes. En esa línea, puede citarse el artículo 31º de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo (Venezuela) que señala que la RPPJ alcanza a las personas jurídicas "**con exclusión del Estado y sus empresas**". En la misma línea se ubica el artículo 31 bisº del CP español que señala en su apartado 5: "Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables **al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, a las Agencias y Entidades Públicas empresariales** (…)".

De allí es que el *Proyecto NCP* haya incluido –artículo 37°- una norma expresa de inaplicabilidad de la RPPJ en el caso del Estado, sus dependencias o sus organismos reguladores. En la misma línea –aunque con una redacción más lacónica y confusa- el *Proyecto Urquizo* señala que la RPPJ aplica "a excepción del Estado" lo que no comprende a las personas jurídicas "que con relación al Estado, intervienen en calidad de delegación, tercerización, asociación u otra forma similar"[1769].

[1769] Redacción del artículo 27° del CP propuesta por el *Proyecto Urquizo.*

El *Proyecto PE* señala en su artículo 1° que la RPPJ aplica a "las empresas del Estado o las sociedades de economía mixta". Con ello sigue la regulación de la Ley chilena Nº 20.393 que precisa que la RPPJ regulada por dicha Ley "serán aplicables a las personas jurídica de derecho privado y **a las empresas del Estado**", sin embargo, dicha fórmula regulatoria, como hemos indicado, es escasamente aceptada.

III. ELEMENTOS QUE FUNDAMENTAN LA RPPJ.

Por las consideraciones antes indicadas –riesgo de efectos nocivos sobre las personas jurídicas como consecuencia de prosecuciones penales indebidas- resulta conveniente que toda propuesta de RPPJ articule un sistema de atribución de responsabilidad penal definido y preciso.

En ese contexto, tanto el *Proyecto PE,* como el *Proyecto NCP* y el *Anteproyecto CAN* identifican dos criterios de fundamentación de la RPPJ: (i) la derivada del acto del representante; y, (ii) la derivada del defecto de organización empresarial. El *Proyecto Urquizo*, por su parte, solo reconoce la RPPJ derivada del acto del representante.

La RPPJ derivada del acto del representante se encuentra contenida en el artículo 2°, numerales 1° y 2°, del *Proyecto PE*[1770], en el literal a) del primer párrafo del artículo 35° del *Proyecto NCP*[1771], en el primer

---

[1770] "Artículo 2°.- Atribución de responsabilidad.

Las entidades reguladas por la presente ley son responsables por los delitos señalados en el artículo 1, cometidos en su nombre, por cuenta de ellas, y en su beneficio directo o indirecto, por:

1. Sus administradores de hecho y de derecho, representantes legales, contractuales u órganos colegiados, siempre que actúen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo.
2. Las personas naturales que prestan servicio a la entidad y que, estando sometidas a la autoridad y control de los gestores y órganos mencionados en el numeral anterior, actúan por orden y autorización de estos últimos. (…)."

[1771] "Artículo 35°.- Responsabilidad penal de personas jurídicas.

1. Las personas jurídicas son penalmente responsables:

párrafo del artículo 1º del *Anteproyecto CAN*[1772] y en la propuesta de nueva redacción del artículo 27° del CP contenida en el *Proyecto Urquizo*[1773].

La RPPJ derivada del defecto de organización empresarial se encuentra reconocida en el artículo 2°, numerales 3° y 4°, del *Proyecto PE*[1774], en el literal b) del primer párrafo del artículo 35° del *Proyecto NCP*[1775] y en el párrafo segundo del artículo 1º del *Anteproyecto*

---

a) De los delitos que, en su nombre, o por cuenta de ellas, y en su provecho, cometan sus administradores de hecho y de derecho".

[1772] Que establece la RPPJ en caso de delitos "cometidos en su nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho o interés, *por sus representantes legales, contractuales, órganos colegiados y sus administradores de hecho o derecho, en el ejercicio de las funciones propias de su cargo o utilizando bienes o medios de la persona jurídica*".

[1773] "Artículo 27° CP (*Proyecto Urquizo*): Las personas jurídicas, a excepción del Estado, serán penalmente responsables conforme a las reglas de este capítulo, *de los delitos cometidos por su cuenta, por sus órganos, representantes o por cualquier integrante o persona por delegación de estos* (…)".

[1774] "Artículo 2°.- Atribución de responsabilidad.

Las entidades reguladas por la presente ley son responsables por los delitos señalados en el artículo 1, cometidos en su nombre, por cuenta de ellas, y en su beneficio directo o indirecto, por: (…)

3. Las personas naturales señaladas en el numeral precedente, cuando no se ejerza el debido control y vigilancia, en atención a la situación concreta del caso.

4. Las personas naturales que prestan servicios a la entidad, distintas a las mencionadas en los numerales 2 y 3 del presente artículo, cuando el hecho es ordenado o solicitado por los administradores de hecho o derecho, representantes legales, contractuales y órganos colegiados, en el ejercicio de las funciones propias de su cargo o cuando estos no ejerzan el debido control y vigilancia para el cumplimiento del encargo que cabe exigir según el modelo de prevención y en atención a la situación concreta del caso."

[1775] "Artículo 35°.- Responsabilidad penal de personas jurídicas.

1. Las personas jurídicas son penalmente responsables:

CAN[1776]. En este último caso –RPPJ derivada del defecto de organización empresarial- se aprecia que ni el *Proyecto NCP* ni el *Anteproyecto CAN* proponen criterios que permitan reconocer la infracción de los deberes de debido control que fundan la RPPJ. Con mejor técnica, pero manteniendo el grado de indeterminación, introduce las variables propias de la "situación concreta del caso". En ese propósito, resultan referenciales las pautas previstas en el artículo 4º de la Ley chilena Nº 20.393.

IV. ELEMENTOS QUE EXCLUYEN O ATENÚAN LA RPPJ. EL *COMPLIANCE* PENAL

Un aspecto trascendente en el análisis de las propuestas de *lege ferenda* está relacionado a la inclusión de cláusulas que –a modo de causas de exclusión o atenuación- impacten en la determinación de la RPPJ. En ese contexto, conviene recordar el impacto que la implementación de *programas de cumplimiento* o *compliance programs* viene teniendo en aquellas legislaciones que han introducido la RPPJ[1777].

---

b) De los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de ellas, por quienes estando sometidos a la autoridad y control de las personas mencionadas en el párrafo anterior, *han actuado por no haberse ejercido sobre ellos* ***el debido control*** *considerando las concretas circunstancias del caso* (…)".

[1776] Que establece que las "personas jurídicas serán también penalmente responsables *de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de sus gestores y órganos*, ***han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas situaciones del caso***".

[1777] Este tipo de cláusulas se observan en el CP suizo (artículo 102.2° introducido por Ley de 13 de diciembre de 2002) en la que se hace referencia a la omisión de "medidas organizativas", la legislación penal italiana (Decreto Legislativo 231) que alude a los "criterios de organización del ente", e incluso en la japonesa; al respecto: BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho penal*, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 102; SIEBER, Ulrich. "Programas de *compliance* en el Derecho penal de la empresa. Una nueva concepción

El *Proyecto PE* es la única propuesta legislativa que reconoce valor eximente a la implementación de programas de prevención de criminalidad. En ese sentido, la parte final del artículo 2° del mencionado Proyecto señala que "Las entidades no son responsables cuando, con anterioridad a la comisión del delito, hubieran adoptado e implementado un modelo de prevención, conforme a lo establecido en el artículo 11°". Esta cláusula de repite en el artículo 11.1° del *Proyecto PE* ("Una entidad no es responsable si hubiere adoptado e implementado voluntariamente en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención, en atención a su naturaleza, riesgos, necesidades y características".

Nótese que este proyecto no solo alude a los efectos eximentes de los programas de cumplimiento normativo[1778], sino que hace referencia a los elementos de debe reunir un programa de cumplimiento *efectivo.* En ese contexto, se exige que el modelo de cumplimiento normativo cuente con **(i)** Un responsable a cargo de la prevención de la criminalidad en la empresa (*compliance officer*) que debe (a) ser designado por el órgano de dirección de la empresa, (b) que cuente con personal, medios y facultades para cumplir su función, (c) que sea autónomo respecto a los accionistas, órganos de dirección y de administración (con excepción de las pequeñas o medianas empresas en los que dicha función puede ser ejercida por los órganos de dirección); **(ii)** medidas preventivas de la criminalidad que tengan por objeto (a) identifique los riesgos de criminalidad, (b) recono-

---

para controlar la criminalidad económica", traducción de Manuel Abanto, en: Arroyo Zapatero, Luis & Nieto Martín, Adán (directores). *El Derecho penal en la era compliance*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 64. Examina dicha exigencia en relación al caso chileno: MATUS ACUÑA, Jean. "Presente y futuro de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados", en: El mismo. *Derecho penal, criminología y política criminal en el cambio de siglo,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, pp. 308 ss.

[1778] Que según el propio *Proyecto PE* pueden ser eficacia parcial en caso de acreditación parcial de la implementación del sistema de prevención de criminalidad intraempresarial.

cer los procesos que permitirán a los empleados de la empresa prevenir dichos riesgos, (c) introduzca mecanismos de supervisión de los recursos económicos que podrían ser utilizados en la comisión de delitos, e (d) introducción de mecanismos de favorecimiento de la sanción de los comportamientos que supongan la infracción de las normas de prevención a través de la denuncia, la protección del denunciante y la sanción efectiva del infractor (*whistleblowind);* y, **(iii)** medidas de supervisión de difusión del modelo de prevención de criminalidad intraempresarial.

Estas condiciones de calificación de un *programa de cumplimiento efectivo* son aún tan difusas que el propio *Proyecto PE* deriva a un *Reglamento* el desarrollo y precisión de "los elementos y requisitos necesarios para la implementación de un modelo de prevención" y propone (no como condición para la invocación de la eximente) la certificación de la implementación del sistema de prevención de la criminalidad a través de terceros acreditados en el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Estas circunstancias –reenvío normativo y certificación a través de terceros acreditados por INDECOPI- dan cuenta, por un lado, del desconocimiento del legislador penal del modo en que funcionan los sistemas de prevención de la criminalidad[1779] y, por otro lado, del carácter casuístico del cumplimiento normativo.

La fórmula planteada por el *Proyecto PE*–introducción expresa de la *implementación efectiva de programas de cumplimiento* como circunstancia eximente- permite superar las discusiones planteadas en aquellas legislaciones –como la española, antes de la reforma del CP operada mediante Ley Orgánica 01/2015 del 30 de marzo a entrar en rigor el 01 de julio de 2015[1780]- en las que se no hacía una declaración expresa de los efectos del *compliance* en la RPPJ.

[1779] El hecho de atribuir competencia en la acreditación de las empresas certificadoras al INDECOPI, cuya función natural está asociada a la protección del consumidor y de la propiedad intelectual.

[1780] En efecto, en la medida que el texto legal español establece efectos de atenuación de RPPJ a los casos de implementación de *compliance programs* con

En el *Proyecto NCP* se aprecia la incorporación de una cláusula similar a la comprendida en el artículo 31bis del CP español en virtud de la cual se incorpora como circunstancia atenuante la *implementación espontánea de "medidas espontáneas de control que le permitan evitar en el futuro la comisión de nuevos delitos en el ejercicio de su actividad"* (artículo 75°). El texto del *Proyecto NCP* deja sin explicación qué tipo de medidas de control habilitan la atenuación de responsabilidad en la persona jurídica y si la imposición de dichas medidas de forma previa a la realización del hecho delictivo determina la exclusión de responsabilidad.

V. AUTONOMÍA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL Y LA CORPORATIVA.

La RPPJ no excluye la responsabilidad penal de las personas naturales que han intervenido en el hecho punible. Esta regla, común en la legislación comparada, se encuentra reconocida en las diversas propuestas legislativas peruanas de RPPJ.

El *Proyecto PE* señala (artículo 3°) que "La responsabilidad de las entidades reguladas por la presente ley es autónoma respecto a la responsabilidad penal de las personas naturales".

Con mejor redacción, el *Proyecto NCP* señala que "La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la individualización, juzgamiento y eventual condena de la persona física responsable del delito. Las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no repercuten en la responsabilidad penal de las personas jurídicas (…". Es notoria en este aspecto la influencia de la legislación penal

---

posterioridad a la comisión del delito, se discutía si era posible proponer efectos eximentes de RPPJ en aquellos casos en los que los programas de cumplimiento normativo fueron implementados antes de la comisión del delito. Las modificaciones más significativas al CP español de 1995 pueden observarse en: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Código penal. Edición actualizada al 01 de julio de 2015,* Editorial Técnica Avicam, Granada, 2015.

española[1781] que tiene el mérito de introducir mayores variables que facilitarán la labor de aplicación forense de la norma.

VI. EL REGISTRO DE PERSONAS JURÍDICAS PENALMENTE RESPONSABLES.

Tanto el *Proyecto PE* como el *Anteproyecto CAN* proponen la creación de un Registro de Personas Jurídicas responsables. En este Registro, de carácter público, se deben inscribir las medidas impuestas a las personas jurídicas encontradas penalmente responsables.

El *Proyecto PE* dispone que cumplida la medida, corresponde la exclusión de la persona jurídica del registro. Con esto se superan las objeciones que se formulaban al *Anteproyecto CAN* que no preveía límites temporales a la permanencia de una persona jurídica penalmente responsable en el registro.

Ahora, es de observar que aunque la inscripción en el Registro no constituye *strictu sensu* una de las penas previstas para la persona jurí-

---

[1781] Artículo 31-Bº del CP español:

"2. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible** siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, **aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella**. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. **La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas j**urídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente".

dica, tiene innegables efectos de prevención intimidatoria asociados a los efectos reputacionales –y su impacto financiero- generados sobre la persona jurídica.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN: SOBRE LOS RETOS DE LA INTRODUCCIÓN DE LA RPPJ

Aunque los planteos formulados en este breve trabajo constituyen tan solo una visión inicial respecto a los devaneos por introducir la RPPJ en la legislación penal peruana, han servido para reconocer lo que considero el reto principal de cualquier legislación que pretenda introducir cláusulas de RPPJ.

Los criterios fundamentadores de la RPPJ en los proyectos nacionales más recientes (el *Proyecto PE* y el *Proyecto NCP)* tienen, como sostiene CARO CORIA, más de *management* que de dogmática jurídico penal[1782]. Si los *programas de cumplimiento* -cuya implementación efectiva tiene reconocidos efectos eximentes- constituyen una especie de *escudos protectores de la RPPJ*[1783] y, debido a ello, resultará que la defensa legal por antonomasia de una empresa imputada será la de sostener que implementó un programa de cumplimiento y que este además fue eficaz, surge la interrogante natural ¿Están preparados los Jueces y Fiscales nacionales, que se dedican mayoritariamente a resolver casos propios del Derecho penal convencional, para enfrentar este tipo de casos? ¿Están preparados los Jueces o Fiscales Para hacer frente a categorías que guardan relación con la organización y gestión de los negocios?

[1782] Conferencias pronunciadas por el Profesor Dino Carlos Caro Coria el 26 y 27 de mayo de 2015 en las Universidades de Granada y Sevilla (España), respectivamente.

[1783] En tono crítico: SCHÜNEMANN, Bernd. "La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea", traducción de Mariana Sacher, en: Bajo Fernández, Miguel (director). *Constitución Europea y Derecho Penal Económico*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 154.

Aunque puede sostener que este cuestionamiento se supera a través de la creación de una jurisdicción especializada, la realidad forense –que permite reconocer una serie de subsistemas "especializados" (fiscalías y juzgados anticorrupción, fiscalías especializadas en lavado de activos y pérdida de dominio, fiscalías contra el crimen organizado, etc.)- no permite ser demasiado optimista sobre su capacidad de rendimiento. Basta con recordar cómo el Acuerdo Plenario Nº 7-2009 sobre "Persona Jurídica y Consecuencias Jurídicas" reconoce como causa de la inaplicación de las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica a la incapacidad de los órganos de administración de justicia penal de imponerlas a falta de un mecanismo procesal expresamente previsto para la persona jurídica. Esos mismos Tribunales y Fiscalías que no fueron eficientes en la aplicación de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas difícilmente podrán ser capaces de enfrentarse a la RPPJ.

CAPÍTULO XVII
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (IV). *CRIMINAL COMPLIANCE* (ENFOQUE GENERAL)

I. INTRODUCCIÓN A LA IDEA DEL *BUEN GOBIERNO CORPORATIVO.*

Las empresas y corporaciones constituyen objetos de preocupación central para el Derecho penal, lo que se encuentra relacionado fundamentalmente a su condición de centros de generación de *riesgos*. En una *sociedad de riesgos* como en la que vivimos, gran parte de los mismos provienen de la actividad empresarial: Los riesgos al medio ambiente, derivados de la actividad industrial contaminante o los riesgos a la vida o la integridad personal, derivados de la fabricación de productos nocivos, resultan buen ejemplo de lo que se indica

Estos *riesgos empresariales* pueden manifestarse tanto en las *relaciones internas* (por ejemplo, las existentes entre los *accionistas* y *gerentes* en cuyo contexto surge el riesgo de negligencia o fraude en el manejo del patrimonio de la empresa) como en las *relaciones externas* (es decir, las relaciones entre la corporación y la sociedad del cual derivan una serie de riesgos sobre medio ambiente, la salud, el sistema financiero, etc.). Los principios de *buen gobierno corporativo* constituyen una herramienta de control social con eficacia a ambos niveles.

En el Perú, desde el año 2002, una serie de instituciones públicas como la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, la Bolsa de Valores de Lima, la Superintendencia de Banca y Seguros, el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado, etc., vienen imponiendo los denominado "Principios de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas" elaborados so-

bre la base de los "Principios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico" (OCDE) aprobados en 1999. De ese modo se introdujo el paradigma de la cultura empresarial de *cumplimiento de la ley* en nuestras sociedades mercantiles. Hoy en día, la incorporación de los *principios de buen gobierno corporativo* es observada en empresas de los más variados giros: Mineras, Bancos y Financieras, Servicio Públicos, etc.

La idea de *buen gobierno corporativo* reconoce la escasa capacidad de rendimiento de los controles estatales directos sobre las empresas, frente a lo cual propone un esquema que va más allá de las meras declaraciones éticas: Se propugna la *autorregulación* de la empresa a través de la adopción de normas de organización que sirvan de complemento a la función normativa del Estado desarrollada fundamentalmente a través del derecho administrativo sancionador. El *buen gobierno corporativo* constituye así una expresión concreta del *control social* que tiene influencia decisiva en el Derecho penal que es, justamente, el último de los controles sociales.

En efecto, nótese como algunas expresiones concretas de la idea de *buen gobierno corporativo* cobran relevancia en el ámbito de la responsabilidad penal.

Así, el sistema de organización empresarial acorde a los principios de *buen gobierno corporativo* debe propender a la mejora de los sistemas de información tanto en relación a la circulación interna de la información como a la circulación externa de la misma. Por un lado, a través de la mejora de la circulación interna de la información es posible reducir uno de los factores que abonan a favor del *corporate crime,* la compartimentación de la información y el *willful brindness* (ignorancia deliberada) que impiden la imputación penal *hacia arriba*. Por otro lado, la mejora de la circulación externa de la información impone deberes de información y documentación cuya relevancia jurídico penal se hace notoria en el caso de las operaciones financieras sospechosas.

Los principios de *buen gobierno corporativo* se trasladan a la organización y estructura de la empresa que debe ahora reflejar los objetivos pretendidos mediante la autorregulación. En efecto, la empresa debe incorporar en su estructura órganos que tengan por objetivo la efectividad de la organización empresarial. Dos buenos ejemplos los proporcionan, por un lado, las exigencias –impuestas por la Resolución de Gerencia General de CONASEV Nº 096-2003-EF/94.11, del 27 de noviembre de 2003, sustentada justamente en los *Principios de buen gobierno corporativo para las sociedades peruanas*- de incorporar dentro de la estructura empresarial *auditores internos* que aseguren el correcto manejo de la información financiera de las empresa y, por otro lado, las exigencias de incorporar a los denominados *oficiales de cumplimiento* que se encarguen de vigilar el cumplimiento del sistema para detectar operaciones sospechosas de lavado de activos y financiamiento del Terrorismo.

Pero no solo es que la noción de *buen gobierno corporativo* genere repercusiones de cara a la responsabilidad penal individual en el entorno empresarial, sino que es reconocido como criterio de atribución por aquél sector de la doctrina que propone una culpabilidad penal de la propia empresa basada en los defectos de organización de la persona jurídica. Este razonamiento bien podría aplicarse al caso de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas previstas en el artículo 105º del Código penal, de modo tal que la imposición de las mismas, basada en la *peligrosidad objetiva* de la persona jurídica, se encontrará justificada cuando la empresa no responda a los estándares organizacionales impuestos por los principios de *buen gobierno corporativo*.

Hecha esta breve introducción a la materia, desarrollaremos algunos conceptos trascendentes para entender el sentido y alcance del *compliance* y de su expresión penal el *criminal compliance*.

II. EL *COMPLIANCE* Y LOS *COMPLIANCE PROGRAMS*

1. Antecedentes

Los *compliance programs* son herramientas del denominado "*compliance*". Ambos conceptos deben su irrupción a los contenidos de las *Federal Sentencing Guidelines*[1784], circunstancia que constituye, además, un referente constante en los desarrollos de la legislación y la doctrina de nuestros países.

El *compliance* tiene antecedentes en la incorporación de la idea del *good corporate citizenship* (buen ciudadano corporativo)[1785] y que, conforme alude LAUFER, tendría su génesis normativa en la *Foreign Corrupt Practices Act* norteamericana de 1977[1786]. A fines de la década de los setenta, se plantearon en Norteamérica una serie de propuestas de reforma legislativa orientadas al *corporate governance***.** Un punto de

---

[1784] TIEDEMANN, Klaus. "El derecho comparado en el desarrollo del Derecho penal económico", en: Arroyo Zapatero, Luis & Nieto Martín, Adán (directores). *El Derecho penal en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 37; ENGELHART, Marc. "Corporate criminal liability from a comparative perspective", en: Brodowski, Dominik/ Espinoza de los Monteros de la Parra, Manuel/ Tiedemann, Klaus/ Vogel, Joachim (Eds.). *Regulating corporate criminal liability,* Springer, Heidelberg/ New York/ Dordrecht/ London, 2014, p. 64.

[1785] Expresión que a decir de GÓMEZ- JARA DÍEZ [GÓMEZ- JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa,* Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 252], tiene su origen en los planteos contenidos en el libro *Where the Law Ends: The Social Control of Corporate Behavior* de Christopher STONE en 1975.

[1786] LAUFER, William S. *Corporate bodies and guilty minds. The failure of corporate criminal liability,* The University of Chicago Press, Chicago, 2006, p. 30. Esta ley norteamericana, como refiere CARRIÓN ZENTENO, debe su origen al conocido caso de corrupción *Watergate* (así CARRIÓN ZENTENO, Andy. *Criminal compliance. De la Ley de EE.UU. de Prácticas Corruptas en el extranjero, el riesgo de las empresas de acción internacional y la trascendencia de los programas de cumplimiento,* Thomson Reuters, Lima, 2014, p. 21.

quiebre, sin embargo, lo constituyó el primer borrador de los "*Principles of corporate governance and structure: Analysis and recommendations*" elaborado por el *American Law Institute* en 1982 y que generó un impacto significativo en la comunidad empresarial norteamericana que veía –"horrizada" según expresión de LAUFER- cómo un grupo de profesores de Derecho establecía estándares legales para la gestión de la empresas[1787].

El paso siguiente en la evolución norteamericana viene conformado por la implementación de la *Sentencing Commission* establecida por la *Sentencing Reform Act* de 1984 y que introdujo los lineamientos para establecer responsabilidad penal de las empresas en un contexto en el que las condenas impuestas en sus contras sufrían de una notoria ausencia de uniformidad[1788]. El enfoque de las *guidelines* se orientó a establecer las pautas de una *organizational due diligence* (diligencia debida organizacional).

Otro paso trascendente se produjo a través de la *Blue Ribbon Commission on Defense Managment* y la *Defense Industry Initiative on Bussiness Ethics and Conduct* en 1986. La denominada *Packard Commision* instaurada para investigar una serie de fraudes en el sector defensa que involucraron a empresas como Grumman Aerospace Corp., General Electric, General Dynamic y Hughes Aircraft, propuso en su reporte final la necesidad de insistir en el autogobierno corporativo, comprometiendo a los integrantes de la industria a implementar códigos de conducta. Esta Comisión no cambió las reglas impuestas por las *guidelines* sino que las reforzó[1789], introduciendo, por ejemplo, la idea de los *whistleblowers*[1790].

[1787] LAUFER, William S. Op. Cit., p. 31.

[1788] LAUFER, William S. Op. Cit., p. 31.

[1789] LAUFER, William S. Op. Cit., p. 32.

[1790] CARRIÓN ZENTENO, Andy. Op. Cit., p. 83.

El impacto de las *guidelines* sobre las personas jurídicas llevó a estas a plantear una fuerte oposición –planteada a modo de lobby empresarial- lo que derivó en la incorporación de una serie de circunstancias atenuantes de la RPPJ que son expresión evidente de lo que entendemos hoy como *compliance*. En efecto, las *guidelines* ponen a consideración una serie de factores que tienen efectos atenuantes de la RPPJ: (i) El delito se produjo sin el conocimiento de quien ejerce control sobre la organización; (ii) el delito se produjo a pesar de existir un significativo programa de cumplimiento; (iii) La empresa reportó pronta y voluntariamente el delito; (iv) La empresa, luego de descubierto el delito, tomo medidas razonables para remediar el daño, disciplinar a los responsables y evitar la reincidencia[1791].

En 1991 (01 de mayo) se introdujeron las *Sentencing guidelines for organizational defendants* que fueron producto de años de debate con la intervención de diversas agencias estatales norteamericanas y que proporcionan una aproximación distinta a la cuestión de la determinación de la sanción penal orientada fundamentalmente a dotar de criterios idóneos para la reparación del daño y la imposición de multas adecuadas a través de la amplificación de las normas sobre *probation*[1792].

Se introdujo de ese modo una estrategia de *carrot and stick* (zanahoria y palo): Las sanciones contra las personas jurídicas se incrementaron y, seguidamente, se optó por introducir criterios de cumplimientos normativos como factores definitorios de la intensidad de la sanción y de la posible aplicación de la *probation* en casos que se implementen programas de cumplimiento efectivos. En ese contexto, las *guidelines* introdujeron criterios para establecer la medida de la culpabilidad teniendo como factores: (i) el nivel de involucramiento o tolerancia de la empresa en la actividad criminal concreta; (ii) antecedentes; (iii) record

[1791] LAUFER, William S. Op. Cit., pp. 33 s.

[1792] Al respecto: MURPHY, Diana. "The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A decade of Promoting Compliance and Ethics", en: *Iowa Law Review,* N° 87, 2002, pp. 701-702.

de infracciones; (iv) intención de obstruir la actividad de la justicia (v) mantenimiento de un programa de *compliance* efectivo; y, (vi) la voluntad de autoreportar, cooperar y aceptar la responsabilidad[1793].

A partir de las *guidelines* las empresas pretenden estar *in compliance with the Guidelines* con lo cual comienza a reconocerse la relación del concepto de *compliance* con el de *due diligence* en la medida que el objetivo de las *sentencing guidelines* es delimitar el *due diligence* como pauta de comportamiento empresarial que impone obligaciones éticas y legales a las empresas y sus agentes[1794].

Posteriormente la *Sarbanes Oxley Act* en 2002, tras los escándalos Enron y WorldCom[1795], se dirigió a enfrentar las debilidades de los sistemas internos de control y la ausencia de independencia de los órganos de control corporativo del directorio, a través del reforzamiento de los deberes de revelación de información por parte de las empresas[1796]. La *Sarbanes Oxley Act,* dirigida a las empresas que listan en bolsa, impone la obligación de adoptar códigos éticos así como de desarrollar una serie de medidas de control interno (las referidas principalmente al manejo de la información financiera, a la designación de oficiales de cumplimiento normativo y al incremento de las obligaciones de control de la alta dirección) y de control externo (autonomía de los auditores externos)[1797].

[1793] LAUFER, William S. Op. Cit., p. 34; CARRIÓN ZENTENO, Andy. Op. Cit., p..

[1794] LAUFER, William S. Op. Cit., p. 35.

[1795] Sobre el desarrollo de las persecuciones penales derivadas de los escándalos financieros de inicios del siglo XXI, véase: BRICKEY, Kathleen F. "A la estela de Enron: Ejecutivos de corporación en juicio", traducción de Luis Reyna, en: *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa,* N° 2, CEDPE, Lima, 2012, pp. 143 ss.

[1796] LAUFER, William S. Op. Cit., p. 39; STRADER, J. Kelly. *Understanding white collar crime,* tercera edición, LexisNexis, 2011, p. 355.

[1797] CARRIÓN ZENTENO, Andy. Op. Cit., pp. 90-91.

En 2004 se produjeron modificaciones a las *sentencing guidelines*, promovidas por un *ad hoc advisory group,* han tenido por propósito introducir pautas dirigidas hacia las empresas, las entidades regulatorias, a la Fiscalía y a los Tribunales de los criterios para reconocer cuando nos encontramos ante un *effective compliance program*. Estos cambios se han dirigido esencialmente a reconocer: (i) la importancia, en términos preventivos, de que las empresas promuevan una cultura organizacional orientada al cumplimiento de la ley, lo que comprende la capacitación del personal en materia ética y de cumplimiento; (ii) que la implementación de una organización orientada al *due diligence* requiere de la intervención de componentes de los niveles superiores de la empresa que se involucren en los programas de cumplimiento normativo; (iii) que las organizaciones empresariales realicen esfuerzos razonables para no incorporar dentro de sus estructuras trascendentes a quienes conozcan o deban saber que tienen antecedentes de infracciones a la ley u otras conductas inconsistentes con los contenidos de los programas de cumplimiento[1798].

En el 2010 la *United States Sentencing Comission* introdujo nuevas modificaciones en las *sentencing guidelines* relacionadas a la reacción empresarial frente a la revelación del delito (los programas de cumplimiento deberían incorporar medidas de reparación oportuna del daño provocado por el delito), la intervención de los directivos de la empresa en el hecho (se introducen matices a la prohibición absoluta de reconocer efectos atenuantes en los casos en los que en el delito hubiese participado algún directivo de la persona jurídica) y la aplicación de programas de cumplimiento como sanción[1799].

[1798] LAUFER, William S. Op. Cit., p. 65; CARRIÓN ZENTENO, Andy. Op. Cit., pp. 87-88.

[1799] CARRIÓN ZENTENO, Andy. Op. Cit., pp. 88-89; CARRIÓN ZENTENO, Andy. Op. Cit., pp. 90-91.

2. Contenido del *compliance*

El *compliance*, no obstante, parte del reconocimiento de que la criminalidad de empresa se produce en un contexto tan variado como variados son los rubros en que esta se desarrolla. Esta circunstancia provoca la coexistencia de subsistemas normativos que pretenden la prevención de los diversos riesgos empresariales. Desde esa perspectiva, por citar un ejemplo bastante común, tendremos que las empresas que se dedican a la actividad minera deben involucrarse con los subsistemas normativos destinados a prevenir los riesgos medioambientales (Ley General del Ambiente), riesgos contra la salud y seguridad de los trabajadores (Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo), riesgos de desvío de los insumos y productos químicos fiscalizados para el tráfico de drogas (Ley de control de insumos químicos y productos fiscalizados), riesgos de corrupción (CP) etc. Esto ha llevado –como indica BACIGALUPO[1800]- a que la idea tradicional de *riesgo del negocio de la empresa* haya variado y se deje de entender solamente como *riesgo económico* (posibilidades de competencia exitosa en el mercado) y se incorpore en esa idea del *riesgo de responsabilidades normativas*. Precisamente, la forma de evitar que los riesgos de responsabilidad normativa adquieran realidad es mediante el *cumplimiento de la ley*.

Lo antes indicado no debe llevar al error de reducir el sentido del *compliance* a la idea de que *en el ejercicio de su actividad las empresas deben ajustarse al Derecho*[1801]. El *compliance* trasciende a esa noción

---

[1800] BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Compliance y Derecho penal,* Aranzadi, Navarra, 2011, p. 22.

[1801] Deficiencia en que incurre ENGELHART, Marc. Op. Cit., p. 61, y que es correctamente advertida por COCA VILA, Ivo. "¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?", en: Silva Sánchez, Jesús María (director). *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas,* Atelier, Barcelona, 2013, p. 54. La idea del *cumplimiento de la ley e*s, además, consustancial a la propia idea del *contrato social* conforme señala GREEN, Stuart P. *Lying, cheating and stealing. A moral theory of white collar crime,* Oxford University Press, New York, 2006, pp. 115 s.

básica haciendo referencia –como se aprecia- a todo un conjunto de medidas de organización empresarial destinadas a prevenir la aparición de riesgos jurídicamente relevantes orientando la actuación de los miembros de la empresa a favor del cumplimiento de la juridicidad[1802].

3. *Compliance* y cultura empresarial

El *compliance* tiene su enfoque central en la organización empresarial que debe ser construida en el contexto de una *cultura* empresarial[1803] orientada al cumplimiento de las normas jurídicas mediante la imposición de valores, códigos, reglas y procedimientos intraempresariales orientados a la prevención de la criminalidad así como su revelación y efectiva sanción[1804]. Surge aquí una simbiosis natural entre los

---

[1802] BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Op. Cit., p. 30; COCA VILA, Ivo. Op. Cit., pp. 54 s.; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. "La estandarización alemana de los sistemas de gestión de cumplimiento: Implicaciones jurídico penales", en: Silva Sánchez, Jesús María (director). *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas,* p. 143. Debe, sin embargo, reconocerse un cierto grado de imprecisión conceptual en torno a los alcances del *compliance* y su contenido. Sobre este aspecto, SIEBER destaca los alcances de una investigación realizada en el 2001 en torno al concepto del *corporate governance* y la falta de consenso dentro de un grupo de empresas alemanas respecto al contenido del *compliance*; al respecto: SIEBER, Ulrich. "Programas de *compliance* en el Derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica", traducción de Manuel Abanto, en: Arroyo Zapatero, Luis & Nieto Martín, Adán (directores). *El Derecho penal en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 67.

[1803] Al respecto GÓMEZ- JARA DIEZ, Carlos. "Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en: Bajo Fernández, Miguel/ Feijoo Sánchez, Bernardo/ Gómez Jara Diez, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas,* Civitas/ Thomson Reuters, Madrid, 2012, p. 114 [de aquí en adelante GÓMEZ- JARA DIEZ, Carlos. *Tratado*]; GÓMEZ- JARA DÍEZ, Carlos *La culpabilidad penal de la empresa,* p. 253; COCA VILA, Ivo. Op. Cit., p. 56; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Op. Cit., p. 148.

[1804] GÓMEZ- JARA DÍEZ, Carlos *La culpabilidad penal de la empresa,* p. 254; COCA VILA, Ivo. Op. Cit., p. 55; SIEBER, Ulrich. Op. Cit., p. 70.

contenidos de la *ética de los negocios* (*Business Ethics*) y los de la responsabilidad social, con los contenidos del *compliance*[1805].

Esta *cultura* se manifiesta fundamentalmente a través del comportamiento de los funcionarios u órganos a cargo de la *gestión* o *management* empresarial así como de los encargados de la vigilancia y que tiene por efecto predisponer a los diversos actores del conglomerado empresarial a actuar en concordancia con los postulados normativos[1806] incluso en contraposición de los fines consustanciales a la actividad empresarial (obtención de valor para los accionistas)[1807].

Para ello, el *compliance* empresarial introduce, por un lado, *sistemas internos de comunicación* que permitan el conocimiento, a diversos niveles de la estructura empresarial (*bottom up* y *top down*), de información asociada a los riesgos cuya prevención se pretende; y, por otro lado, estructura *sistemas de supervisión y sanción* que permitan identificar los factores de riesgo, que establezca medidas orientadas a mitigar y eliminarlos, y que establezcan mecanismos sancionatorios oportunos y eficaces para dar respuesta a los casos en los que los riesgos empresariales no hayan sido contenidos[1808].

[1805] BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Op. Cit., p. 63; ENGELHART, Marc. Op. Cit., p. 66. Aunque algunos autores (CARBONELL MATEU, Juan Carlos. "Responsabilidad penal de personas jurídicas: Reflexiones en torno a su 'dogmática' y al sistema de la reforma de 2010", en: *Cuadernos de Política Criminal*, N° 101, Edersa, Madrid, 2010, p. 13) cuestionen la incorporación de matices éticos en la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es de advertir que la asunción de componentes de los *Business Ethics* se fundamenta en términos de prevención y protección de bienes jurídicos y no en términos de confirmación o fidelidad al Derecho (como propone GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal compliance,* pp. 22 s.).

[1806] MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Op. Cit., p. 148.

[1807] BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Op. Cit., p. 33.

[1808] BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Op. Cit., p. 100; COCA VILA, Ivo. Op. Cit., pp. 58-60.

En este punto, no obstante, es importante dejar en claro que el propósito del *compliance* no es el de evitar que se produzcan riesgos derivados de la actividad de empresa, sino que estos no superen los márgenes tolerados socialmente[1809].

4. Los *compliance programs*

Los *compliance programs* constituyen instrumentos orientados a lograr el objetivo del *compliance* empresarial, esto es, que los directivos y empleados de la empresa cumplan con la ley[1810]. Los *compliance programs* (o, en español, *programas de cumplimiento*) son cuerpos normativos empresariales a través del cuales se implementan y regulan los sistemas internos de gestión de riesgos, incorporando procedimientos destinados a dicho fin[1811].

Como es evidente, en la medida que el objeto de los programas de cumplimiento es el de gestionar adecuadamente los riesgos de la empresa, es necesario que existan mecanismos destinados a identificar y tasar los riesgos más significativos de la empresa, la idea del *conocimiento del negocio* resulta fundamental en la medida que este llevará a determinar cuáles son las medidas necesarias para contener los riesgos del negocio[1812].

Su significación, además de estar vinculada a la incorporación de pautas preventivas y sancionatorias, está asociada a la estructura de la organización empresarial y en la delimitación de las funciones y com-

---

[1809] LASCURAÍN, Juan Antonio. "*Compliance,* debido control y unos refrescos", en: Arroyo Zapatero, Luis & Nieto Martín, Adán (directores). *El Derecho penal en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 125.

[1810] STRADER, J. Kelly. Op. Cit., pp. 22-23.

[1811] COCA VILA, Ivo. Op. Cit., p. 60.

[1812] Examinando la variada normativa asociada a la valoración del riesgo en materia de corrupción: AIOLFI, Gemma. "Mitigating the risks of corruption through collective action", en: Brodowski, Dominik/ Espinoza de los Monteros de la Parra, Manuel/ Tiedemann, Klaus/ Vogel, Joachim (Eds.). Op. Cit., pp. 126 s.

petencias que corresponde a cada uno de los agentes dentro la empresa[1813]. De ese modo, los *compliance programs* evitarán los estados de *organizada irresponsabilidad de todos*[1814] a los que la doctrina hace referencia para denunciar los efectos, en términos de impunidad, de la estructuración empresarial compleja.

Ahora, un dato trascendente de cara al análisis de la capacidad de rendimiento de los *compliance programs* en un sistema de imputación penal (o cuasi penal) de las personas jurídicas es el reconocer, como señala Ivo COCA VILA, que no existe un modelo de programa de cumplimiento de validez general[1815]. En ese sentido, el antes acotado *conocimiento del negocio* resultará un factor trascendente para reconocer la efectividad del programa de cumplimiento corporativo como mecanismo idóneo de control de riesgos. Este elemento permitirá distinguir los *programas de cumplimiento meramente estéticos o cosméticos* (*window-dressing compliance programs)* de aquellos que si cumplen con su finalidad y, por tanto, revelan un afán cierto y real por parte de la persona jurídica de contener los riesgos derivados de sus actividades[1816]. No es

---

[1813] MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Op. Cit., p. 148.

[1814] SCHÜNEMANN, Bernd. *Delincuencia empresarial: Cuestiones dogmáticas y de política criminal,* traducción de Beatríz Spinola y Margarita Valle, Fabián Di Placido, Buenos Aires, 2004, p. 24. Precisamente el fenómeno de *organizada irresponsabilidad de todos* ha sido uno de los factores que han llevado a la introducción en España de un modelo de RPPJ; así SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Español", en: Silva Sánchez, Jesús María (Director). *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas,* p. 18; cercano, aludiendo a la difusión de responsabilidad en el ámbito de la criminalidad económica, GREEN, Stuart P. Op. Cit., p. 26.

[1815] COCA VILA, Ivo. Op. Cit., p. 61.

[1816] GÓMEZ- JARA DÍEZ, Carlos *La culpabilidad penal de la empresa,* pp. 257-258, destaca cómo "se ha hecho especial hincapié en que los tribunales distingan entre los verdaderos esfuerzos por prevenir y detectar las infracciones de los planes sin ningún resultado efectivo; es decir, deben distinguir aquellos programas que se dan de manera *efectiva* de aquellos que constituyen un mero 'maquillaje'".

de extrañar que, en el objetivo de lograr esa distinción, ciertas legislaciones, como la italiana y la chilena[1817], hayan impuesto la necesidad de acreditación de los programas de cumplimiento.

El propósito de esta exigencia se relaciona con la necesidad de evitar que los *compliance programs* sean utilizados indiscriminada e indebidamente como *escudos protectores de la RPPJ*[1818]. Esa circunstancia,

---

[1817] Ley italiana N° 231: "Pueden ser adoptados –los programas de cumplimiento- sobre la base de códigos de comportamiento redactados por asociaciones representativas de los entes, que garanticen las exigencias señaladas, comunicados al Ministerio de Justicia, el que, de acuerdo con los Ministerios competentes, podrá formular observaciones sobre la idoneidad de los modelos para prevenir los delitos".

Ley chilena N° 20393: "4) Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos.

a) El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad.

b) *Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. En el certificado constará que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) anteriores, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica. Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador.*

c) Se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la letra anterior cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal" (artículo 4°).

Sobre esta última: MATUS ACUÑA, Jean. "La certificación de los programas de cumplimiento", en: Arroyo Zapatero, Luis & Nieto Martín, Adán (Directores). *El Derecho penal en la era compliance*, p. 145.

[1818] SCHÜNEMANN, Bernd. "La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea", traducción de Mariana Sacher,

por cierto, fue antes advertida en los Estados Unidos de Norteamérica en el que, tras la abrupta irrupción de una suerte de mercado de *compliance programs,* las empresas no dudaban en intervenir como adquirientes en la medida que de ese modo se sometían a menor escrutinio y control y por lo tanto a menor responsabilidad, con lo que el negocio resultaba más que favorable[1819].

III. LA SIGNIFICACIÓN DOGMÁTICA DE LA IMPLEMENTACIÓN DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN EL CONTEXTO DE LA RPPJ

En aquellos países donde se ha incorporado la RPPJ se han venido incorporando cláusulas legislativas que proporcionan significación a la introducción efectiva de programas de cumplimiento normativo, sea de cara a la posible atenuación de responsabilidad penal de la empresa, sea de cara a la exclusión de responsabilidad de los mismos[1820].

Esta cuestión cobra especial interés en el contexto de la discusión española respecto a los alcances del artículo 31bis del CP. Este dispositivo, reconoce efectos atenuantes de la RPPJ cuando la persona jurídica haya implementado, previo al inicio del juicio oral, de "*medidas eficaces*

---

en: Bajo Fernández, Miguel (director). *Constitución Europea y Derecho Penal Económico*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 154.

[1819] LAUFER, William S. Op. Cit., p. 101.

[1820] Este tipo de cláusulas se observan en el CP suizo (artículo 102.2° introducido por Ley de 13 de diciembre de 2002) en la que se hace referencia a la omisión de "medidas organizativas", la legislación penal italiana (Decreto Legislativo 231) que alude a los "criterios de organización del ente", e incluso en la japonesa; al respecto: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Op. Cit., p. 102; SIEBER, Ulrich. Op. Cit., p. 64. Examina dicha exigencia en relación al caso chileno: MATUS ACUÑA, Jean. "Presente y futuro de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados", en: el mismo. *Derecho penal, criminología y política criminal en el cambio de siglo,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, pp. 308 s.

para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica". Esta cláusula planteaba, antes de la modificatoria operada mediante la Ley Orgánica N° 1/2015[1821], una serie de cuestiones problemáticas que conviene identificar y que tienen que ver con las limitaciones que establecía el mencionado artículo 31bis del CP español al restringir la aplicación de la atenuante a los casos en que la implementación de los programas de cumplimiento normativo sea realizada "*con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales*".

La primera cuestión trascendente asociada al contenido del mencionado artículo 31bis del CP español tiene que ver con los efectos de la implementación de programas de cumplimiento normativo antes de la realización del hecho punible objeto de procesamiento penal.

En efecto, en la medida que el texto legal establecía efectos de atenuación de RPPJ a los casos de implementación de *compliance programs* con posterioridad a la comisión del delito[1822], se discutía si es posible proponer efectos eximentes de RPPJ en aquellos casos en los que los programas de cumplimiento normativo fueron implementados antes de la comisión del delito.

Esta posición fue adoptada por la doctrina mayoritaria, dada la propensión de esta por relacionar la RPPJ con el *compliance* y la aparición de esbozos de estructuración de una teoría del delito de las personas jurídicas en las que el *compliance* se propone como elemento delimitador del injusto o como el factor determinante de la culpabilidad de la persona jurídica[1823].

[1821] Boletín Oficial del Estado N° 77, del 31 de marzo de 2015 (véanse las incorporaciones legislativas respectivas en ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Código penal,* Librería Fleming, Granada, 2015).

[1822] La que funcionaría, según indica BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Op. Cit., p. 111, como una modalidad de compensación parcial de la culpabilidad de la empresa.

[1823] Una visión general se aprecia en COCA VILA, Ivo. Op. Cit., p. 63. Haciendo

Sobre esto último, es notoria la vinculación –al menos parcial- al *modelo de culpabilidad empresarial por defectos de organización* que propician que no haya sido posible generar una cultura empresarial[1824] que permita implementar los *debidos controles* dentro de los diversos niveles de la empresa y que sirva como contención eficaz de la criminalidad económica[1825]. Una posición de este tipo tiene en el caso español sustento normativo debido a la referencia hecha en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 31bis del CP de que el delito se haya cometido "por no haberse ejercido sobre ellos –los agentes de la persona jurídica- el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso"[1826].

La imposición de una pena contra la persona jurídica se encontrará plenamente justificada -desde esta visión de la culpabilidad de empresa- no solo cuando la persona jurídica carece de un sistema de prevención de riesgos sino cuando habiendo sido adoptado no se ha implementado suficientemente. La vigencia efectiva del programa de cumplimiento, como indica GÓMEZ- JARA, "simboliza una disposición jurídica determina, una cultura de cumplimiento de la legalidad. Dicha cultura representa el compromiso férreo de una persona jurídica de ser miembro responsable de nuestra sociedad, o, expresado de otra manera, el compromiso de cumplir con las obligaciones derivadas de ser un buen ciudadano corporativo"[1827].

---

referencia a la fundamentación de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica en la infracción de los deberes organizativos de la empresa: SIEBER, Ulrich. Op. Cit., pp. 88 s. ("El cumplimiento de las medidas apropiadas de *compliance* se vuelve así en un criterio jurídico central que decide sobre la imputación del delito a la empresa").

[1824] En esta línea, GÓMEZ- JARA DIEZ, Carlos. *Tratado*, p. 172; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos *La culpabilidad penal de la empresa,* p. 255.

[1825] BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Op. Cit., p. 99; similares ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Op. Cit., p. 97; ENGELHART, Marc. Op. Cit., p. 62.

[1826] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. Cit., p. 31 (entrelíneas nuestro).

[1827] GÓMEZ- JARA DIEZ, Carlos. *Tratado*, p. 175. Sobre esta cuestión nos remitimos a lo indicado en líneas anteriores respecto a los programas de cumplimiento *cosméticos*.

Hoy en día, esta problemática ha sido solucionada por el legislador español al establecer, de forma expresa, efectos eximentes de responsabilidad penal en los casos en que se verifique que la empresa, antes del hecho punible, implemento medidas idóneas de *compliance*. En ese sentido, la actual redacción del artículo 31bis del CP español, reconoce efectos atenuantes en favor de la persona jurídica cuando se logre determinar –de forma copulativa- que: (i) el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; (ii) la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; (iii) los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención; y, (iv) no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición.

IV. VALIDACIÓN CRIMINOLÓGICA DEL *COMPLIANCE* COMO SENDERO HACIA EL CUAL PODRÍA EVOLUCIONAR LA DOGMÁTICA DE LA RPPJ

La capacidad de rendimiento del *compliance* como categoría trascendente en la determinación de la RPPJ puede tener, asimismo, justificación empírica a partir de los desarrollos provenientes de la criminología que han destacado la trascendencia de la subcultura empresarial y los objetivos de la empresa en el ámbito del *corporate crime*.

En efecto, tal como reconoce Sally S. SIMPSON[1828], la actuación de los agentes corporativos (directores, gerentes, administradores, etc.)

[1828] SIMPSON, Sally. *Corporate crime, law and social control*, Cambridge University Press, New York, 2002, p. 7. No debe soslayarse la importancia de

se desarrolla tomando en consideración los objetivos de la empresa (mantener ganancias, administrar un mercado incierto, reducir costos fijos, eliminar la competencia) que llevan a que las empresas contaminen el medio ambiente, incurran en fraudes financieros, reduzcan las condiciones de seguridad de sus trabajadores, comercialicen productos defectuosos[1829]; en ese contexto, la actuación de los agentes de las empresas se encuentran apoyadas por las normas operacionales y su subcultura organizacional[1830].

Esta autora ha reconocido cómo es que las percepciones sobre las necesidades de la organización empresarial tienen impacto –acreditado empíricamente- sobre las decisiones delictivas de los agentes corporativos y en las que las necesidades individuales de los empleados de la empresa tienen muy poca significación[1831]. Y es que, como señalan ROSENFELD y MESSNER la economía promueve ciertos valores e impone ciertas pautas de actuación que debilitan la regulación institucional[1832].

---

los datos propuestos por Edwin SUTHERLAND en su obra fundamental *White collar crime* en la que describe el modo en que tres empresas *American Smelting and Refining Company, Unites States Rubber Company* y *The Pittsburg Coal Company* subsistieron por décadas incurriendo en infracciones a la libre competencia y detalla cómo es que su finalidad económica –dominar el mercado- guió las diversas decisiones de sus agentes; véase SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco,* traducción de Laura Belloqui, BdeF, Buenos Aires, 2009, pp. 33-62.

[1829] Como sostiene NELKEN, David. "White collar and corporate crime", en: Maguire, Mike/ Morgan, Rod/ Reiner, Robert. *The Oxford Handbook of Criminology,* cuarta edición, Oxford University Press, 2007, p. 744, en el *business environment* el objetivo es mantener e incrementar las ganancias incluso en las circunstancias más difíciles.

[1830] Similares BRODOWSKI, Dominik/ ESPINOZA DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, Manuel/ TIEDEMANN, Klaus/ VOGEL, Joachim (Eds.). Op. Cit., p. 03.

[1831] SIMPSON, Sally. Op. Cit., pp. 07 s.

[1832] ROSENFELD, Richard & MESSNER, Steven. *Crime and the economy,* Sage, Londres, 2013, p. 63.

Los *corporate crimes* ocurren por tanto dentro de un contexto organizacional específico. Aunque la empresa es un todo orgánico[1833], existen dentro de sus diversas unidades una serie de culturas y subculturas en cuyo ámbito se produce la socialización de los agentes corporativos influenciada, como es evidente, por los objetivos empresariales[1834].

Precisamente por esa razón SIMPSON reconoce que los efectos de prevención intimidatoria en el contexto empresarial se encuentran condicionados por cómo los agentes corporativos experimentan y expresan los imperativos morales de su ambiente laboral y por cómo las necesidades organizacionales son formuladas e introducidas en las decisiones gerenciales[1835].

Ello lleva a reconocer que la cultura y organización empresarial generen una *mente grupal* (*group mind*)[1836] a la que los agentes corporativos se amoldan lo que determina que *reaccionen en automático,* siguiendo sus predisposiciones, sus códigos de conducta, las estructuras

---

[1833] Obsérvese aquí la relación existente entre esta idea –la de la existencia de una *cultura empresarial* –con la *teoría organicista de la persona jurídica* de GIERKE que se sostiene en la idea de que la persona jurídica es un *organismo social* y que es objetivo del derecho *ordenar y penetrar su estructura interna y su vida interior*; sobre el contenido de dicha teoría: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Op. Cit., pp. 84 s.

[1834] PALMER, Donald. *Normal organizational wrongdoing. A critical analysis of theories of misconduct in and by organizations,* Oxford University Press, New York, 2012, p. 07. Similar, SIEBER, Ulrich. Op. Cit., p. 96; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Op. Cit., p. 148; MALAMUD GOTI, Jaime. *Política Criminal de la empresa,* Hammurabi, Buenos Aires, passim; BAIGUN, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 45.

[1835] SIMPSON, Sally. Op. Cit., p. 09; similar ENGELHART, Marc. Op. Cit., p. 66.

[1836] MENTOVICH, Avital & CERF, Moran. "A psychological perspective on punishing corporate entities", en: Brodowski, Dominik/ Espinoza de los Monteros de la Parra, Manuel/ Tiedemann, Klaus/ Vogel, Joachim (Eds.). Op. Cit., p. 37.

de poder, sus reglas de organización y sus protocolos[1837]. Estas circunstancias llevan a que autores como Palmer sostengan que los agentes corporativos, en el contexto de las estructuras empresariales, actúan *mindless*, en automático[1838].

En ese orden de ideas, una cultura empresarial estructurada en la obtención de réditos económicos condicionará a sus agentes a que ignoren los contextos normativos y de rigor de la ley. El interés por obtener réditos económicos en los agentes de la empresa le llevarán a utilizar cualquier medio que consideren útil sin importar su sentido ético, moral o legal[1839].

Pero el impacto de la organización y estructura empresarial sobre los agentes corporativos van incluso más allá de la simple influencia asociada a los objetivos de la empresa, sino que se relaciona a la ocasional ambigüedad de la actuación empresarial en la que los discursos internos

---

[1837] PALMER, Donald. Op. Cit., p. 15; similar MALAMUD GOTI, Jaime. *Política criminal de la empresa,* passim; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "Sobre el fundamento de las sanciones penales para las personas jurídicas y empresas en el Derecho Penal español y el Derecho penal peruano", en: García Cavero, Percy (Director). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes,* Ara, Lima, 2002, pp. 261 ss. Esta idea resulta cercana a la de *actitud criminal colectiva* sostenida por SCHÜNEMANN, Bernd. "Las prescripciones sobre la autoría en la Ley Boliviana sobre la base de las modificaciones al Código penal del 10 de marzo de 1997 y sus consecuencias para la responsabilidad penal de los órganos de la empresa ¿Un modelo para Latinoamérica?", traducción de Mariana Sacher, en: Reyna Alfaro, Luis (Coord.). *Nuevas tendencias del Derecho penal económico y de la empresa,* Ara, Lima, 2005, p. 514; HURTADO POZO, Jose & MEINI MÉNDEZ, Iván. "Las personas jurídicas frente al Derecho penal peruano", en: Hurtado Pozo, José/ Del Rosal Blasco, Bernardo/ Simons Vallejo, Rafael (Coords.). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 77.

[1838] PALMER, Donald. Op. Cit., p. 16.

[1839] No resulta complicado, en este punto, reconoce la influencia del pensamiento de MERTON y la teoría de la anomia; al respecto ROSENFELD, Richard & MESSNER, Steven. Op. Cit., p. 64.

–incremento del valor- son completamente opuestos a los discursos externos –cumplimiento de la ley. No extraña, en ese contexto, que David NELKEN haya calificado a los *managers* como una especie de *animales camaleónicos* alimentados por la ambigüedad moral y la falta de certeza organizacional[1840]. Con esta idea se destaca precisamente cómo es que la falta de políticas y códigos empresariales definidos afecta el sentido de las actividades de los agentes corporativos.

Los efectos de esta ambigüedad de las políticas y códigos empresariales se hacen más intensos en escenarios como los regulatorios económicos en los que existe cierta dicotomía respecto al carácter efectivamente ilegal de ciertas conductas. En el ámbito de la actividad empresarial es ciertamente dificultoso reconocer con claridad las fronteras entre un comportamiento agresivo pero lícito de aquél que supera dichas barreras[1841].

El proceso de toma de decisiones en el entorno empresarial opera, vistas así las cosas, de forma completamente distinta a cómo este opera cuando la toma de decisión se realiza individualmente[1842]. No extraña

---

[1840] NELKEN, David. Op. Cit., p. 742. La ambigüedad moral hace –señala NELKEN citando a PUNCH- que todo sea *too messy not to say dirty* (*muy desordenado por no decir sucio).*

[1841] En ese sentido GREEN, Stuart P. Op. Cit., p. 45. Un ejemplo especialmente significativo de la ausencia de claridad respecto al sentido antijurídico de ciertos comportamientos se aprecia respecto al *insider trading* que es visto por muchos académicos como un comportamiento que hace que el mercado se haga más eficiente; así GREEN, Stuart P. Op. Cit., pp. 236 ss.; sobre esta cuestión, REYNA ALFARO, Luis Miguel. "El abuso de información privilegiada en el Derecho penal peruano", en: Ruiz Rodríguez, Luis Ramón & Reyna Alfaro, Luis Miguel (coordinadores). *La regulación penal del mercado de valores (Estudio de Derecho peruano y español),* Jurídica Portocarrero, Lima, 2001, pp. 27 s.

[1842] De hecho, esta autora norteamericana destaca la escasa trascendencia de la amenaza de la pena en la prevención del *corporate crime* y el mayor impacto que tienen las consecuencias económico reputacionales en la persona jurídica, dado que las empresas se encuentran orientadas hacia el futuro y

que PALMER reconozca que no se trata sólo de examinar las *bad apples* sino de observar también los *bad barrels*[1843].

Los hallazgos de la criminología y la sociología en este ámbito, sin embargo, van más allá. En efecto, no es que la organización empresarial sólo tenga impacto en el *corporate crime* a través de la influencia que la cultura empresarial tiene en el proceso de toma de decisiones corporativas, sino que su impacto se manifiesta en términos causales: La organización empresarial facilita y contribuye con la realización del delito[1844].

V. CONCLUSIONES

A través del presente capítulo se ha pretendido introducir ciertos matices novedosos en la ya bastante prolífica discusión respecto a la capacidad de rendimiento del *compliance* como criterio determinante de la RPPJ. Es precisamente la introducción de estos matices la que evitará que el *compliance* se transforme en una simple *buzz word*, en un concepto de moda que, al final de cuentas, carezca de contenido real[1845].

En ese contexto, el *compliance* y los programas de cumplimiento normativo constituyen mecanismos orientados a instrumentalizar una *cultura corporativa* en el que el cumplimiento de la ley constituya un valor que se impregna en los diversos componentes de la estructura empresarial. El efecto preventivo del *compliance* se puede reconocer a partir de los hallazgos de la criminología que permite advertir cómo es que *la cultura empresarial* impacta en las personas naturales que interactúan dentro de la estructura empresarial.

---

eso provoca su preocupación por los efectos reputacionales que acarrea la comisión de un delito; al respecto SIMPSON, Sally. Op. Cit., p. 52

[1843] PALMER, Donald. Op. Cit., p. 07.

[1844] SIMPSON, Sally. Op. Cit., p. 54.

[1845] Riesgo advertido por ROTSCH, Thomas: "Criminal Compliance", en: *Indret. Revista para el análisis del derecho,* < http://www.indret.com/pdf/876a.pdf> (10.11.14), p. 03.

Este dato –impacto preventivo de la *cultura de cumplimiento* – constituye un dato empírico que podría servir para fundamentar propuestas orientadas a conceder efectos atenuantes o eximentes de responsabilidad penal a la implementación efectiva de programas de cumplimiento.

CAPÍTULO XVIII
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (IV). *CRIMINAL COMPLIANCE* II (ENFOQUE ESPECÍFICO DESDE EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN)

I. INTRODUCCIÓN.

El *compliance* es uno de los tópicos preferentes en la actual discusión doctrinal en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Su atractivo se vincula no solo a su utilidad como criterio configurador de la responsabilidad penal de la propia persona jurídica en aquellos países que han incluido ya fórmulas legislativas de responsabilidad penal de la persona jurídica (España, Italia, Chile, etc.), sino a su capacidad de rendimiento para establecer los ámbitos de responsabilidad individual.

Pues bien, el *criminal compliance* se ha construido fundamentalmente en torno a dos tipologías delictivas: El blanqueo de capitales y la corrupción. Los desarrollos que propondremos a continuación se realizarán a partir del fenómeno de la corrupción.

Hace ya varias décadas que la corrupción se viene percibiendo como una especie de estrategia comercial o mal necesario; habiéndose convertido los pagos a funcionarios públicos o políticos "por servicios prestados" en una situación común o aceptada; existiendo incluso desde las filas del análisis económico del derecho cuestionamientos en torno a si la corrupción es eficiente o no en el mercado[1846]. En ese en-

[1846] SOTO, Hernando/ GHERSI, Enrique/GHIBELLINI, Mario. *El otro Sendero*, Editorial El Barranco, Lima, 1986, pp. 198–199. Vid. MAROTO CALATAYUD, Manuel. *Corrupción y financiación de partidos. Un análisis político criminal*, Tesis doctoral, Ciudad Real, 2012

tendido, frente a los escándalos financieros relacionados con empresas multinacionales y ante el crecimiento exponencial de la corrupción en las relaciones comerciales, desde el mundo del derecho y de las políticas públicas, se viene observando un cambio de estrategia, adoptando modelos de la política criminal gestada en los Estados Unidos[1847]. En la actualidad se exige a las empresas: i) adoptar medidas internas de prevención de la corrupción, ii) coadyuvar al Estado en el esclarecimiento de los casos de corrupción y iii) la prohibición de sobornar tanto a funcionarios públicos como a directivos o empleados de otras empresas. En cuanto a la corrupción internacional, hoy en día se busca sancionar a las empresas y a sus agentes, generándose paralelamente un menor interés por la sanción del funcionario público. En consecuencia, la corrupción está pasando a ser, de un asunto de funcionarios públicos o políticos ímprobos, a un asunto que incumbe, sobre todo a los privados.[1848]

II. ORÍGENES DEL *COMPLIANCE* Y LA PRIVATIZACIÓN DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

La privatización de la lucha contra la corrupción, viene de la mano con la figura del *compliance*; noción que la realidad ha introducido en el discurso jurídico penal y empresarial en general. Y es que en estos tiempos, no organizarse bajo un modelo de *compliance* conlleva el peligro de que directivos, trabajadores y la empresa misma se vean expuestos de forma constante a todo tipo de responsabilidades, incluso vulnerables a los efectos negativos para la reputación empresarial. Una primera aproximación a dicho concepto pasaría por afirmar que la "Ciencia del

[1847] NIETO MARTIN, Adán. "La corrupción en el comercio internacional (o cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)"; en: *Revista Penal*, N° 12, La Ley, 2003, p. 3.

[1848] NIETO MARTIN, Adán. "La privatización de la lucha anticorrupción", en: Arroyo Zapatero, Luis & Nieto Martín, Adán (Coords.). *El derecho penal económico en la era del compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. pp. 191-192.

Compliance"[1849] se ocupa i) en general: de la responsabilidad penal en el marco de la empresa, y ii) en concreto: de la determinación de las medidas que la dirección empresarial -en el marco de su deber de supervisión y prevención de riesgos general- debe adoptar para evitar la infracción de deberes jurídico-penales por parte de sus empleados y de la propia corporación, siendo la debida diligencia un principio fundamental que debe desplegarse sobre todos y cada uno de los componentes necesarios para prevenir y detectar comportamientos ilícitos de manera óptima: desde el diseño del programa de cumplimiento hasta la adopción de medidas correctivas posteriores a la infracción.[1850] El alcance y la intensidad de la debida diligencia se determinarán con base al nivel de riesgo específico al que se enfrenta cada empresa.

Expresiones como *Compliance Programs, Risk Management, Valué Management y Corporate Governance, Business ethics, Integrity Codes, Codes of Conduct y Corporate Social Responsibility*, describen nuevos conceptos de dirección empresarial que definen, acentuando de manera diferente, determinados objetivos y procedimientos de *management*[1851]. La tendencia se orienta cada vez más a que las empresas asuman privadamente, con sus propios recursos humanos y financieros, una función preventiva, basada en códigos de conducta, programas de cumplimiento, en el asesoramiento y en la vigilancia de la legalidad de sus administradores y empleados[1852]. No

---

[1849] COCA VILA, Ivó. "¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?", en: Silva Sánchez, Jesús María (Director). *Criminalidad de empresa y compliance*, Atelier, Barcelona, 2013, p. 54.

[1850] CARRIÓN ZENTENO, Andy. *Criminal compliance. De la ley de EE.UU de prácticas corruptas en el extranjero, el riesgo de las empresas de acción internacional y la trascendencia de los programas de cumplimiento*, Thomson Reuters, Lima, 2014, p. 108.

[1851] SIEBER, Ulrich. "Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica", en: Arroyo Zapatero, Luis & Nieto Martín, Adán (Coords.). Op. Cit., p. 65.

[1852] BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *«Compliance» y derecho penal. Prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas*, Hammurabi, Buenos Aires, 2012, p. 138.

obstante, el *compliance* no debe limitarse a la organización interna de la empresa, sino que cada organización en particular deberá emprender un examen exhaustivo de selección y evaluación permanente de terceros: proveedores, contratistas, representantes, consultores, abogados, contadores, entre otros; considerando su historial, cualificación, socios, reputación, relación con funcionarios extranjeros, entre otros criterios[1853].

Ahora bien, el germen del *compliance* y la lucha contra la corrupción se remonta a EE.UU. en la década de los setentas; siendo el escándalo político *Watergate,* que ocurrió en 1972 durante el mandato de Richard Nixon, y la constatación de que la mayoría de las grandes empresas norteamericanas pagaban sobornos de considerables sumas de dólares, el detonante del proceso de cambio[1854]. En este contexto nace la *Foreing Corrupt Practices Act* (FCPA) promulgada por el Congreso de Estados Unidos y refrendada por el presidente Jimmy Carter el 19 de diciembre de 1977, constituyéndose en el primer cuerpo legislativo que implicaba una incursión global contra la corrupción y que contiene los rasgos más importantes de la política actual en esta materia, siendo una norma con clara vocación de aplicarse extraterritorialmente.

La FCPA parte de que los efectos perjudiciales de la corrupción no radican solo en el daño que generan a la administración pública, sino que altera la competencia y daña a los inversores y afecta los intereses de los accionistas.[1855] En ese entendido, y restándose importancia al delito de corrupción cometido por el funcionario público, la FCPA trajo consigo una nueva política que afianzaba la importancia de los programas de cumplimiento como instrumento preventivo, exigiendo al sector privado que tome partido y se responsabilice, también, de la lucha contra la corrupción.

[1853] CARRIÓN ZENTENO, Andy. Op. Cit., pp. 81-83.

[1854] NIETO MARTIN, Adán. "La privatización de la lucha anticorrupción". pp. 194.

[1855] *Loc. cit*., p. 195.

A partir de la FCPA se busca corresponsabilizar a las empresas en la lucha contra la corrupción en base a la idea de que las empresas deben implicarse activamente en la prevención y detección de aquellos hechos delictivos cuyo riesgo de aparición se incrementa como consecuencia de la actividad que realiza la empresa. Precisamente, en los países que prevén la responsabilidad de las personas jurídicas, se viene extendiendo como fundamento de la responsabilidad el no haber adoptado medidas de prevención y detección, con el fin de impedir la comisión de delitos al interior de la organización. En consecuencia, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se muestra como un ejemplo de privatización de funciones públicas: La idea que se esconde tras la responsabilidad penal es que la imposición de una pena sirve para motivar a los dirigentes de la persona jurídica a poner en marcha un sistema "policial" interno que impida la comisión de delitos como la corrupción, y que en caso de que se hayan cometido, los descubra.[1856]

Asimismo, la FCPA introduce la extraterritorialidad del derecho penal nacional en un contexto en el que los delitos de corrupción se concebían exclusivamente en términos de perjuicio a la administración pública de un Estado, y se consideraba que la competencia de cada Estado se limitaba a la protección de la probidad y los principios básicos de su propia administración[1857]. La FCPA cambia de paradigma y busca sancionar precisamente la corrupción de funcionarios de otros Estados y organizaciones internacionales realizadas por empresas norteamericanas o realizadas en el territorio, o simplemente "a través", de los Estados Unidos.

[1856] Vid. GÓMEZ JARA DIEZ, Carlos. "La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en: Arroyo Jiménez, Luis/ Nieto Martín, Adán (Directores). *Autorregulación y Sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008; NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de personas jurídicas*, Iustel, Madrid, 2008.

[1857] NIETO MARTIN, Adán. "La privatización de la lucha anticorrupción". p. 196.

Siguiendo los orígenes del *compliance* y la privatización de la lucha contra la corrupción, se tiene que una década después, a raíz del develamiento de los escándalos de *insider trading* en la bolsa norteamericana, el Congreso estadounidense comprobó la inexistencia de incentivos eficaces para la instauración de programas preventivos en las empresas, situación que trató de revertir con el *Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act* de 1988.[1858] Sin embargo, no es sino a raíz del destape de casos de soborno y estafa en la industria de armamento que se da un impulso decisivo a la consolidación del *compliance*. En efecto, las empresas de defensa más grandes firmaron la *Defense Industry Initiative on Business Ethics and Conduct* a instancias del Departamento de Defensa norteamericano, comprometiéndose a adoptar y a poner en práctica un conjunto de principios y valores éticos que rijan sus negocios.[1859]

Ahora bien, la *Federal Sentencing Guidelines* es la primera y más completa directriz normativa en superar el déficit regulatorio de los programas preventivos que se materializó en el año 1991, elaborada por la *United States Sentencing Commission* a petición expresa del Congreso norteamericano. La versión primigenia de esta directriz consideró como un programa de cumplimiento efectivo a aquel que haya sido razonablemente diseñado, implementado y aplicado de tal manera que sea capaz de prevenir y detectar oportunamente una violación jurídica. Frente a las críticas de que un programa de cumplimento pueda ser calificado como una mero *cosmetic compliance*, las directrices fueron sometidas a revisión por un *ad hoc advisory group*, cuyas conclusiones se plasmaron en la reforma del 2004, demandando explícitamente, además de la disposición de un programa de cumplimiento, la orientación ética en la dirección empresarial a través del establecimiento de una cultura organizacional *to compliance with the law*. Otro de los aportes fundamentales se concentró en la clarificación de las competencias y responsabilidades de los directivos, a quienes se vinculó de forma amplia y directa en el se-

[1858] CARRIÓN ZENTENO, Andy. Op. Cit., p. 81-83.

[1859] *Loc. cit*., p. 81-83.

guimiento del programa preventivo. Siguiendo su política de reformas, en el año 2010 la *United States Sentencing Commission* sometió a otra significativa revisión las directrices del programa de cumplimiento de la FSG, abarcando temas como el comportamiento empresarial una vez descubierto el delito, el involucramiento de los directivos en el ilícito y la implementación de un sistema preventivo como sanción[1860].

Como reacción directa a los escándalos financieros que incluyeron a empresas como Enron y WorldCom, el 30 de julio de 2002 George Bush promulgó la *Sarbanes-Oxley Act* (SOA)[1861]. Esta ley, pensada para otorgar mayor protección a los inversores, se constituyó en uno de los más ambiciosos cuerpos normativos de lucha contra la criminalidad económica. Además de penalizar nuevos comportamientos e incrementar las sanciones de algunos de los delitos ya existentes, la SOA fortaleció y amplió los principios del gobierno corporativo de las empresas endureciendo y creando obligaciones vinculadas al *financial reporting, corporate compliance, internal control* y *enterprise risk management*[1862].

La Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Dodd-Frank Act) es una norma federal de los Estados Unidos de América que fue promulgada definitivamente el 21 de julio de 2010 y pone en práctica la reforma de la regulación financiera patrocinada por el gobierno del presidente Barack Obama. Introducida como una respuesta presuntamente drástica a la grave recesión económica y a las crisis financieras de los últimos años, la Dodd-Frank Act incorpora los cambios más significativos en la regulación financiera de los Estados Unidos desde la reforma que siguió a la Gran Depresión del año 1929. Ello representa un cambio significativo en el contexto económico, empresarial y regulatorio estadounidense, cosa que afecta a todos los organismos

[1860] *Loc. cit.,* p. 84.

[1861] *Loc. cit.,* p. 90.

[1862] *Loc. cit.,* p. 90.

federales de regulación financiera y a casi todos los aspectos de la industria de los servicios financieros del país.[1863]

La Dodd-Frank Act tiene como principal objetivo promover la estabilidad económica y financiera de los Estados Unidos de América mediante la mejora de los mecanismos de rendición de cuentas y la garantía de una mayor transparencia en el funcionamiento de las entidades del sistema financiero; todo ello para proteger al contribuyente americano y a los consumidores de prácticas abusivas de los servicios financieros, así como para poner fin a las llamadas entidades *too big to fail* y a los rescates financieros[1864]. Implementa toda una serie de cambios que afectan principalmente a la nueva regulación sobre las labores gubernamentales de vigilancia y supervisión de las instituciones que operan con recursos financieros. Además, crea una nueva agencia responsable de garantizar la aplicación íntegra y el cumplimiento efectivo de las leyes de protección de los consumidores de servicios financieros, así como también establece la introducción de requisitos reglamentarios más estrictos de garantía de capital para las entidades bancarias.

Por otra parte, acomete la reforma de la regulación de las *Credit Rating Agencies* e introduce importantes y sustanciales cambios en el ámbito del gobierno corporativo y en las prácticas de compensación económica a los altos ejecutivos de entidades financieras[1865]. También es interesante resaltar que la Dodd-Frank Act incrementa los estándares impuestos a los profesionales del sector, promoviendo que los trabajadores del sistema financiero informen convenientemente a las agencias gubernamentales de las posibles infracciones de la normativa. Así pues, se confiere a los *whistleblowers* un papel central en

---

[1863] GONZALES DE LEÓN BERINI, Arturo. "El *criminal compliance* en la reforma americana de la Dodd-Frank Act", en: Silva Sánchez, Jesús Maria (Director). *Criminalidad de empresa y compliance*, Atelier, Barcelona, 2013, p.131.

[1864] *Loc. cit*., p.132.

[1865] *Loc. cit*., p.133.

la articulación del sistema de cumplimiento efectivo de la normativa económica y financiera con el objetivo previsto de fortalecer así la protección general de los inversores mediante una mayor disuasión a las entidades financieras para evitar que lleven a cabo infracciones a la legislación vigente[1866].

Finalmente, las directrices internas y de procedimientos de la actividad persecutora del Departamento de Justicia de Estados Unidos, recogidas en el *United States Attorney's Manual* señala los criterios fiscales para evaluar la efectividad del programa de cumplimiento. Como punto de partida se señala que la mera instauración y funcionamiento adecuado de un programa preventivo interno no es suficiente para excluir de responsabilidad a los directores, empleados o agentes de la empresa. Asimismo, se admite explícitamente que ningún programa de cumplimiento, por más efectivo que sea, se encuentra en la capacidad de evitar cualquier comportamiento delictivo de los empleados. Contrariamente a las directivas analizadas precedentemente, el *United States Attorney's Manual* no enumera los requisitos necesarios de constitución del sistema preventivo, sino que los agrupa en criterios generales formulados a modo de preguntas: "*Is the corporation's compliance program well designed? Is the program being applied earnestly and in good faith? Does the corporation's compliance program work?*". Para dar respuesta a estas interrogantes los fiscales valorarán una serie de factores como la amplitud del programa preventivo; la extensión y la permisividad empresarial en la comisión del delito; el número y nivel de empleados comprometidos; la gravedad, frecuencia y duración de la infracción; y todas las acciones de remedio adoptadas por la empresa, como la instauración de investigaciones internas, las sanciones impuestas, la adaptación del programa de cumplimiento a las nuevas exigencias, entre otras[1867].

[1866] CARRIÓN ZENTENO, Andy. Op. Cit., p. 91.

[1867] CARRIÓN ZENTENO, Andy. Op. Cit., p. 93.

III. DEBIDA DILIGENCIA Y COMPROMISO *TO COMPLIANCE WITH LAW*

El programa de cumplimiento es el componente más importante del sistema de control interno. De acuerdo a la *Federal Sentencing* para que un programa de cumplimiento posea tal cualidad, la organización debe basarse en dos principios fundamentales: i) el ejercicio de la debida diligencia para prevenir y detectar conductas ilícitas; y, ii) la promoción de una cultura organizacional que fomente una conducta ética y un compromiso *to compliance with the law*. Es decir, el sistema de cumplimiento deberá concebirse de tal manera que determine y promueva una cultura de comportamiento ético, el mismo que debe estar en la capacidad de prevenir, detectar y corregir infracciones legales.[1868]

En relación al responsable del cumplimiento o *compliance officer*, se tiene que su perfil se desprende del entendimiento del concepto mismo de *compliance* de la empresa. Así pues, pese a no existir los parámetros delimitados de sus funciones, se puede decir -en líneas generales- que su actividad consiste en procurar que los miembros de la empresa observen y sigan las reglas jurídicas; lo que incluye el conglomerado de deberes para el control de peligros que se generan en los procesos empresariales y la sujeción a todos los preceptos y medidas encaminadas a asegurar el respeto de tales deberes.

Se pueden identificar tres grandes etapas en la implementación de los programas de cumplimiento. En primer lugar se tiene **EL DISEÑO DEL PROGRAMA** que debe ser aprobado por la dirección de la empresa y debe satisfacer los estándares de calidad referidos a la identificación, control, información y evitación de los riesgos de la empresa. Un factor determinante para el diseño, implementación y desarrollo del programa de cumplimiento es la identificación y valoración de los riesgos potenciales de infracción jurídica que supone la actividad empresarial. La efectividad del programa dependerá precisamente del adecuado emprendimiento de dicha tarea, la misma que deberá abordarse de for-

[1868] *Loc. cit*., pp. 16-17.

ma permanente y en atención al grado de probabilidad de configuración de ciertas conductas corruptas. Más allá de esta particularidad, otros factores a considerar en la identificación de los riesgos son: el sector del negocio, los socios de la empresa, el nivel de involucramiento con un determinado gobierno, agentes o terceros, antecedentes delictivos de la organización, donaciones gubernamentales, financiación de viajes y entretenimiento de funcionarios extranjeros, pagos de facilitación, lobby, entre otros.

En cuanto a los destinatarios del código de conducta, el alcance internacional de los negocios y las complejas formas de manifestación de la corrupción obligan a que estos no sean únicamente los trabajadores directos de la empresa, sino que se extienda, en la medida de lo posible, a los así llamados *agents and business partners*, esto es, a los apoderados, asesores, representantes, intermediarios, socios de la *joint venture*, entre otros agentes similares. De lo que se trata es de vincular el carácter preventivo del código con la realidad criminógena[1869].

En el ámbito procedimental, el código de ética debe señalar las medidas de debida diligencia a adoptar frente a circunstancias de alerta (*compliance red flags*) o de especial relevancia riesgosa, como por ejemplo, la negativa a suscribir declaraciones o garantías del cumplimiento de normas anticorrupción; comisiones o desembolsos inusualmente elevados; pagos fuera del país en el que el representante o tercero reside o se prestan los servicios; desembolsos en efectivo; evasión de controles de cambio o de impuestos; nombres de directores, representantes o intermediarios no revelados; pagos no abarcados por las normas del país que se trate; depósitos en paraísos fiscales; incorporación a la empresa o mantenimiento de una relación laboral o de negocios con familiares de funcionarios, por mencionar algunos ejemplos[1870].

[1869] CARRIÓN ZENTENO, Andy. Op. Cit., p. 103

[1870] CARRIÓN ZENTENO, Andy. Op. Cit., p. 104.

Solo cuando se formulan los procedimientos y las conductas prohibidas de manera clara y, por tanto, accesible a los trabajadores, se pueden tener expectativas de su correcta aplicación y adecuado seguimiento. Por esta razón se recomienda un código de ética de lenguaje sencillo, orientado a la práctica diaria antes que a formulaciones abstractas únicamente comprensibles a ojos de expertos[1871].

En segundo lugar se tiene **LA COMUNICACIÓN, APLICACIÓN Y CAPACITACIÓN SOBRE EL PROGRAMA** para lograr su efectiva materialización y fines preventivos en todos los niveles de la empresa. En efecto, sin el conocimiento y la adecuada interiorización por parte de los miembros de la empresa de las conductas prohibidas consignadas en el código de conducta no se pueden albergar expectativas de su fidelidad. Para lograr tal fin se exige de la organización empresarial la adopción de medidas razonables para comunicar efectiva y periódicamente sus directrices de cumplimiento normativo, ya sea ofreciéndose programas de capacitación o, de lo contrario, difundiendo la información pertinente sobre las funciones y responsabilidades individuales. De lo que se trata es de hacer accesible las líneas de comportamiento tomando en cuenta las competencias particulares que se adscribe a cada empleado, por un lado, y ofreciendo herramientas prácticas para la identificación de las conductas prohibidas, por otro[1872].

En tercer lugar se tiene **EL CONTROL Y SEGUIMIENTO DE LAS NORMAS DERIVADAS DEL PROGRAMA**, esto es la identificación de las posibles infracciones y el envío de información a la dirección de la empresa con el fin de prevenirlas[1873]. Para todo ello, resulta de vital importancia que en la empresa se haya realizado un análisis de los ries-

---

[1871] *Loc. cit*., p. 103

[1872] *Loc. cit*., p. 107

[1873] ROBLES PLANAS, Ricardo. "El responsable de cumplimiento *(«compliance officer»)* ante el derecho penal", en: Silva Sánchez, Jesús María (Director). *Criminalidad de empresa y compliance*. Barcelona, Atelier, 2013, pp. 320 y ss.

gos jurídicos, y que exista una declaración de la alta administración de actuar en el futuro contra determinadas irregularidades. Es importante, de igual manera la comunicación de conocimientos jurídicos en la empresa mediante circulares o memorándums, así como la documentación de las medidas adoptadas y de las irregularidades jurídicas descubiertas.

Ahora bien, la adopción de un código de conducta sin la participación de los responsables de la empresa en su aplicación y seguimiento, ha demostrado ser insuficiente para el establecimiento de una cultura ética. *La Federal Sentencing Guidelines* se hizo cargo de esa deficiencia imponiendo al consejo directivo los deberes, por un lado, de conocer el contenido y la ejecución del programa de ética y cumplimiento; y, por otro, de vigilar razonablemente su implementación y eficacia. Las mismas obligaciones son trasladadas a los ejecutivos encargados del manejo y administración del ente colectivo. Así, en caso de configurarse un comportamiento corrupto de algún empleado, el directivo no se hará responsable por dicho acto en tanto haya satisfecho sus obligaciones de *compliance*, es decir, haya cumplido con procurarse el conocimiento suficiente sobre el funcionamiento del sistema preventivo, además de vigilar su adecuada instauración y efectividad[1874].

Sentado que también los deberes de control y vigilancia propios de la dirección de la empresa son susceptibles de delegación, es precisamente en este marco donde entra en escena la figura del responsable de cumplimiento. Entre otras cosas, asume la vigilancia sobre el correcto cumplimiento del Derecho en las diversas capas de la empresa y la transmisión de las informaciones relevantes al respecto a los órganos de dirección. Ciertamente, el responsable de cumplimiento no tiene facultades ejecutivas ni asume, con carácter general, la obligación de impedir delitos en los ámbitos sometidos a su competencia. Su asunción es más limitada: debe obtener un conocimiento respecto del cumplimiento del Derecho en la empresa y, en caso de detectar que algo va mal, debe transmitirlo para que lo corrija el competente.

[1874] CARRIÓN ZENTENO, Andy. Op. Cit., p. 104

Por consiguiente, el responsable de cumplimiento no asume la completa posición de garantía de control o vigilancia por delegación del órgano competente, ni tampoco se genera una nueva posición de garantía con el mismo contenido, sino que lo asumido es sólo una parte: el deber de investigar y transmitir información al órgano superior. Por consiguiente, es erróneo entender que al responsabilizar al responsable de cumplimiento se está institucionalizando una "cabeza de turco" en la empresa.[1875]

Finalmente, la *Federal Sentencing Guidelines* dispone el otorgamiento de incentivos y la imposición de sanciones al interior de la empresa como medidas orientadas a promover y aplicar de manera consistente el programa de cumplimiento en toda la organización. La forma de implementación del dispositivo y la determinación del tipo de incentivos y sanciones está delegada a cada una de las empresas. Se estará lejos de cumplir con ese objetivo si dado el caso no se adopta ninguna medida sancionatoria contra la persona transgresora de las políticas empresariales anticorrupción, pues de esta manera se pondrá en duda la credibilidad del programa de cumplimiento, por una parte, y se daría a entender la implícita tolerancia de la corrupción, por otra[1876].

Ahora bien, el solo hecho de tener un sistema de *compliance* no implica evidentemente una solución automática. Existen tres grandes problemas en la implementación del sistema de *compliance* en las empresas. El primero de ellos es el que puede denominarse **el problema de la *cosmética***[1877]. Los fiscales o autoridades administrativas señalan que la existencia de un programa de cumplimiento en el seno de una organización, no indica necesariamente una voluntad de implantar una

---

[1875] ROBLES PLANAS, Ricardo. "El responsable de cumplimiento", pp. 320 y ss.

[1876] CARRIÓN ZENTENO, Andy. Op. Cit., p. 107

[1877] NIETO MARTIN, Adán. "*Regulatory capitalism* y cumplimiento normativo", en: Arroyo Zapatero, Luis & Nieto Martín, Adán (Coords.). Op. Cit., p. 22.

cultura de respeto a la legalidad e implementar los controles que para ello sean necesarios. Los programas de cumplimiento podrían tratarse de una simple fachada fabricada por el *compliance bussines*, que los administradores adoptan como si fuera una suerte de seguro antimultas. De producirse un delito, la defensa de la empresa lo mostraría ante los fiscales o autoridades administrativas con el fin de convencerles de que ha hecho todo cuanto estaba en su mano, y que por tanto la empresa y sus funcionarios carecen de responsabilidad o esta debe ser atenuada. Así, el primer gran problema de los programas de cumplimiento es, por tanto, que carecen de credibilidad.

Esta deficiencia fue advertida en casos concretos, en el año 2001, por ejemplo, se hizo público el estado de insolvencia de Enron: La empresa contaba con un programa de cumplimiento según los siete puntos requeridos por la FSG para la prevención y detección de infracciones. Su código de conducta las agrupaba bajo la fórmula "*Respect, Integrity, Communication and Excellence*" (R.I.C.E), enfatizando su seguimiento empresarial en todos los niveles. Precisamente, el fracaso de este y otros sistemas preventivos, aunado a la suma de críticas vertidas contra la viabilidad de la FSG, afianzaron la idea que la simple adopción de un programa de cumplimiento no determina el comportamiento de acuerdo a "derecho" de la empresa y sus empleados, en tanto no se instale una verdadera "cultura" organizativa de seguimiento normativo[1878].

En segundo lugar, se tiene **el problema de la determinación penal o certeza**, que viene de la mano con el lamento de las empresas por la falta de seguridad jurídica. Y es que la realidad nos muestra que el legislador exige ejercer el debido control, sin dar pista a las empresas acerca de cuál debe ser el contenido preciso de los programas de cumplimiento ni cuál será el concreto nivel de exigencia judicial.

El tercer problema radica en que el sistema de *compliance* en la empresa supone, al menos en parte, **la privatización de una función**

[1878] CARRIÓN ZENTENO, Andy. Op. Cit., p. 86

pública tan importante como es la del control de la criminalidad. El día a día nos muestra que se exige a las empresas que investiguen las infracciones que han tenido lugar en su interior, e incluso se las exhorta a aportar los resultados de esta investigación a una investigación oficial, más aún en el proceso penal. De esta manera, se obliga a las empresas a financiar los costes que supone para el Estado la criminalidad de empresa. Ahora bien, lo preocupante no es solo que la investigación interna se venga convirtiendo en una especie de privatización de la fase de investigación, sino que existe el peligro de que la investigación interna eluda las garantías procesales mínimas[1879]. No menos cuestionado, puede ser el comportamiento empresarial frente al ilícito, pues la información brindada a las autoridades persecutoras generalmente compromete solo a ejecutivos del más bajo nivel y no a quienes se ubican en las más altas esferas decisionales de la empresa. De esta manera, los programas de cumplimiento no necesariamente se instauran con la finalidad de prevenir y detectar el delito, sino muchas veces con la intención de salvaguardar de responsabilidad a los altos ejecutivos.

Por estas razones, conviene que las empresas establezcan responsablemente un departamento de cumplimiento que cuente con proce-

[1879] Como señala CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "La garantía del debido proceso también ha sido extendida al ámbito particular a fin de determinar la procedencia de las demandas constitucionales contra decisiones producidas dentro de un procedimiento irregular" (*Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Ara Editores, Lima, 2004, p. 167). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido de modo vinculante que el debido proceso rige incluso en el ámbito de las instituciones de derecho privado y en todo tipo de procedimiento que pueda traer consigo consecuencias para los derechos personales: "el respeto de las garantías del debido proceso, no puede soslayarse, de modo que también son de aplicación en cualquier clase de proceso o procedimiento disciplinario privado, como el desarrollado por el Club demandado; que si bien, en consecuencia, no se privó al demandante de todo derecho de defensa, tampoco se le brindaron las garantías constitucionales del caso. (…)", STC de 12.12.96, Exp. 0067-1993-AA/TC, caso del Club de Regatas Lima, repetida en la STC de 17.12.04, Exp. 3312-2004-AA/TC y otras posteriores.

dimientos realmente estructurados para prevenir riesgos y responsabilidades de todos y cada uno de los miembros de la corporación. Debe contar también con una política de sanciones disciplinarias, fijando con claridad los derechos y obligaciones de los empleados en las investigaciones internas y los elementos esenciales del proceso de investigación. Y es que si se va a llevar a cabo una investigación interna, al menos deben aplicarse garantías similares o comunes al núcleo del derecho sancionador. Determinar previamente estas cuestiones otorga legitimidad al sistema de *compliance*, tanto a las investigaciones como a las sanciones disciplinarias que del mismo emanen.

IV. PROPUESTAS DE RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y MODELOS DE PREVENCIÓN EN PERÚ

Aterrizando a lo que ocurre en la realidad peruana, se tiene que actualmente somos testigos de la creación de proyectos de ley que promueven modificaciones relacionadas al sistema interno de prevención y responsabilidad de la persona jurídica, que se dan en un afán por no perder paso frente a la dinámica internacional en la materia; proyectos que muchas veces solo implican la copia de instrumentos jurídicos internacionales sin la adecuación del texto a las exigencias constitucionales o a las instituciones jurídicas internas. El riesgo que se corre es que estos proyectos pasen a ser derecho interno tras un escaso o nulo debate, denotando la falta de una estrategia a largo plazo.

La propuesta recogida en el Proyecto de Ley N° 1627/2012-PJ de fecha 22 de octubre de 2012 presentado por el Juez Supremo César SAN MARTIN CASTRO, tiene sustento en la reforma penal española, Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio de 2010, que reconoce la responsabilidad de la persona jurídica. En ese sentido se promueve la reforma del artículo 105 del Código penal[1880], instaurando la responsabilidad de

[1880] Artículo 105°.- Responsabilidad penal de la persona jurídica.

"Las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en su nombre o por cuenta de las mismas y en su provecho, por

la persona jurídica: i) por los delitos cometidos en su nombre o por cuenta de la misma, y en su provecho, por sus representantes legales y sus administradores de hecho o de derecho; así como ii) por los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a autoridad de sus gestores y órganos han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas situaciones del caso. De este modo, el artículo 105 propuesto incorpora el texto de los dos primeros párrafos del artículo 31 bis de la Ley Orgánica 5/2010 [1881]

---

sus representantes legales y sus administradores de hecho o de derecho.

Las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de sus gestores y órganos, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas situaciones del caso. (…)"

[1881] Artículo 31 bis.-

«1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.
4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:
   a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
   b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
   c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
   d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.
5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.»

sin incluir por tanto, la circunstancia atenuante de la responsabilidad de las personas jurídicas por haber establecido con posterioridad a la comisión del delito y antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica recogida, en el literal d del numeral 5 del artículo en referencia. De este modo, en el proyecto en mención no se establece ningún tipo de previsión sobre los programas de prevención del delito a través del *compliance* como elemento para excluir responsabilidad o atenuante de la pena.

El Proyecto de Ley N° 2225/2012-CG: "Ley que modifica los artículos 27, 104 y 105 del Código penal" presentado por el Congresista José Antonio Urquizo Maggia, elimina la figura del "actuar en nombre de otro" recogida en el artículo 27° del Código penal y se centra en proponer una fórmula legal de responsabilidad penal de la persona jurídica:

> *"Artículo 27.- Las personas jurídicas, a excepción del Estado, serán penalmente responsables conforme a las reglas de este capítulo, de los delitos cometidos por su cuenta, por sus órganos, representantes o por cualquier integrante o persona por delegación de éstos.*
>
> *No están excluidas de dicha responsabilidad aquellas personas jurídicas, que, con relación al Estado, intervienen en calidad de delegación, tercerización, asociación, u otra forma similar.*
>
> *La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas de los mismos hechos".*

En cuanto a las sanciones aplicables a las personas jurídicas, mantiene las medidas recogidas en el artículo 105° del Código penal vigente. Al igual que el proyecto anterior, no introduce alguna previsión sobre los sistemas de *compliance* para excluir responsabilidad o como atenuación de pena.

El Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos propone un texto sustitutorio mediante el cual se propone la Ley del Nuevo Código Penal, que, siguiendo en gran medida el texto de la Ley 20.393

de Chile publicada el 2 de diciembre de 2009, incluye artículos sobre la responsabilidad de las personas jurídicas y modelos de prevención aplicable a las mismas.

Precisamente, la Ley N.° 20.393 chilena, adoptando el modelo de regulación propuesto por el Profesor NIETO MARTÍN y siguiendo la regulación italiana (aunque designándola directamente como responsabilidad penal y no como responsabilidad legal o administrativa, según se prevé en la legislación italiana y se preveía en el proyecto original), introdujo una regulación específica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas derivada de la comisión de determinados delitos, como el lavado de activos, financiamiento del terrorismo y corrupción de funcionarios públicos[1882], siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión de la persona jurídica. Estos deberes generales de dirección y supervisión se especifican en la ley, y se entiende que se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir la comisión de delitos como el cometido.

La ley chilena indica que las personas jurídicas podrán adoptar o no programas de prevención, y establece los lineamientos para el caso que los adopten, recogiendo los principales elementos de la FCPA: la designación de un encargado de prevención con facultades y recursos independientes de la gerencia de la empresa encargado de establecer un sistema de prevención de delitos, que tome en cuenta los riesgos de su comisión en las actividades de la empresa, establezca protocolos y reglas de actuación que permitan minimizarlos, y un sistema de sanciones internas que haga posible su *enforcement* dentro de la misma. No obstante, no se exige el establecimiento de códigos de ética ni la promoción de la ética empresarial, como parte del modelo de prevención.

[1882] MATUS ACUÑA, Jean Pierre. "La certificación de los programas de cumplimiento", en: Arroyo Zapatero, Luis & Nieto Martín, Adán (Coords.). Op. Cit., p. 145.

Si una empresa ha adoptado un modelo de prevención, la ley considera también la posibilidad de que decida someterlo a un proceso de "certificación" de la adopción e implementación de su programa de cumplimiento. De obtenerse tales certificados, éstos deberán indicar que el modelo de prevención o programa de cumplimiento "contempla todos los requisitos" establecidos por la ley, en relación "a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica". Dichas certificaciones podrán ser expedidas por las empresas de auditoría externa, clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros - el equivalente funcional en Chile de la SEC norteamericana- delegando en dicha entidad la regulación específica de este proceso.

Pues bien, el texto de la propuesta peruana contiene un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas aplicable a toda clase de organizaciones por el delito de cohecho activo internacional, por los actos de: i) sus administradores de hecho de derecho, representantes legales, contractuales y órganos colegiados, siempre que actúen en el ejercicio de sus funciones propias de su cargo; ii) las personas naturales que prestan cualquier tipo de servicio a la entidad, y que, estando sometidas a la autoridad y control de los gestores y órganos mencionados, actúan por orden o autorización de estos últimos; iii) las personas naturales que prestan cualquier tipo de servicio a la entidad, cuando no se ejerza el debido control y vigilancia en atención a la situación concreta del caso.

Siguiendo la legislación comparada, de países como Italia, Austria, Estados Unidos o la Bribery Act en el Reino Unido[1883], que prevén la posibilidad de no sancionar o imponer una sanción atenuada si la empresa ha establecido un sistema de cumplimiento adecuado; en la propuesta legislativa se incorpora: i) un supuesto de exclusión de responsabilidad de la persona jurídica cuando con anterioridad a la comisión del

[1883] La *Bribery Act* ha creado un delito autónomo para la persona jurídica denominado *"failure of comercial organisation to prevent bribery"*. infracción que castiga a las empresas que no previenen la corrupción de manera adecuada y que se aplica extraterritorialmente.

delito, la persona jurídica voluntariamente hubiere adoptado e implementado en su organización modelos de prevención con anterioridad a la comisión del delito, en atención a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, ii) de atenuación de la responsabilidad de la persona jurídica cuando se hubiere adoptado e implementado por parte de la persona jurídica, después de la comisión del delito, un modelo de prevención o iii) de circunstancia atenuante privilegiada si se acreditasen parcialmente los elementos previstos en el modelo de prevención, pudiéndose reducir la medida hasta un tercio por debajo del mínimo legal establecido.

El modelo de prevención aplicable a las personas jurídicas es facultativo, pero se especifica en el proyecto de ley, entregándose lineamientos mínimos para el caso que los adopten. Si bien estos lineamientos mínimos recogen el modelo chileno, y en consecuencia, algunos elementos de la FCPA, no reflejan el estado de la cuestión en el derecho comparado, al haberse trasladado en el proyecto de manera bastante disminuida y cuya adopción no implica el establecimiento de una cultura organizacional *to compliance with the law*, haciendo viable que las empresas adopten el modelo como una fachada para beneficiarse con la exclusión de responsabilidad o atenuación de la sanción, o para salvaguardar de responsabilidad a los altos ejecutivos.

Se señala que el modelo de prevención debe contener como mínimo los siguientes elementos:

1. Una persona u órgano designado por el máximo órgano de administración de la entidad, que ejerza la función de auditor interno de prevención y que cuente con el personal, medios y facultades necesarias para cumplirla adecuadamente. Esta función deberá ejercerse con la debida autonomía respecto del órgano de administración, sus propietarios, accionistas o socios.
2. Como medidas preventivas debe establecerse: i) La identificación de las actividades o procesos de la entidad que generen o incrementen riesgos de comisión de los delitos, ii) El establecimiento de procesos específicos que permitan a las personas que

> intervengan en estos, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los delitos, iii) La identificación de los procesos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en la comisión de conductas delictivas, iv) La existencia de sistemas de denuncia, protección del denunciante, persecución e imposición de sanciones internas en contra de los trabajadores o directivos que incumplan el modelo de prevención. Al igual que en Estados Unidos o Chile, se prevé la posibilidad de que el modelo de prevención pueda ser certificado por tercero dentro del marco de los sistemas nacionales de acreditación y certificación del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) con la finalidad de acreditar el cumplimiento de todos los elemento establecidos en el modelo de prevención.

Pues bien, es evidente que el vertiginoso desarrollo de la economía, la tecnología y los cambios políticos constituyen un reto permanente de adaptación de las normas de control a las nuevas realidades, pero es de esperarse que éstas ocurran en el contexto de una estrategia coherente de prevención. Sin embargo, se vienen dando propuestas que, lejos de corresponderse con una estrategia coherente de prevención, parecen obedecer más a una reacción improvisada frente a los avances de la legislación comparada.

Nuevamente, un sistema de *compliance* adecuadamente implementado es la mejor garantía para que la empresa no se vea involucrada en situaciones de riesgo penal. Cada miembro de la empresa deberá interiorizar que el cumplimiento del Derecho vigente no debe obedecer a la casualidad, al compromiso individual o a los intereses parciales de un departamento, sino a una arquitectura de *compliance* vinculada globalmente con las actividades empresariales tanto internas como externas. Pero ello implica la instauración de una cultura de cumplimiento, que en países como el nuestro se enfrenta a altos niveles de informalidad y corrupción privada y pública que, desde ya, conspiran contra la eficacia de ese sistema general de prevención del riesgo penal corporativo a través del *compliance*.

V. SOBRE LA LEY N° 30424 QUE REGULA LA RESPONSABILIDAD "*ADMINISTRATIVA*" DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR EL DELITO DE COHECHO ACTIVO TRANSNACIONAL

Dino Carlos Caro Coria[1884]*

1. Generalidades

Luego de 195 años de vida republicana con "*societas delinquere non potest*", y tras su aprobación el 17 de marzo de 2016 por el Congreso de la República, el 21 de abril se publicó la Ley N° 30424, "*Ley que regula la responsabilidad administrativa de las Personas Jurídicas por el delito de Cohecho Activo Transnacional*", tipificado por el artículo 397°–A del Código Penal. La nueva Ley, de conformidad con lo establecido en la Primera Disposición Complementaria Final, entrará en vigencia el 1 de julio de 2017.

2. Una responsabilidad penal llamada "administrativa"

La Ley tiene por objeto regular la llamada responsabilidad "administrativa" de las Personas Jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, de lo que se derivan dos conclusiones inmediatas. La primera es que las Personas Jurídicas tendrán responsabilidad administrativa únicamente por ese delito de cohecho activo transnacional y no por la comisión de otros ilícitos, como se proponía por ejemplo en el Proyecto del Poder Ejecutivo N° 4054-2014-PE de diciembre de 2014, que postulaba la inclusión además de los delitos de colusión desleal, peculado, cohecho activo y tráfico de influencias.

[1884] Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca/España. Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Gerente General del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (www.cedpe.com). Socio Fundador y Gerente General de Caro & Asociados (www.ccfirma.com).

La segunda conclusión es que en nuestro ordenamiento jurídico aún se mantendría vigente el viejo principio *"societas delinquere non potest"*, es decir, que las Personas Jurídicas no pueden delinquir ni responder penalmente, al menos en el plano formal dado que se recurre al término "*responsabilidad administrativa*". Pero la determinación de dicha responsabilidad no se llevará a cabo en sede administrativa[1885], sino en sede penal, por un juez penal, en el marco y con las garantías de un proceso penal, aplicándose las disposiciones pertinentes del Código penal y del Código procesal penal de 2004[1886].

Por ello no somos pocos los que consideramos que la Ley recurre a una suerte de "*fraude de etiqueta*" al denominar "*administrativa*" a lo que en rigor es una responsabilidad penal corporativa. Contra ello puede argumentarse desde luego que la Ley no impone una verdadera responsabilidad penal porque por ejemplo el art. 3 señala que "*Las personas jurídicas (…) son responsables administrativamente por el delito de cohecho activo transnacional (…)* ***cuando este haya sido cometido (…) por***" alguna de las personas física o naturales indicadas en los literales a), b y c), con lo que la misma Ley estaría previendo que no se trata de un delito de la persona jurídica sino de un delito de la persona natural, tras el cual el ente colectivo solo responderá administrativamente.

A esta interpretación se opone sin embargo el propio art. 4 de la Ley, cuando indica que "*La responsabilidad administrativa de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural*", con lo que no es posible concluir que la sanción "administrativa" contra la persona jurídica es consecuencia inmediata del delito de la persona

---

[1885] Como si se aprecia en la reciente Ley N° 1778 de 2 de febrero de 2016 de Colombia, conforme a la cual las personas jurídicas serán sancionadas por la Superintendencia de Sociedades si cometen actos de corrupción transnacional.

[1886] La Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30424 establece que "*La investigación, procesamiento y sanción de las personas jurídicas, de conformidad con lo establecido en la presente Ley, se tramitan en el marco del proceso penal, al amparo de las normas y disposiciones del Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo 957*".

natural, y más porque luego el art. 4 prescribe que "*Las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no enervan la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas*".

Estamos por tanto ante un régimen de responsabilidad autónoma de la persona jurídica, distinto y paralelo al de la persona física, y a la que algunos preferirían llamar solo "*administrativa*" para evitar el estigma que la pena acarrearía para la reputación de la empresa: no es lo mismo concluir que una corporación fue sancionada administrativamente por el delito de corrupción cometido por uno de sus empleados, a sentenciar que la empresa fue condenada penalmente por un acto de corrupción cometido por ella.

Finalmente en cuanto a esto, durante el debate técnico y parlamentario también se postuló que estamos ante un sistema mixto o híbrido, penal y administrativo a la vez[1887], penal porque la medida la impone el juez penal en un proceso penal, y administrativa porque no se requeriría la culpabilidad de la persona jurídica, con lo que se trataría de una suerte de responsabilidad objetiva del ente colectivo. Pero esto no puede aceptarse por dos motivos, primero porque una "administrativización" de la sanción no puede conllevar la pérdida de una garantía esencial de todo el derecho sancionatorio, la exigencia de culpabilidad es un límite al *ius puniendi* estatal, penal o administrativo. Y en segundo término porque la propia Ley establece en el art. 17 la posibilidad de que la persona jurídica quede exenta de responsabilidad si adopta e implementa, antes de la comisión del delito, un modelo de prevención, es decir cuando se organiza para administrar el riesgo dentro de los niveles de riesgo permitido, como una expresión de su falta de culpabilidad en el caso concreto.

[1887] En parte bajo la inspiración de regímenes como los de Italia y Alemania, en el sentido que la persona jurídica es sancionada solo administrativamente pero mayores garantías, similares a las del Derecho penal.

3. Se aplica incluso a las personas jurídicas sin fines de lucro

Para efectos de la Ley, se considera como Personas Jurídicas a las entidades de Derecho privado, las asociaciones, fundaciones, comités no inscritos, sociedades irregulares, entes que administran un patrimonio autónomo, empresas del Estado y sociedades de economía mixta, de modo que estamos a un ámbito que va más allá del empresarial, al comprenderse a entes colectivos sin fines de lucro. Con un ejemplo, si una ONG basada en Perú comete un acto de corrupción trasnacional en el marco de sus actividades, entonces podrá ser perseguida en un proceso penal ante los tribunales peruanos.

4. Responsabilidad derivada de los actos de una persona natural

Como señala Hernández Basualto, existen dos modelos legislativos ideales de responsabilidad penal de personas jurídicas, por un lado un modelo de ***responsabilidad derivada***, conforme al cual se hace recaer sobre la persona jurídica la responsabilidad penal de una persona natural en virtud de algún criterio de conexión entre una y otra, generalmente la circunstancia de ser la persona natural órgano o al menos subordinado del ente moral. Por otra parte, un modelo de ***responsabilidad autónoma u originaria***, según el cual la responsabilidad surge directamente de una conexión entre el hecho prohibido y una característica de (o un cierto estado de cosas en) la entidad, siendo irrelevante la eventual responsabilidad de una persona natural[1888].

La Ley peruana asume un modelo atenuado de responsabilidad derivada, predomina por una parte la necesidad de una conexión entre el individuo responsable y su hecho con la persona jurídica. Pero a la vez, el ente colectivo puede excluirse o atenuar su responsabilidad si ha instaurado un modelo de prevención de actos delictivos, aspecto que se comenta en el apartado V. Así, estas entidades serán administrati-

[1888] HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. "*La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*". En: *Polít. crim*. Vol. 5, Nº 9, Julio 2010, pp. 216-217.

vamente responsables en base a los siguientes supuestos de "conexión", reconocidos en el artículo 3° de la Ley:

i) Cuando los administradores de hecho o de derecho, representantes legales, contractuales y órganos colegiados de la Persona Jurídica, actuando en el ejercicio propio de su cargo, cometan el delito en nombre o por cuenta, y en exclusivo beneficio directo o indirecto, de la propia persona jurídica.

ii) Cuando una persona natural que presta un servicio de cualquier naturaleza a la persona jurídica, con independencia de su régimen laboral y de la relación contractual, y que se encuentra bajo la autoridad o control de los administradores de hecho o de derecho, representantes legales, contractuales u órganos colegiados, comete el delito por orden o autorización de estos, y haya actuado en nombre o por cuenta, y en exclusivo beneficio directo o indirecto, de la propia persona jurídica.

iii) Cuando una persona natural que presta un servicio de cualquier naturaleza a la persona jurídica, con independencia de su régimen laboral y de la relación contractual, comete el delito, actuando en nombre o por cuenta, y en exclusivo beneficio directo o indirecto, de la propia Persona Jurídica, debido a que no se ejerció sobre ellas el debido control o vigilancia por parte de los Administradores de hecho o de derecho, representantes legales, contractuales u órganos colegiados.

5. Sanciones "administrativas" que impone el Juez Penal en un proceso penal

Una vez demostrada en un proceso penal la existencia de responsabilidad administrativa, el juez penal puede aplicar cualquiera de las siguientes sanciones administrativas, estipuladas en el artículo 5° de la ley, de manera conjunta o individual, o, en determinados casos, suspender la ejecución de la sanción:

i) Sanción de multa hasta el séxtuplo del beneficio obtenido o esperado. Cuando no se pueda determinar el monto del beneficio,

el juez penal podrá determinar la multa administrativa entre un monto no menor de diez ni mayor de quinientas unidades impositivas tributarias (S/. 39,500.00 – S/. 1'975,500.00), atendiendo a los ingresos anuales de la persona jurídica al momento en que se cometió el delito.

ii) La inhabilitación de la persona jurídica, en sus modalidades de suspensión temporal de actividades sociales, de prohibición temporal o definitiva de llevar a cabo actividades de la misma naturaleza en que se cometió, favoreció o encubrió el delito, y la suspensión temporal para contratar con el Estado.

iii) Cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas y municipales otorgadas a la persona jurídica.

iv) Clausura temporal o definitiva de locales y establecimientos de la persona jurídica.

v) Disolución de la persona jurídica.

vi) Intervención temporal de la persona jurídica.

La Ley, a través de la Quinta Disposición Complementaria Final, crea un Registro de Personas Jurídicas sancionadas administrativamente, de carácter público, a ser implementado por el Poder Judicial, donde se inscribirán temporal o definitivamente las sanciones administrativas impuestas, con expresa mención del nombre, la clase de sanción y duración, así como el detalle del órgano jurisdiccional y fecha de la sentencia firme, sin perjuicio de cursar parte a los Registros Públicos para su inscripción, en caso corresponda.

6. La instauración de programas de cumplimiento para reducir o evitar la pena

La nueva Ley establece como circunstancia eximente y atenuante de la responsabilidad administrativa, la implementación por parte de la Persona Jurídica de un Programa de Cumplimiento Normativo en materia Penal o de alguno de sus elementos (en adelante "*Compliance*

Program"), de manera previa o posterior al delito cometido, respectivamente. Según el artículo 17° de la Ley, los requisitos mínimos que deben contener los *Compliance Program*, son los siguientes:

i) Que esté encargado a una persona u órgano autónomo del órgano de administración, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica, que cuente con el personal, los medios y las facultades necesarias para cumplir adecuadamente una función de auditoría interna de prevención.

ii) Que contenga medidas preventivas orientadas a: identificar las actividades que generen o incrementen riesgos de la comisión del delito; establecer procesos específicos que permitan a las personas programar y ejecutar sus tareas o labores de manera preventiva a la comisión del delito; identificar procesos de administración y auditoría de los recursos financieros; implementar canales de denuncia internos, brindar protección al denunciante, perseguir las infracciones al *Compliance Program* e imponer sanciones internas; y,

iii) Que contenga un mecanismo de difusión y supervisión interna del *Compliance Program*, aprobado por un reglamento o similar emitido por la persona jurídica.

7. Perspectivas futuras

La nueva regulación no solo ha levantado suspicacias sobre la conveniencia de penalizar una franja de la actividad empresarial, para los gremios corporativos ello implica otorgar mayor poder a la Policía, al Ministerio Público y al Poder Judicial, órganos que no gozan de la mayor confianza empresarial desde el punto de vista de la transparencia y la legalidad de sus decisiones.

También existen dudas sobre la eficacia de la Ley como mecanismo para prevenir la corrupción empresarial, especialmente porque su ámbito de aplicación es bastante limitado, solo rige para las empresas basadas en Perú, nacionales o extranjeras, que cometan actos de corrupción en el extranjero, es decir solo se aplica para aquellas que tienen operacio-

nes trasnacionales. Si esa misma empresa comete actos de corrupción en el Perú, solo podrán ser perseguidas las personas naturales que lo cometieron, no la persona jurídica, no existe responsabilidad penal de la empresa por los delitos de cohecho, peculado, colusión, etc., cometidos en el Perú.

Desde esa perspectiva, estamos ante una reforma legal que aunque satisface el mínimo necesario, dado que nos pone en la "*línea de flotación*" para que el Perú permanezca en el Grupo Antisoborno de la OCDE, no parece crear suficientes incentivos para prevenir las principales formas de corrupción corporativa. Con un ejemplo, si una empresa peruana quisiera evitar las consecuencias de la ley por prácticas corruptas en el extranjero, parece bastar con que la persona jurídica que opera fuera tenga otra estructura o composición societaria (*offshore*) desde un inicio, de modo que se pueda decir en el proceso penal que no se trata de la misma corporación.

Pero el viejo sistema de la responsabilidad penal individual ya ha sido trastocado en Perú, por ese motivo es de esperarse que en el corto y mediano plazo se planteen y discutan ampliaciones de los supuestos de responsabilidad penal de la persona jurídica, de modo que se incluyan, como en otros países de la región, USA y Europa, todas las formas de corrupción, los delitos de blanqueo de capitales, delitos laborales, delitos ambientales, etc. Aunque ello no es algo que se pueda celebrar -*todos quisieran un mundo sin criminalidad empresarial*-, parece un camino inevitable considerando nuestra larga trayectoria de expansión de la legislación penal para regular con mayor énfasis los fenómenos relativos a la criminalidad organizada y empresarial en general.

CAPÍTULO XIX
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (V). CONSECUENCIAS ACCESORIAS EN EL CONTEXTO DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

I. LA REGLA GENERAL: *SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST.* EL CÓDIGO PENAL PERUANO NO ADMITE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Aunque la Criminología ha reconocido que la empresa constituye un factor criminógeno pues constituye un entorno de generación de riesgos sobre los bienes jurídicos penalmente protegidos y las reformas penales más trascendentes en nuestro entorno jurídico se vienen decantando a favor de un reconocimiento directo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (España, Brasil, Chile, Colombia, Venezuela), en nuestro país dicho opción -la de responsabilizar directamente a las personas morales- es recusada por el artículo 11° del Código Penal.

Esto debido a que la exigencia de que la responsabilidad penal dependa de la realización de una acción u omisión, supone introducir la voluntad humana como precondición para calificar un comportamiento como penalmente relevante. Desconocer esta lógica enfrentaría las estructuras dogmáticas de una legislación penal fundada en una dogmática penal pensada para la persona natural. Con esto, por cierto, no se quiere sostener que la responsabilidad penal de la empresa no sea viable, sino únicamente que dicha opción no es defendible de *lege lata*.

II. LAS SANCIONES PENALES PARA LAS EMPRESAS: LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS Y SU NATURALEZA JURÍDICA

El que las personas jurídicas no sean penalmente responsables no significa que el sistema penal deba permanecer indiferente ante la cri-

minalidad generada desde la empresa y en su beneficio. En estos casos, el Código penal ha introducido una serie de medidas aplicables a las personas jurídicas de naturaleza mixta penal/administrativa, reguladas mediante el artículo 105 ° del Código Penal, denominadas consecuencias accesorias y que han sido reproducidas posteriormente para ciertos espacios específicos (artículo 17° de la Ley Penal Tributaria; artículo 11° de la Ley de los delitos aduaneros; artículo 8° del Decreto Legislativo N° 1106 de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado).

Es importante reconocer la naturaleza sui generis de este tipo de consecuencias jurídicas del delito. No se tratan de penas ni medidas de seguridad pues no están reguladas por los artículos 28° y 71° del Código Penal, que identifican cuáles son las penas y medidas de seguridad. Tampoco se tratan de medidas de naturaleza jurídico civil en la medida que carecen de propósitos reparatorios o indemnizatorios.

Aunque cierto sector de la doctrina penal destaca la coincidencia entre el repertorio de consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas previstas en el artículo 105° del Código Penal con el catálogo usualmente utilizado por el Derecho administrativo sancionador (por ejemplo, el cierre de locales), debe rechazarse la idea de considerar a las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica como meras sanciones administrativas pues es innegable que la intervención de un Juez penal en su imposición les dota de sentido expresivo distinto al meramente administrativo a dicha sanción. De allí el carácter *sui generis* que se ha señalado poseen las consecuencias accesorias.

Desafortunadamente, el Acuerdo Plenario N° 7/2009- CJ- 116 emitido en el contexto del V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República ha perdido la oportunidad de dar claridad a esta cuestión, debatida aun intensamente por la dogmática jurídico penal peruana. Es que la calificación, en el mencionado Acuerdo Plenario, de las consecuencias accesorias del delito como "sanciones de carácter penal" (parágrafo sexto) o "sanciones penales especiales" (parágrafo once) no hace más que

ensombrecer el poco claro panorama respecto a la cuestión de la naturaleza jurídica de las consecuencias jurídicas accesorias.

En nuestra opinión, la calificación de las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica como "sanciones de carácter penal" o "sanciones penales especiales" no resultan incompatible con la aquí sostenida naturaleza *sui generis* de las mencionadas consecuencias accesorias. Es que el propio Acuerdo Plenario, aunque de modo poco directo, señala que esta calificación responde al hecho de que las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas deben ser impuesta como consecuencia de una declaración judicial que recaiga sobre la persona jurídica y que las involucre en el hecho punible -esto es, que sea determinada por un Juez luego de un proceso penal en el que se determine su intervención en el delito- y porque aquellas tienen necesariamente un contenido aflictivo de privación o restricción de derechos y facultades de la persona jurídica (parágrafo once del Acuerdo Plenario N° 7/2009-CJ- 116).

III. CONSECUENCIAS ACCESORIAS Y EMPRESA EN EL CP

Dentro de las denominadas consecuencias accesorias existen algunas medidas aplicables a las personas jurídicas y son a las que hacen mención los artículos 104° y 105° de CP. Ello no quiere significar que sólo estas consecuencias accesorias del delito sean de interés en el ámbito de la criminalidad económico, por ello introduciremos en nuestro análisis el estudio del comiso de instrumentos y efectos del delito a que se refieren los artículos 102° y 103° del CP.

1. El comiso de los instrumentos y efectos del delito.

1.1. Objeto

El comiso, conforme refiere el texto actual del artículo 102° del CP (según modificatoria producida mediante la Ley N° 30076, del 19 de agosto de 2013), supone "el traslado de dichos bienes a la esfera de titularidad del Estado" y procede "siempre que no proceda el proceso autónomo de pérdida de dominio previsto en el Decreto Legislativo N° 1104°.

Es importante marcar una distinción conceptual entre las nociones de *instrumentos* y *efectos* del delito.

Instrumento del delito es aquello que sirve al autor para la ejecución de un delito[1889]. Por su parte, *efecto del delito* es todo aquello que es producido o transformado a consecuencia del delito[1890].

En la actualidad el comiso de efectos y ganancias provenientes del delito han adquirido gran importancia en la lucha contra la criminalidad empresarial y organizada[1891].

1.2. Su naturaleza

En el análisis de su naturaleza jurídica la doctrina ha encontrado una serie de dificultades para distinguir si el comiso de instrumentos y efectos del delito se trata de una pena, una medida de seguridad o si su imposición obedece a criterios distintos a los de las mencionadas consecuencias jurídicas del delito.

Desde un punto de vista estrictamente normativo, debe rechazarse su consideración como pena, en la medida que no integra el catálogo de penas contenido en el artículo 28° del CP.

Pero además de dicho criterio meramente formal, su consideración como pena supondría que la imposición del comiso de instrumentos y efectos del delito quedaría condicionada a la existencia de una declaración judicial de culpabilidad. Así, por citar sólo dos ejemplos, el comiso de instrumentos y efectos del delito no podría ser impuesto en relación a comportamientos realizados por inimputables ni podría extenderse –por mandato del principio de personalidad de las penas- a persona distinta del imputado.

[1889] MAPELLI CAFFARENA, Borja. "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código penal", en: *Revista Penal*, N° 1, Praxis, Barcelona, 1998, pp. 44-45.

[1890] MAPELLI CAFFARENA, Borja. Op. Cit., p. 51.

[1891] ANARTE BORRALLO, Enrique. "Criminalidad Organizada: España", en: *Revista Penal*, N° 2, Praxis, Barcelona, 1998, p. 101.

No obstante el descarte del comiso de instrumentos y efectos del delito como pena, tiene razón MAPELLI CAFFARENA cuando precisa que participa de algunas de sus garantías y obedece a alguno de sus objetivos[1892].

En cuanto a las garantías sostiene que uno de los criterios rectores de la imposición del comiso de instrumentos y efectos del delito es la proporcionalidad que en nuestro Estatuto penal tiene recibo en el artículo 103° del CP que –en el caso del comiso facultativo y parcial- introduce criterios de proporcionalidad.

1.3. Su objetivo.

En cuanto a sus objetivos, evidente que la opción de decomisar los instrumentos provenientes del delito tienen finalidades de índole preventivo- especial pues en manos de ciertas personas los mismos (instrumentos) producen una peligrosidad potencial de reincidencia.

Ahora, creo conveniente hacer un correctivo a la idea de MAPELLI CAFFARENA pues más que obedecer a criterios propios de la pena, el comiso de instrumentos o efectos del delito obedece a criterios consustanciales al propio sistema penal - y no sólo **a** alguno de sus instrumentos- como son, por ejemplo, el principio de proporcionalidad y el objetivo de prevención especial.

1.4. Su alcance.

Tratando de dar algunas precisiones sobre el alcance del comiso de instrumentos y efectos del delito, podemos decir –como idea inicial- que el comiso debe estar referidos a los utilizados en un hecho concreto[1893]. Es decir, el Juez deberá disponer el comiso de instrumentos o efectos del delito en referencia a un hecho concreto, lo que se condice con los términos del artículo 102° del CP. Sin embargo, es también po-

[1892] MAPELLI CAFFARENA, Borja. Op. Cit., p. 50.

[1893] En ese sentido: MAPELLI CAFFARENA, Borja. Op. Cit., p. 51.

sible, por indicación expresa del artículo 102° del CP (según modificatoria producida mediante la Ley N° 30076, del 19 de agosto de 2013), el comiso de los bienes "intrínsecamente delictivos" los que corresponde sean destruidos**.**

La actual regulación del comiso da cobertura a los supuestos de (i) bienes contaminados; y, (ii) bienes de comiso inejecutable. En el primer caso, el comiso proceso "hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados"; en el segundo caso, correspondiente a los supuestos en que los efectos o ganancias del delito hayan sido "ocultados, destruidos, consumidos, transferidos a tercero de buena fe y a título oneroso o por cualquier otra razón atribuible al autor o partícipe", el comiso debe ser realizado "por un monto equivalente al valor de dichos efectos y ganancias".

2. El comiso de las ganancias ilícitas

El artículo 104° del CP precisa expresamente: **"**El Juez decretará, asimismo, la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes, en cuanto sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquéllos, si sus bienes fueran insuficientes".

El comiso de la ganancia se trata más que de una medida de carácter penal, de una medida de carácter civil, pues -por una lado- sirve para cubrir la responsabilidad de esa índole[1894], tal como el propio artículo 104 del Estatuto penal lo señala, y –a su vez- su imposición se guía por criterios distintos a los penales de prevención o retribución[1895].

[1894] En ese sentido: BRAMONT ARIAS, Luis & BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis Alberto. *Código Penal anotado*, tercera edición, San Marcos, Lima, 2000, p. 233; de la misma opinión: MEINI MÉNDEZ, Iván. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas,* Fondo Editorial PUCP, Lima, 1999, pp. 186- 187; en contra: CASTILLO ALVA, José Luis. *Las consecuencias jurídico- económicas del delito*, Idemsa, Lima, 2001, p. 198.

[1895] MAPELLI CAFFARENA, Borja. Op. Cit., pág. 50.

La aplicación del comiso de la ganancia se encuentra condicionado a que un funcionario o dependiente de la persona jurídica haya sido declarado responsable judicialmente de un delito en el ejercicio de su actividad dentro de la persona jurídica y, además, que el condenado no posea los bienes suficientes para cubrir su responsabilidad civil[1896].

Aunque se puede apreciar una similitud entre la figura del comiso de la ganancia en sede penal y administrativa la diferencia radica en el carácter subsidiario que ésta posee en el Derecho penal[1897] y en el carácter sancionatorio que tiene administrativamente.

Resulta cuestionable, como bien precisa MEINI MÉNDEZ, que una medida destinada a evitar el enriquecimiento indebido posea un nivel de aplicación tan subsidiario, por ello estima conveniente la inclusión no sólo de los supuestos en que personas jurídicas hayan obtenido beneficios, sino también aquellos casos en que personas naturales resulten beneficiadas por las conductas ilícitas de sus representantes[1898].

Por su parte, CASTILLO ALVA se muestra también crítico ante la configuración del comiso de las ganancias en el texto penal peruano en tanto sólo busca garantizar el pago de la reparación civil y no eliminar el indebido enriquecimiento o la ganancia obtenida. Con esto, según indica el autor peruano, se deja un "mensaje pedagógico social de la norma (...) altamente insatisfactorio desde la perspectiva político- criminal. Pues el legislador parece insinuar que mientras se asegure el pago de la reparación civil se puede lucrar sin mayor restricción y control a costa de la comisión de delitos. Parece que la norma planteara: mientras pagues la reparación civil tienes asegurado el beneficio económico logrado por el delito"[1899].

[1896] HURTADO POZO, José. "Personas Jurídicas y Responsabilidad Penal", en: *Anuario de Derecho Penal* '96, Lima, pp. 150-151.

[1897] Subrayando el carácter subsidiario de este tipo de medidas: MEINI MÉNDEZ, Iván. Op. Cit., p. 187.

[1898] MEINI MÉNDEZ, Iván. Op. Cit., p. 187.

[1899] CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cit., p. 244.

En cuanto a su aplicación concreta, podemos decir que la privación de beneficios o ganancias no se ve limitada en su utilización por las posibles transformaciones que haya podido padecer las ganancias. Por ejemplo, si "A" – representante legal de la empresa A- comete un delito de lavado de activos, en nada importa las transformaciones de la ganancia en el proceso económico de blanqueo, pues la medida de comiso resulta –pese al proceso de lavado referido- viable.

3. Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas.

El catálogo de consecuencias accesorias previstas en el artículo 105° del CP es bastante amplio y hace referencia expresa a las medidas aplicables "Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo".

3.1. Catálogo de consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica.

Dentro de estas medidas podemos citar:

a) ***Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo***.- Esta medida supone, como indica PRADO SALDARRIAGA, la afectación al funcionamiento de los lugares en donde la persona jurídica desarrolla sus actividades[1900]. La clausura temporal, como precisa la norma, no podrá exceder de cinco años.

b) ***Disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité***.- Esta consecuencia jurídica, a decir de HURTADO POZO, configuraría una especie de pena de muerte para la persona jurídica[1901], por este motivo, como bien indica PRADO

[1900] PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú,* Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 182.

[1901] HURTADO POZO, José. Op. Cit., p. 148; CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cit., p. 314.

SALDARRIAGA, la aplicación de dichas medidas debe quedar reservada "para aquellos casos en los que la propia existencia y operatividad de la persona jurídica implican una alta probabilidad de que vuelva a involucrarse en delitos"[1902]. Estamos ante las denominadas "personas jurídicas de fachada" que, conforme agrega el autor nacional citado: "carecen de un propósito social real y han sido constituidas sólo para favorecer o encubrir delitos"[1903].

c) ***Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.-*** Esta consecuencia accesoria es de carácter temporal y no puede exceder el plazo de dos años. La suspensión supone la paralización de todas las actividades de la persona jurídica, su severidad justifica el término de su duración (2 años como máximo)[1904]. De distinta opinión es PRADO SALDARRIAGA, para quien la suspensión de actividades de la persona jurídica puede ser a su vez total o parcial[1905].

d) ***Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.-*** Esta medida busca impedir, de manera definitiva o temporal, en cuyo caso la prohibición no excederá de 5 años, el ejercicio de determinadas actividades de la persona jurídica, las actividades materia de prohibición deben ser aquellas en cuyo ejercicio se cometió, favoreció o encubrió el delito.

[1902] PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. Cit., p. 183.

[1903] PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. Cit., p. 183.

[1904] MEINI MÉNDEZ, Iván. Op. Cit., p. 213; CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cit., p. 316.

[1905] PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. Cit., p. 183.

El legislador penal peruano, a fin de salvaguardar los derechos de los trabajadores, ha estimado pertinente establecer una cláusula genérica, que según CASTILLO ALVA no es sino una "consecuencia accesoria de una consecuencia accesoria"[1906]. En virtud a esta medida, el Juez penal que disponga la aplicación de alguna de las medidas previstas en el art. 105 del C.P. deberá ordenar a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica sujeto de la medida accesoria[1907].

3.2. Fundamento de la aplicación de las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica

El fundamento de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas se encuentra en su peligrosidad objetiva. Y esto es evidente en la medida que su estructura y características permiten su utilización con el afán de favorecer o encubrir la comisión de delitos, la peligrosidad objetiva de la persona jurídica radica, expresa MEINI MÉNDEZ: "en que en manos de determinadas personas puede seguir siendo utilizada como instrumento del delito"[1908].

La peligrosidad objetiva de la persona jurídica, tal como ha puesto de relieve CASTILLO ALVA, no es una peligrosidad mecánica, física o naturalística, sino que es de orden jurídico- normativo en atención a la calidad de instrumento delictivo que posee[1909].

3.3. Presupuestos de aplicación

La aplicación de las consecuencias accesorias sobre las personas jurídicas se encuentra sujeta a una serie de presupuestos, que en la doctrina nacional han sido ubicados por PRADO SALDARRIAGA[1910],

---

[1906] CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cit., p. 319.

[1907] Críticamente: MEINI MÉNDEZ, Iván. Op. Cit., pp. 208-211.

[1908] MEINI MÉNDEZ, Iván. Op. Cit., p. 197.

[1909] CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cit., p. 277.

[1910] PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. Cit., p. 184. No obstante, discrepamos con el profesor de San Marcos al considerar que su IV presupuesto ("se

MEINI MÉNDEZ[1911] y, no obstante marcadas diferencias expositivas, CASTILLO ALVA[1912], estos son:

a) *Que se haya cometido un delito*.- Las medidas aplicables a las personas jurídicas son post- delictuales, carece de relevancia si el delito ha sido doloso o culposo, excluyéndose, como resulta evidente, a las faltas.

b) *Que la persona moral haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito*.- Esta exigencia constituye, a decir de PRADO SALDARRIAGA: "el criterio de imputación fundamental a partir del cual se determina lo cualitativo y cuantitativo de la consecuencia accesoria aplicable"[1913].
Este presupuesto exige que la persona jurídica se encuentre formalmente constituida, descartándose del ámbito de aplicación de estas consecuencias accesorias las actuaciones en las que se hayan utilizado agrupaciones de hecho sin personería jurídica para realizar, favorecer o encubrir el delito[1914].

c) *Que se haya condenado penalmente al autor del delito.*- La interpretación del término "condena" no debe ser literal, la aplicación de la consecuencia accesoria requiere que el imputado haya sido encontrado penalmente responsable, siendo esto así, incluso será suficiente que se imponga una reserva del fallo condenatorio o se declare exento de pena al responsable del hecho punible[1915].

---

debe disponer la intervención de la persona jurídica para dejar a salvo los derechos de los trabajadores") no tiene precisamente tal condición.

[1911] Aunque dicho autor engloba los presupuestos a) y c) en un solo supuesto; MEINI MÉNDEZ, Iván. Op. Cit., pp. 197 ss.

[1912] Este autor reconoce sólo dos presupuestos, muy similares a nuestros presupuestos a) y b); así, en: CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cit., pp. 279-280.

[1913] PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. Cit., p. 184.

[1914] De la misma opinión: CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cit., pp. 296- 297.

[1915] De la misma idea: PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. Cit., p. 185. En contra: MEINI MÉNDEZ, para quien en los casos de aplicación de la re-

IV. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS HAN CUMPLIDO UNA FUNCIÓN SIMBÓLICA.

Que el Código penal peruano reconozca la imposición de cierto tipo de responsabilidad *sui generis* en la persona jurídica no implica que aquella tenga una función real en el objetivo de lograr prevenir la criminalidad de empresa, los datos provenientes de la Jurisprudencia así parecen reconocerlo.

En efecto, pese a que el CP peruano ha cumplido casi un cuarto de siglo de vigencia, las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica han sido aplicadas sólo en tres casos conocidos: Los de la *Discoteca Utopía*, *América TV* y *Business Track*[1916].

1. El caso "utopía".

En el caso *Utopía* (nombre de una Discoteca en la que se produjo un incendio en el cual murieron 29 personas) la imposición de la consecuencias accesoria de disolución de la persona jurídica careció de sentido en la medida que su imposición judicial tuvo lugar cuando los efectos reputacionales del incendio había llevado a una cese de actividades de la persona jurídica, por lo que la disolución decretada judicialmente careció de sentido frente a la disolución que de facto había operado.

---

serva del fallo condenatorio no podrán aplicarse consecuencias accesorias; sobre su postura: MEINI MÉNDEZ, Iván. Op. Cit., pp. 199-200.

[1916] Nota singular en estos casos es que –con excepción del caso "América TV"- en todos ellos la imposición efectiva de la consecuencia accesoria de disolución resultó innecesaria pues los efectos reputacionales negativos del proceso penal determinaron que *la muerte de la persona jurídica* se produzca antes de la conclusión del proceso. En los EE.UU. similar situación se apreció en torno a la conocida empresa auditora Arthur Andersen LLP, a la que se le atribuía la destrucción de documentación de Enron Corporation, y que cesó operaciones (sin reabrirlas nunca) pese a que la condena que sufrió fue revocada por la Suprema Corte (US. v. Andersen, LLP); al respecto: PODGOR, Ellen & ISRAEL, Jerold. *White collar crime in a nutshell,* 4° edición, West, Minnesota, 2009, pp. 29/ 106-107.

2. El caso "América TV".

En el caso *América TV*, la Segunda Sala Penal Especial (Sentencia del 08 de agosto de 2006) impuso consecuencias accesorias a dos personas jurídicas: La primera, la empresa "Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal cuatro", por haber sido instrumentalizada por uno de sus ex directivos "para cometer, para favorecer el delito de Peculado en grado de complicidad en agravio del Estado"; la segunda, la empresa "La Planicie Properties S.A.", persona jurídica que "no tenía otro propósito que facilitar la apropiación de caudales estatales por parte de José Enrique Crousillat López Torres"[1917].

En este caso, se impuso a "Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal cuatro" una consecuencia accesoria poco trascendente y meramente declarativa, consistente en la: "prohibición contemplada en el inciso cuarto de dicha norma: 'Prohibición a la sociedad, (...) de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito'", con lo cual, señala la propia sentencia, dicha persona jurídica "queda permanentemente prohibida de concertar con algún funcionario público la entrega de su línea editorial a cambio de caudales estatales" [1918]. Respecto a la persona jurídica "La Planicie Properties S.A." se señala: "cúmplase con determinar, de ser el caso, la Consecuencia Accesoria aplicable, en vía de ejecución, luego de habilitar un estadío procesal a efectos de cautelar su derecho a la defensa".

(a) ¿Debido proceso para las personas jurídicas?

Las cuestiones más trascendentes en torno a este caso giran alrededor de los derechos procesales de la persona jurídica y las reglas procedimentales a seguir para la imposición de consecuencias accesorias a la persona jurídica.

[1917] Sentencia del 08 de agosto de 2006, Exp. N° 011-2001, p. 43.

[1918] Sentencia del 08 de agosto de 2006, Exp. N° 011-2001, p. 45.

En este caso, se aprecia de la lectura del texto íntegro de la sentencia que Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal cuatro, tenía la condición procesal de *tercero civilmente responsable*, lo que lleva a inferir que su defensa técnica tenía por propósito rebatir dicha condición. El Tribunal Superior, reconociendo implícitamente que podían formularse objeciones en ese contexto, dedica un par de líneas de su escueta fundamentación a sostener que "ésta –la persona jurídica Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal cuatro- ha intervenido en el presente proceso penal y ha ejercitado su defensa sin restricción alguna"[1919]. La posición del Tribunal Superior parece, así las cosas, articularse del modo siguiente: Si la persona jurídica ha sido emplazada dentro del proceso penal, no importan los alcances del emplazamiento, se entenderá que sus derechos procesales se han preservado.

Esta circunstancia última, vulneración del derecho de defensa (la persona jurídica había ejercido su derecho de defensa en relación a la responsabilidad civil ex delito mas no de una posible consecuencia accesoria) determinó que la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema del Perú anule la imposición de las consecuencias accesorias aplicadas a América TV (Recurso de Nulidad N° 3766-2006).

3. El caso "Business Track".

En el caso *Business Track*, una empresa de seguridad informática que tenía un giro ilícito, relacionado a la realización de interceptaciones telefónicas e informáticas, la disolución de la persona jurídica decretada por la Segunda Sala Penal para procesos penales con reos en cárcel de Lima (Sentencia del 23 de marzo de 2012, Exp. N° 99-09), de modo similar al caso "utopía" resultó carente de eficacia práctica pues la persona jurídica, de facto, había cesado sus actividades.

[1919] Sentencia del 08 de agosto de 2006, Exp. N° 011-2001, p. 43 [entrelineado nuestro].

(a) Consecuencias accesorias ¿penas?

Nótese, no obstante, como aspecto trascendente a destacar, las inconsistencias mostradas en la motivación judicial de la imposición de las consecuencias accesorias, que resultan reveladoras del estado de confusión existente en torno al sentido de las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica.

En dicha decisión judicial, pese a reconocerse que "las personas jurídicas no son aun centro de imputación jurídico – penal"[1920], incurre en el error de examinar la situación jurídica de la persona jurídica a partir de criterios de responsabilidad penal personal. Así, la Sentencia de marras señala expresamente: "La "culpabilidad" de la empresa BUSSINES TRACK – BTR ha quedado demostrada conforme a la doctrina de la "actio liberae in causa" (acto libre en su causa) y de los delitos impropios de omisión, denominada "culpabilidad por defecto de organización" [1921]. En esa misma línea de ideas, sostiene posteriormente: "la doctrina considera viable la imputación penal contra la persona jurídica respecto a la capacidad de la misma para ser objeto de una sanción penal, teniendo fines preventivos por cuanto deberá tener cuidado de entrar en conflicto con la Ley respectiva" [1922]. La situación de confusión –generada por la propia redacción del Acuerdo Plenario N° 7/2009-CJ- 116 se aprecia con claridad en líneas posteriores de la Sentencia al indicar: "aun cuando en la doctrina el debate sobre la naturaleza jurídica de esta institución jurídica no es pacífica, debido a que hasta la fecha no se han puesto de acuerdo si se trata de una sanción penal especial, o son penas accesorias o simplemente son exigencias normativas que operan como condición objetiva de imposición de consecuencias accesorias (…) Sin perjuicio de la indeterminación de su naturaleza jurídica (…)"[1923].

[1920] Sentencia del 23 de marzo de 2012, Exp. N° 99-09, p. 665.

[1921] Sentencia del 23 de marzo de 2012, Exp. N° 99-09, p. 666.

[1922] Sentencia del 23 de marzo de 2012, Exp. N° 99-09, pp. 666-667.

[1923] Sentencia del 23 de marzo de 2012, Exp. N° 99-09, p. 668.

(b) Utilización delictiva de la persona jurídica ¿Total o parcial?

La Sentencia en el caso "*Business Track*" examina también la cuestión de si es necesario que todo el engranaje de la persona jurídica opere con propósitos delictivos o si es posible la aplicación de las consecuencias accesorias en aquellos casos en los que un segmento de la organización de la persona jurídica es utilizado delictivamente.

Pues bien, en la Sentencia referida, la Sala se decanta por considerar que incluso en los supuestos de utilización parcial del engranaje de la persona jurídica para fines delictivos es posible aplicar las consecuencias jurídicas accesorias a la empresa. La Segunda Sala Penal para procesos penales con reos en cárcel de Lima sostiene que la utilización total o parcial de la persona jurídica para propósitos delictivos solo tiene efectos de cara a identificar la magnitud del injusto, caso en el que se tomará en consideración además la gravedad del delito favorecido o encubierto gracias a la persona jurídica, lo que servirá como criterio delimitador o medida para la aplicación de las consecuencias accesorias.

En ese sentido se señala en la sentencia indicada que: "no interesa si toda o sólo una parte de la organización de la persona jurídica se dedica a favorecer o encubrir el delito. La ley sólo requiere el empleo de la organización con dichos fines. No es importante, para establecer responsabilidad en la persona jurídica, si el favorecimiento o encubrimiento del delito es la actividad principal de la empresa o si sólo se ha producido ocasionalmente. Este último extremo influye en todo caso en la magnitud del injusto realizado, junto a la misma gravedad del delito favorecido o encubierto y tendrá repercusiones en la clase y calidad de medida a imponerse"[1924].

[1924] Sentencia del 23 de marzo de 2012, Exp. N° 99-09, p. 667.

(c) La disolución en casos de desviación delictiva de la persona jurídica y la (aparente) discrepancia con el Acuerdo Plenario N° 7/2009-CJ- 116

Otro de los aspectos que llaman la atención de la Sentencia en el caso *Business Track* guarda relación con la aparente desavenencia de la misma con el Acuerdo Plenario N° 7/2009-CJ- 116. La Sala Penal Superior considera, de forma errónea, que el referido Acuerdo Plenario solo hace referencia –respecto a la imposición de la disolución de la persona jurídica- a aquellos casos en los que la persona jurídica se constituyó con el propósito de favorecer, facilitar o encubrir actividades ilícitas, es decir, cuando el sentido de la constitución de la persona jurídica es delictivo, dejando de lado aquellos supuestos en los que el sentido delictivo de la persona jurídica responde más bien a un *giro* en el negocio[1925].

[1925] Sentencia del 23 de marzo de 2012, Exp. N° 99-09, p. 671:

"Se afirma en el Acuerdo Plenario que la disolución de la persona jurídica se aplicara siempre que resulte evidente que ella fue constituida y opero para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas y en este caso hemos dicho que al parecer la persona jurídica no se formó con esos fines, sino que en el transcurso de su desenvolvimiento, sale del ámbito de sus objetivos y vira hacia el manejo indiscriminado de la información, percatándose que se trata de un rubro, seguramente más interesante crematísticamente, entonces es la persona jurídica el entorno principal dentro del cual se realiza las escuchas telefónicas y acceso a las comunicaciones privadas, por tanto literalmente no coincide con la previsión del fundamento esgrimido en el Acuerdo Plenario, siendo necesaria una explicación adicional.

Resulta bastante improbable que se geste la formación de una persona jurídica, solo con fines delictivos en cualquiera de sus modalidades, mas bien es frecuente que se constituyan personas jurídicas con fines lícitos que no necesariamente tienen propósitos ilícitos, sino que en su desenvolvimiento adecuan su existencia para favorecer, facilitar o encubrir actividades ilícitas, como en este caso, pues nadie contrata con fines ilícitos, razón por la que estimamos pertinente que también se sancione con la disolución aquellas personas jurídicas que finalmente terminaron realizando cualquiera de los supuestos antes referidos, pues solo de esa manera será viable que el Derecho Penal a través de las consecuencias accesorias resulte vigente y sirva para

Es extraño que la decisión judicial examinada haga referencia a una presunta omisión en el Acuerdo Plenario N° 7/2009-CJ-116 no obstante reconocerse con claridad –en la propia cita de la Sala Penal Superior– que esta hace referencia no solo a la constitución de la persona jurídica sino al funcionamiento de la persona jurídica. De hecho, el texto expreso del Acuerdo Plenario N° 7/2009-CJ-116 no solo deja en evidencia que su redacción es referencial sino que aquella comprende los supuestos que innecesariamente "aclara" la Sentencia del caso *Business Track*.

El Acuerdo Plenario N° 7/2009-CJ-116 señala textualmente: "la disolución debe de quedar reservada, entre otros casos, para aquellos donde la propia constitución, existencia y operatividad de la persona jurídica, la conectan siempre con hechos punibles, situación que generalmente ocurre con las denominadas personas jurídicas de fachada o de papel. En estas empíricamente se ha detectado no un defecto de organización sino un evidente defecto de origen de la organización. Pero, también, cabe disponer la disolución de la persona jurídica, en supuestos donde se identifique una alta probabilidad de que aquella vuelva a involucrarse en delitos o peligrosidad objetiva de la persona moral". Con esta redacción queda de manifiesto –de forma contraria a lo que parece entender la Sala Penal Superior en la Sentencia *business track*- que no se propone un sistema cerrado de casos en los que procede la disolución de la persona jurídica (se señala "entre otros casos") y que lo trascendente para la imposición de la consecuencia accesoria de disolución no es el contenido del Pacto Social sino la instrumentalización de la organización empresarial con fines delictivos, lo que se deriva de la referencia a la "alta probabilidad" de que la persona jurídica "vuelva a involucrarse en delitos".

---

regular adecuadamente el funcionamiento de la sociedad, razones por las que estimamos que en el presente caso, clamorosamente reclama la persona jurídica Business Track Sociedad Anónima Cerrada, su disolución, decisión que adopta este Colegiado en cumplimiento estricto de una interpretación racional de lo que informan los artículos 104 y 105 del Código Penal".

4. ¿Ha tenido el Acuerdo Plenario N° 7/2009-CJ- 116 algún efecto forense?

Precisamente ese escaso nivel de aplicación es el que llevó al Pleno Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú a adoptar el Acuerdo Plenario N° 7/2009-CJ- 116, el cual identifica como problema a ser solucionado la escasa aplicación de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas por parte de los Jueces y Tribunales peruanos (En términos del Acuerdo Plenario citado: "A más de dieciocho años de vigencia del CP el desarrollo jurisprudencial producido en torno a las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas no ha sido relevante ni satisfactorio. Efectivamente, la imposición judicial y concreta de estas sanciones ha permanecido, todo ese tiempo, ignorada o muy alejada de la praxis funcional de la judicatura penal en todas las instancias" (parágrafo sétimo) y reconoce como causa del problema, por un lado, la ausencia de previsiones legales expresas en el artículo 105° del CP que instruyan a los Jueces respecto a las condiciones de fundamentación y determinación de las consecuencias accesorias, y, por otro lado, los problemas de articulación procedimental de dichas medidas, dada la ausencia de una norma procesal dentro del antiguo Código de Procedimientos Penales que hubiese permitido, una vez incorporadas dichas medidas al CP, su instrumentalización en los casos concretos.

Sin embargo, pese a que el Acuerdo Plenario N° 7/2009-CJ- 116 lleva más de tres años de haber sido emitido no se han observado cambios significativos en la praxis jurisprudencial peruana, al punto que de los casos reseñados, sólo el último de ellos -el caso *Bussiness Track*- tuvo lugar con posterioridad a la emisión del mencionado Acuerdo Plenario.

V. LA APLICACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS REQUIERE COMPROBAR LA *PELIGROSIDAD OBJETIVA* DE LA PERSONA JURÍDICA

Zanjada la cuestión respecto a su naturaleza *sui generis*, corresponde ahora identificar cuál es su fundamento material, es decir, qué circunstancia es la que autoriza su imposición. En torno a esta cuestión,

existe consenso doctrinal en reconocer que el fundamento material para la imposición de las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica es *la peligrosidad objetiva de la persona jurídica*, entendida como la posibilidad de que su estructura sirva de medio para la realización de delitos.

Ahora, la *peligrosidad objetiva de la persona jurídica (o del negocio unipersonal,* en el caso de delitos tributarios y delitos aduaneros), conforme se infiere del Acuerdo Plenario N° 7/2009-CJ- 116, se constata a partir de tres elementos: (i) La comisión de un hecho punible o delito; (ii) La utilización de la persona jurídica para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito; y, (iii) La condena penal al autor, físico y específico, del delito. Ahora, estas condiciones, se reconocen en términos legales a partir de la exigencia de que el hecho punible "*fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo*" utilizada por el artículo 105° del Código Penal.

Evidentemente, la verificación de la peligrosidad objetiva de la persona jurídica debe producirse dentro del proceso penal y conforme a ciertas pautas de actuación que el mencionado Acuerdo Plenario N° 7/2009-CJ- 116 ha desarrollado. Sobre esta cuestión nos enfocaremos más adelante.

El catálogo de consecuencias accesorias aplicable a las personas jurídicas previsto en el Código Penal y en las leyes especiales comprende: (i) Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo; (ii) Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité; (iii) Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años; y, (iv) Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

A nivel de la legislación penal secundaria (leyes especiales) se reconocen algunas otras consecuencias accesorias que resultan aplicables

exclusivamente en los escenarios legislativos que regulan específicamente. Así, el artículo 17° de la Ley Penal Tributaria reconoce como una de las medidas aplicables la de cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas concedidas a la persona jurídica; en el mismo sentido, el artículo 11° de la Ley de los delitos aduaneros y el artículo 8° del Decreto Legislativo N° 1106 (de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado) introducen el mismo tipo de consecuencia accesoria aunque precisando que la cancelación de licencias comprende las licencias municipales. Por su parte, el mismo artículo 8° del Decreto Legislativo N° 1106 (de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado) introduce la multa no menor de cincuenta ni mayor de 300 unidades impositivas tributarias como consecuencia accesoria.

Estas medidas, conforme establece el propio artículo 105° del Código Penal y la legislación penal secundaria que las reconocen, pueden ser dispuestas alternativa o copulativamente.

Como se aprecia, estamos frente a un catálogo bastante variado de medidas que tienen diversos efectos sobre la persona jurídica; algunas tienen carácter temporal (como la suspensión de actividades) y otras tienen carácter definitivo (como la disolución); sin embargo, el artículo 105° del Código Penal (en su texto original) ni las leyes penales especiales fijaron reglas para la determinación de las consecuencias accesorias. Por ese motivo el Acuerdo Plenario N° 7/ 2009 introdujo la posibilidad de recurrir al contenido del artículo 110° del Anteproyecto de Reforma de la Parte General del Código Penal de la Comisión Especial Revisora creada por Ley N° 29153.

En ese contexto, el mencionado Acuerdo Plenario señaló que los factores a ser tomados en consideración para la determinación del tipo de consecuencias accesorias son: (i) la modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho; (ii) la gravedad del hecho punible realizado; (iii) la extensión del daño o peligro causado; (iv) el beneficio económico obtenido con el delito; (v) la reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible; (vi) la finalidad

real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica. Asimismo se establece como condicionante para la aplicación de la medida de disolución de la persona jurídica que "resulte evidente que ella fue constituida y operó sólo para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas".

El Acuerdo Plenario N° 7/ 2009 ha tenido significativo impacto legislativo, lo que explica que sus contenidos[1926] hayan sido reproducidos casi en extenso en el texto del recientemente incorporado artículo 105-A° del Código Penal[1927]. Dicho artículo, además de insistir en la exigencia de motivación de la decisión, establece que para la imposición de consecuencias accesorias sobre la persona jurídica debe prestarse interés, como criterios de "fundamentación" y "determinación": (i) Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas; (ii) La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible; (iii) la gravedad del hecho punible realizado; (iv) la extensión del daño o peligro causado; (v) el beneficio económico obtenido con el delito; (vi) la reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible; y, (vii) la finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica. Se establece, de modo similar a lo previsto en el Acuerdo Plenario, una cláusula restrictiva para la imposición de la medida de disolución de la persona jurídica, consistente en la evidencia de que la persona jurídica "fue constituida y operó habitualmente para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas".

[1926] Derivados, como se dijo anteriormente, del artículo 110° del Anteproyecto de Reforma de la Parte General del Código Penal de la Comisión Especial Revisora creada por Ley N° 29153.

[1927] El artículo 105-A del CP fue incorporado por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30077, publicada el 20/08/2013. Según el artículo único de la Ley N° 30133, publicada el 20/12/2013, la Ley N° 30077 está vigente desde el 01/07/2014.

VI. EFECTOS DE LAS MUTACIONES EN LA PERSONA JURÍDICA

El artículo 105° del Código Penal y las normas de Derecho penal secundario que establecen consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en espacios de criminalidad específicos han sido categóricos en precisar que "El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas". Con esta cláusula se establece una solución para aquellos casos en los que las personas naturales que se encuentran tras la gestión de la persona jurídica han recurrido a maniobras destinadas a utilizar una nueva personería jurídica como factor de ocultamiento.

En estos casos se establece, en una especie de manifestación penal de la teoría del *levantamiento del velo societario*, que la aplicación de las consecuencias accesorias debe producirse pese a que su estructura o apariencia formal externa haya sido modificada a través del cambio de su razón social, de su personería jurídica o de sus cambios en el accionariado. La cuestión planteada no refleja problemas en aquellos supuestos en los que la persona jurídica haya sufrido una reestructuración societaria que solo tenga efectos mínimos a nivel de la composición accionarial y tampoco aquellos casos en los que se produce un mero cambio de razón social o personería jurídica sin efectos en la estructura material de la empresa.

VII. CONDICIONES PROCESALES PARA LA IMPOSICIÓN DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS

La eficacia de cualquier tipo de reacción que el Derecho Penal pretenda dirigir sobre las personas jurídicas depende de su efectiva aplicación y la vía para hacerlo es el proceso penal.

Sobre esta cuestión se pueden reconocer dos escenarios dependiendo del Distrito Judicial en que se desarrolle el proceso penal: Si el proceso penal se desarrolla en un Distrito Judicial donde se encuentra vigente el Código Procesal Penal se deberán observar las pautas establecidas

por los artículos 90° a 93° del referido texto legal; si el proceso penal se desarrolla en un Distrito Judicial donde aún se encuentra vigente el Código de Procedimientos Penales, las pautas que deben ser observadas son aquellas propuestas por el Acuerdo Plenario N° 7/2009 que adopta los postulados del Código Procesal Penal al Código de Procedimientos Penales. Estos dos escenarios (CPP y CdPP) aunque se encuentran separados inicialmente, convergen en una idea común: La necesidad de aplicar a las personas jurídicas de modo general los derechos y garantías previstos a su favor por el Código Procesal Penal.

En efecto, los artículos 90° y 93° del Código Procesal Penal establecen una serie de disposiciones destinadas a regular la posición de la persona jurídica en el proceso penal, identificar los derechos que le asisten, así como establecer el modo y oportunidad en que pueden ser incorporados al proceso penal. En lo que siguen se propondrán algunas ideas trascendentes en torno a esta cuestión.

Solo puede imponerse consecuencias accesorias a personas jurídicas emplazadas e incorporadas en el proceso: Esta regla, propuesta por el artículo 90° del CPP, tiene como propósito garantizar que la persona jurídica tenga conocimiento de los cargos que se le formulan y pueda, a partir de dicho conocimiento, ejercer a plenitud su derecho de defensa. El emplazamiento fiscal, según señala el Acuerdo Plenario N° 7/ 2009, debe contener la descripción de la *cadena de atribución*, es decir, debe precisar cómo se conecta la persona jurídica con los actos de facilitación, favorecimiento o encubrimiento del hecho punible.

La incorporación de la persona jurídica en el proceso penal sólo es posible a instancia de parte: De esta regla pueden extraerse una serie de consecuencias. La primera es la imposibilidad de que el Juez pueda, de oficio, incorporar en el proceso a una persona jurídica; la segunda, es que solo el Ministerio Público puede requerir que una persona jurídica sea emplazada e incorporada al proceso. Ahora, conforme al Acuerdo Plenario N° 7/ 2009, esto no impide que respecto al comiso (artículo 104° CP) tenga el actor civil legitimidad activa, por permitirlo así los artículos 11°, 104° y 105° del Código Procesal Penal.

La incorporación de la persona jurídica en el proceso penal solo puede producirse durante la investigación preparatoria: El artículo 91° del CPP establece la oportunidad en que puede formularse el requerimiento fiscal de incorporación de una persona jurídica en el proceso penal; en ese sentido, se señala con claridad que el requerimiento fiscal de incorporación procesal de la persona jurídica se puede formular una vez que se ha cumplido con comunicar al Juez de Investigación Preparatoria que se ha formalizado investigación preparatoria y antes de que concluya la investigación preparatoria.

El procedimiento de incorporación procesal de la persona jurídica no es inaudita parte: El procedimiento de incorporación de la persona jurídica en el proceso penal debe realizarse con la intervención activa de la defensa técnica de la persona jurídica.

La representación procesal de la persona jurídica no puede recaer sobre el imputado: La persona jurídica incorporada como imputada en el proceso penal debe actuar a través de un apoderado judicial que debe ser necesariamente persona distinta al imputado en el proceso penal. Si la persona jurídica no designa un apoderado judicial en el plazo de cinco días este será designado por el Juez. Será a través del apoderado judicial que la persona jurídica podrá ejercer sus derechos procesales.

La persona jurídica incorporada en el proceso penal tiene todos los derechos y garantías del imputado: Una vez producida la incorporación formal de la persona jurídica en el proceso penal adopta una posición análoga a la que ostenta el imputado y, por ende, le corresponden todos los derechos y garantías reconocidos a favor de este. En ese contexto, cabe recordar que el Acuerdo Plenario N° 7/ 2009 pone énfasis en la necesidad de garantizar que la persona jurídica, dentro del proceso penal, pueda ejercer a plenitud el derecho al debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva, defensa procesal y presunción de inocencia.

Este libro se terminó de imprimir en Lima,
en los talleres gráficos de Jurista Editores,
en el mes de mayo de 2016.

Derecho Penal Económico
Parte Especial

Dino Carlos Caro Coria
Luis Miguel Reyna Alfaro
James Reátegui Sánchez

Jurista Editores E.I.R.L.

Dino Carlos Caro Coria
Luis Miguel Reyna Alfaro
James Reátegui Sánchez

Derecho Penal Económico

Parte Especial

Tomo
II

C&A
Caro & Asociados
Especialistas en Derecho Penal Económico y de la Empresa

JURISTA editores

CEDPE
Centro de Estudios
de Derecho Penal Económico y de la Empresa

© **Dino Carlos Caro Coria**
© **Luis Miguel Reyna Alfaro**
© **James Reátegui Sánchez**

DERECHO PENAL ECONÓMICO
PARTE ESPECIAL - Tomo II

© JURISTA EDITORES E.I.R.L.
Jr. Miguel Aljovín Nº 201 Lima - Perú
Teléfonos: 427-6688 / 428-1072
Telefax: 426-6303

Edición: Mayo 2016

Tiraje: 1,000 ejemplares

© Derechos de Autor Reservados conforme a Ley
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N° : 2015-09852

ISBN: 978-612-4184-71-0

Composición, Diagramación y
Diseño de carátula: Víctor Arrascue C.

PRESENTACIÓN

§ 1. Este volumen comprende el análisis de la Parte Especial del Derecho penal económico peruano. Hemos obviado *ex profeso* examinar ciertas figuras delictivas, limitando nuestro análisis a las más trascendentes y significativas desde la perspectiva práctica. Y es que muchas figuras delictivas comprendidas en nuestro ordenamiento penal tienen –como precisaremos más adelante- un rol simbólico orientado al establecimiento de un *mínimo común ético*. Esto es especialmente notorio en el plano del Derecho penal económico.

§ 2. Nuestra política criminal viene orientándose, sobre todo en la Parte Especial y en la legislación penal complementaria (Derecho penal secundario), hacia la "*expansión*" que se expresa no solo en relación a las conductas delictivas que se decide castigar penalmente (qué se sanciona penalmente) sino también respecto a las sanciones penales con las que se conmina la realización de esas conductas delictivas (cómo se sanciona penalmente).

En el ámbito del Derecho penal económico y de la empresa, sin embargo, habría que matizar esta apreciación.

§ 3. Aunque en parte de esta parcela del Derecho penal se aprecia una tendencia expansiva, que se manifiesta en la incorporación de

nuevos tipos penales[1], se observa también una *deflación* que se manifiesta no solo a través de la reducción de la respuesta penal sino también mediante la *huida* hacia el Derecho administrativo sancionador[2].

En efecto, especialmente debido al impacto de decisiones políticas de carácter internacional (como la suscripción del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América), se ha observado, en unos casos, la retirada del Derecho penal en favor de la intervención del Derecho administrativo sancionador[3] y en otros casos el endurecimiento (formalmente hablando)[4] de las respuestas penales[5].

§ 4. En todo caso, es de advertir que los nuevos tipos penales tienen, en el ámbito del Derecho penal económico, una significación más bien *simbólica*, destinada a servir de complemento o cierre al control administrativo. Más que su trascendencia aplicativa, la criminaliza-

---

[1] Nos referimos a los delitos de emisión de informe de auditaría distorsionados (art. 198-A del CP, incorporado en el 2008), funcionamiento ilegal de casinos y tragamonedas (art. 243-C del CP, incorporado en el 2006), falsedad de información presentada a un emisor bursátil (art. 245-A del CP, incorporado en el 2013), abuso de información privilegiada (art. 251-A° del CP, incorporado en 1996), manipulación de precios en el mercado de valores (art. 251-A° del CP, incorporado en el 2011), entre otros.

[2] En ese sentido: ROXIN, Claus. "El desarrollo del Derecho penal en el siguiente siglo", en: El mismo. *Dogmática penal y política criminal,* traducción de Manuel Abanto, Idemsa, Lima, 1998, pp. 448 ss.; REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Parte Especial,* Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 25.

[3] Como ha ocurrido con los delitos de abuso de poder económico y acaparamiento, en mérito al Decreto Legislativo N° 1034, del 25 de junio de 2008.

[4] Decimos "formalmente" porque, en la práctica forense la enunciada severidad de la pena no se manifiesta materialmente.

[5] Como se aprecia en el caso de los delitos contra los derechos de autor y conexos y contra la propiedad industrial o en los delitos contra el medio ambiente, modificados ambos a través de la Ley N° 29263.

ción de conductas en el ámbito del Derecho penal económico y de la empresa suele servir para los efectos de delimitación de un *mínimo común ético*. La efectiva lesividad de las conductas parece tener, en esta parcela del Derecho penal, una trascendencia subalterna.

§ 4. Tal como se aprecia del contenido de este volumen, asumimos un *concepto amplio* de Derecho penal económico y de la empresa, circunstancia que explica y justifica la inclusión de tipologías como la violación de la libertad de trabajo y el delito de seguridad y salud en el ámbito laboral[6] o las defraudaciones derivadas de relaciones contractuales (contratos criminalizados), lo que no lleva a perder de vista el tratamiento más extenso que reciben figuras que integran el *núcleo duro* del Derecho penal económico (los delitos medioambientales, los delitos tributarios o el delito de lavado de activos).

§ 5. Antes de culminar esta breve presentación, es necesario hacer dos precisiones, trascendentes para el lector.

Por un lado, aunque existen una serie de rasgos comúnes a la forma de concebir el Derecho penal que justifican el haber presentado esta obra en coautoría, a efectos de preservar la impronta personal de cada uno de los autores y facilitar la cita de la obra se ha identificado al responsable de cada capítulo.

Por otro lado, a efectos de facilitar la lectura y el reconocimiento de los autores citados a pie de página, las referencias bibliográficas han sido incorporadas capítulo por capítulo. De este modo, el lector no tendrá que desgastarse en la búsqueda de la obra citada, pues bastará que se remita al inicio del capítulo que se encuentra examinando.

En San Isidro, a los 28 días del mes de junio de 2015

Los autores.

---

[6] Artículo 168º-A del CP, incorporado mediante la Ley Nº 29783 publicada en el Diario Oficial "El Peruano" de fecha 20 de agosto de 2011.

DISTRIBUCIÓN DE LA OBRA

Dino Carlos Caro Coria
Capítulos I, V, X, XI, XIV, XVII, XVIII, XIX, XX.

Luis Miguel Reyna Alfaro
Capítulos IV, VI, VII, IX, XIII, XVI, XVII, XXI, XXII.

James Reátegui Sánchez
Capítulos II, III, VIII, XII, XV.

ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
ADPE	Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa
AP	Actualidad Penal
AT	Allgemeiner Teil
BCR	Banco Central de Reserva del Perú
BIMJ	Boletín Informativo del Ministerio de Justicia
CC	Código Civil
CE	Constitución española de 1978
CdPP	Código de Procedimientos Penales
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CPP	Código Procesal Penal
Dec. Leg.	Decreto Legislativo
DoP	Doctrina Penal

DP	Derecho Penal
EPC	Estudios Penales y Criminológicos
INDECOPI	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual
JA	Juristische Arbeitsblätter
JPD	Jueces para la Democracia
LGA	Ley General del Ambiente
LGS	Ley General de Sociedades
LGSC	Ley General del Sistema Concursal
LGSFS	Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros
LIP	L'Indice Penale
LMV	Ley del Mercado de Valores
LPAG	Ley del Procedimiento Administrativo General
LPD	Ley de Pérdida de Dominio
LRP	Ley de Reestructuración Patrimonial
LTV	Ley de Títulos Valores
NFP	Nuevo Foro Penal
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NPP	Nuevo Pensamiento Penal
PCP80	Proyecto de Código Penal español de 1980
PG	Parte General
PE	Parte Especial
PJ	Poder Judicial
RAP	Revista de Administración Pública

RFDUCM	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid
RIDP	Revue International de Droit Penal
RIDPP	Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale
RPCP	Revista Peruana de Ciencias Penales
RPDyJP	Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial -España
SBS	Superintendencia de Banca y Seguros
StGB	Strafgesetzbuch -Código Penal alemán
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TLC	Tratado de Libre Comercio
trCP	Texto Refundido del Código Penal español -derogado
UIT	Unidad Impositiva Tributaria
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

ÍNDICE GENERAL

Presentación ... 7

Distribución de la obra. ... 11

Abreviaturas ... 13

CAPÍTULO I
LA (FALSA) TUTELA
PENAL DEL TRABAJADOR

I. APUNTES PRELIMINARES ... 37

II. CRIMINALIZACIÓN O DESCRIMINALIZACIÓN ... 38

III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 41

IV. EL TIPO DE INJUSTO ... 43

1. EL TIPO OBJETIVO ... 43

1.1. El Sujeto Activo ... 43

1.2. El Sujeto Pasivo ... 43

1.3. La Conducta Típica. ... 44

1.3.1. Modalidades que requieren coacción ... 45

1.3.2. Modalidades que no requieren coacción ... 48

2. EL TIPO SUBJETIVO ... 49

CAPÍTULO II
CONSIDERACIONES EN TORNO AL DELITO DE ESTAFA DEL ARTÍCULO 196º DEL C.P. Y SU DELIMITACIÓN EN LAS RELACIONES CONTRACTUALES

I. CONSIDERACIONES GENERALES Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO... 53

1. Descripción legal. 56

2. Sobre los elementos típicos del delito de estafa (Art. 196º del CP). 59

2.1. Engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta. 60

2.1.1. Sobre el engaño suficiente. 63

2.2. El error de la víctima en el delito de estafa. Sobre el error en forma omisiva y la modalidad de los actos concluyentes 66

2.3. Acto de disposición patrimonial. Especial mención a la imputación a la víctima. 72

2.4. Perjuicio económico por desprendimiento patrimonial 75

3. La relación secuencial de los elementos típicos en la estafa. Especial mención a la relación de causalidad en el delito de defraudación patrimonial 77

4. Tipicidad subjetiva del delito de estafa. El dolo y el ánimus de lucro. 83

5. El delito de estafa en el ámbito de las relaciones contractuales 85

CAPÍTULO III
EL DELITO DE FRAUDE EN LA ADMINISTRACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

I. BREVE INTRODUCCIÓN A LOS DELITOS ECONÓMICOS COMETIDOS POR PERSONAS JURÍDICAS... 95

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS FRAUDES EN CONTRA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS 98

III. SOBRE EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CP (2008-2010) EN RELACIÓN A LOS DELITOS DE FRAUDE EN LA ADMINISTRACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS 110

IV. ANÁLISIS JURÍDICO-DOGMÁTICO DE LOS SUPUESTOS TÍPICOS CONTENIDO EN EL ART. 198º DEL CP 112

V. EL DELITO DE FRAUDE DE ADMINISTRACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS Y LAS RELACIONES CONCURSALES CON OTROS DELITOS 127

CAPÍTULO IV
DELITOS CONTRA LA CONFIANZA Y LA BUENA FE EN LOS NEGOCIOS: USURA, LIBRAMIENTO Y COBRO INDEBIDO DE CHEQUE

I. INTRODUCCIÓN. 131

II. EL DELITO DE USURA (ART. 214º DEL CP) 132

1. Sobre la legitimidad de la opción criminalizadora 132

2. El bien jurídico protegido 136

3. El tipo de lo injusto 139

III. EL DELITO DE LIBRAMIENTO Y COBRO INDEBIDO DE CHEQUE (ART. 215º DEL CP)... 144

1. Cuestiones preliminares 144

2. El bien jurídico penalmente tutelado 145

3. Tipo de lo injusto 148

IV. CUESTIONES PROCEDIMENTALES DEL DELITO DE LIBRAMIENTO INDEBIDO... 158

CAPITULO V
LOS DELITOS CONCURSALES EN EL DP PERUANO

I. GENERALIDADES ... 163

II. FUNDAMENTOS DE LA REFORMA PENAL CONCURSAL ... 165

III. EL "SISTEMA CREDITICIO" COMO BIEN JURÍDICO-PENAL 169

IV. PROBLEMAS RELATIVOS A LA COMPLEMENTARIEDAD ADMINISTRATIVA ... 177

1. La complementariedad normativa-conceptual ... 177
2. Criterios de delimitación de la infracción penal frente a la administrativa ... 179
3. La lesión del "sistema crediticio" como condición del ilícito penal ... 183
4. Regulación del *ne bis in ídem* ... 190
5. Inicial desvinculación a los "procedimientos transitorios" ... 195

V. DELITOS CONCURSALES ... 198

1. *Nomen iuris* y ubicación sistemática ... 198
2. Disminución del patrimonio concursal ... 200
3. Modalidad imprudente ... 215
4. Suspensión fraudulenta de la exigibilidad de obligaciones ... 220

VI. REGULACIÓN PENAL PREMIAL ... 223

VII. EFECTOS DE LA REPARACIÓN ESPONTÁNEA ... 229

VIII. ASPECTOS PROCESALES ... 234

1. Formas de ejercicio de la acción penal ... 234
2. Requisito de procedibilidad ... 236

CAPÍTULO VI
DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO

I. EL DELITO DE ESPECULACIÓN (ART. 234º DEL C.P.) ... 241
1. EL BIEN JURÍDICO PENAL ... 241
2. TIPO DE LO INJUSTO. ... 242
2.1. Tipo Objetivo. ... 243
2.2. Tipo Subjetivo. ... 246
2.3. Consumación ... 246
II. EL DELITO DE ADULTERACIÓN DE PRODUCTOS (ART. 235º DEL C.P.) ... 247
1. EL BIEN JURÍDICO PENAL ... 247
2. TIPO DE LO INJUSTO. ... 248
2.1. Tipo Objetivo ... 248
2.2. Tipo Subjetivo. ... 249
2.3. Consumación. ... 250
III. VENTA ILÍCITA DE MERCADERÍAS (ART. 237º DEL CP) ... 250
1. EL BIEN JURÍDICO PENAL ... 250
2. TIPO DE LO INJUSTO. ... 251
Descripción Típica ... 251
2.1. Tipo Objetivo ... 251
2.2. Tipo Subjetivo. ... 252
2.3. Consumación ... 253
IV. FRAUDE EN LICITACIONES, REMATES Y CONCURSOS (ART. 241º DEL C.P.) ... 253
1. EL BIEN JURÍDICO PENAL ... 253
2. TIPO DE LO INJUSTO. ... 254
2.1. Tipo Objetivo ... 255
2.2. Tipo Subjetivo. ... 256
2.3. Consumación ... 256

V. EL DELITO DE INFORMACIÓN REHUSADA O FALSA (ART. 242º DEL CP) ... 257
1. EL BIEN JURÍDICO PENAL ... 257
2. TIPO DE LO INJUSTO ... 257
2.1. Tipo Objetivo ... 257
2.2. Tipo Subjetivo ... 258
2.3. Consumación ... 258
VI. LUCRO INDEBIDO EN IMPORTACIONES (ART. 243º DEL CP) ... 259
1. EL BIEN JURÍDICO PENAL ... 259
2. TIPO DE LO INJUSTO ... 259
2.1. Tipo Objetivo ... 259
2.2. Tipo Subjetivo ... 260
2.3. Consumación ... 260

CAPÍTULO VII
EL DELITO DE ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA EN EL MERCADO DE VALORES

I. CUESTIONES PRELIMINARES ... 263
II. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO ... 266
1. Cuestiones iniciales ... 266
2. Posiciones doctrinales, respecto al bien jurídico protegido penalmente mediante el delito de abuso de información privilegiada ... 268
3. Los desarrollos legislativos iberoamericanos en la protección penal del mercado de valores: El bien jurídico subyacente ... 276
III. LOS AGENTES ... 277
1. Destinatarios dela prohibición penal de negociar con información privilegiada ... 277

2. Destinatarios de la prohibición administrativa de negociar con información privilegiada 282

III. LA TÉCNICA DE TIPIFICACION 286

1. Sobre el contenido de la expresión "información privilegiada" 286

2. El abuso de información privilegiada: ¿Delito de lesión o delito de peligro?. 287

IV. LA CRIMINALIZACIÓN DEL "*INSIDER TRADING*": ¿DP ACCESORIO O SECUNDARIO? 289

V. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO... 293

1. Sobre los marcos penales previstos 293

2. Sobre el catálogo punitivo. 294

3. Valoración Político Criminal 296

VI. DP DEL MERCADO DE VALORES Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: RELACIONES, DISTINCIONES, *NON BIS IN IDEM*... 297

1. Cuestiones Iniciales. 297

CAPITULO VIII
PROTECCIÓN PENAL DE LA MONEDA

I. CONSIDERACIONES GENERALES.. 307

II. DEFINICIONES DE MONEDA EN PERSPECTIVA GENERAL. 309

III. DEFINICIÓN DE LA MONEDA EN PERSPECTIVA PENAL 310

IV. SOBRE EL BIEN JURÍDICO TUTELADO... 310

V. EL TRATAMIENTO LEGISLATIVO DE LOS DELITOS MONETARIOS... 313

1. Sobre la técnica legislativa. 313

2. ¿Causa de justificación?: Sobre el tema del consentimiento... 314

3. Sobre las estructuras típicas de los delitos monetarios 315

CAPÍTULO IX
TUTELA PENAL DEL AMBIENTE (I):
TUTELA PENAL DEL MEDIO AMBIENTE:
¿VISIÓN ECOCÉNTRICA O ANTROPOCÉNTRICA?

I. INTRODUCCIÓN ... 329

II. ITINERARIO DEL DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL [SÍNTESIS] ... 331

III. TUTELA JURÍDICA DEL AMBIENTE ¿ANTROPOCÉNTRICA? ¿ECOCÉNTRICA? ... 336

CAPÍTULO X
TUTELA PENAL DEL AMBIENTE (II):
PRESUPUESTOS PARA LA DELIMITACIÓN
DE LA ESTABILIDAD DEL ECOSISTEMA
COMO BIEN JURÍDICO-PENAL

I. ... 343

II ... 347

III ... 364

IV ... 372

CAPÍTULO XI
TUTELA PENAL DEL AMBIENTE (III):
TÉCNICAS DE PROTECCIÓN EN EL
DERECHO PENAL DEL AMBIENTE

I. DERECHO PENAL Y «NUEVOS RIESGOS» ... 379

II. LA ESTABILIDAD DEL ECOSISTEMA COMO BIEN JURÍDICO COLECTIVO ... 384

2.1. La tutela extra-penal como punto de partida ... 384

2.2. La estabilidad del ecosistema como objeto de protección penal ... 389

2.2.1 Delimitación normativa de la estabilidad del ecosistema 389
2.2.2. Dimensión nacional e internacional del bien jurídico-penal 394
2.3. MERECIMIENTO Y NECESIDAD DE PROTECCIÓN PENAL 397
2.3.1. Merecimiento de pena 397
2.3.2. Necesidad de pena.. 403
2.4. PRINCIPALES CARACTERES 412
2.4.1 El carácter sistémico-dinámico que permite la estabilidad, como dato ontológico sensible a la valoración penal.. 412
2.4.2. El carácter colectivo como dato normativo que informa las técnicas de tipificación. 417
2.4.3. La estabilidad del ecosistema como bien jurídico colectivo 422

CAPÍTULO XII
TUTELA PENAL DEL AMBIENTE (IV):
LOS DELITOS AMBIENTALES EN EL CP PERUANO.
ANÁLISIS DE SUS ELEMENTOS ESENCIALES

I. GENERALIDADES 431
II. SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO 437
III. SOBRE LOS DELITOS AMBIENTALES EN EL CP PERUANO ... 438
1. El delito de contaminación 439
2. La accesoriedad del DP ambiental en relación con el Derecho administrativo: el caso del delito de contaminación ambiental 447
2.1. Concepto.. 447
2.2. Los grados de la accesoriedad administrativa.. 454
2.2.1. Cuando la intervención jurídico-penal es absolutamente dependiente del Derecho administrativo 454

2.2.2 Cuando la intervención jurídico-penal es relativamente dependiente de la regulación administrativa 455
2.2.3. Cuando la intervención jurídico-penal es absolutamente independiente de la administración 456
2.2.4. Toma de postura. 457
2.3. La Ley penal en blanco. 459
2.3.1. Los límites de tolerabilidad 468
3. Aplicación de los delitos de peligro (concreto) a los objetos representantes del bien jurídico estabilidad del ecosistema ... 478
3.1. La técnica de protección en el resultado típico para bienes jurídicos colectivos. 478
3.1.1. Premisas a tener en cuenta para la elaboración de la técnica legislativa en el resultado típico 480
3.1.2. El respeto irrestricto al principio de lesividad y su enfrentamiento a los delitos de peligro (abstracto) 481
3.1.3. ¿Es conveniente la incorporación de la técnica de "peligro abstracto" en la infracción penal de contaminación ambiental en el Derecho peruano? ... 486
3.1.4. Aplicación de los delitos de peligro (concreto) a los objetos representantes del bien jurídico "estabilidad del ecosistema" 491
4. La utilización del delito de peligro concreto para la protección de bienes jurídicos colectivos: la "estabilidad del ecosistema" 501
5. Sobre el resultado típico 505
6. Las circunstancias agravantes del delito de contaminación ambiental 508
6.1. Falseamiento u ocultación de información sobre el hecho contaminante... 509
6.2. El agente actuó clandestinamente en el ejercicio de su actividad (Art.305º, inc. 1 CP) 511
6.3. Si, como efecto de la actividad contaminante, se producen lesiones graves o muerte... 512

7. El delito de incumplimiento de las normas relativas al manejo de residuos sólidos.. 515

7.1. El Art. 306º se trata de un delito donde se utiliza la técnica legislativa de norma penal en blanco... 517

7.2. La conducta típica y los objetos de protección. Se trata de un delito de peligro concreto. 518

CAPÍTULO XIII
TUTELA PENAL DEL AMBIENTE (V): LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS RECURSOS FORESTALES

I. INTRODUCCIÓN. 523

II. DESCRIPCIÓN TÍPICA... 524

III. EL AUTOR: RESPONSABILIDAD PERSONAL Y OSTENTACIÓN DE CARGOS DE REPRESENTACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA. EL SENTIDO DEL ART. 314º-A DEL CP 524

IV. EL OBJETO SOBRE EL CUAL RECAE LA ACCIÓN. 527

V. LA ACCESORIEDAD ADMINISTRATIVA EN EL DELITO DE ATENTADO CONTRA BOSQUES Y FORMACIONES BOSCOSAS 529

VI. EL RESULTADO TÍPICO 530

VII. RELACIÓN DE IMPUTACIÓN AL TIPO OBJETIVO... 534

VIII. INAPLICABILIDAD DEL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN Y DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO.. 535

VIII. EL DOLO EN EL DELITO DE ATENTADO CONTRA BOSQUES Y FORMACIONES BOSCOSAS 536

CAPÍTULO XIV
LOS DELITOS FISCALES (I): INTRODUCCIÓN AL NUEVO RÉGIMEN PENAL TRIBUTARIO Y ADUANERO IMPUESTO POR LOS DECRETOS LEGISLATIVOS N° 1111 (29.06.2012), N° 1113 (05.07.2012), N° 1114 (05.07.2012) Y N° 1122 (18.07.2012)

I. MODIFICACIONES A LA LEY N° 28008, "LEY DE DELITOS ADUANEROS" ... 539

II. MODIFICACIONES AL DECRETO LEGISLATIVO N° 813, "LEY PENAL TRIBUTARIA" ... 542

III. MODIFICACIONES AL TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, APROBADO POR EL DECRETO SUPREMO N° 135-99-EF, Y NORMAS MODIFICATORIAS ... 547

CAPÍTULO XV
LOS DELITOS FISCALES (II): EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA

I. CONSIDERACIONES GENERALES Y BIEN JURÍDICO-PENAL EN EL DELITO TRIBUTARIO ... 553

II. EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA COMO OBLIGACIÓN DE CARÁCTER PECUNIARIO ... 560

III. DIFERENCIAS ENTRE INFRACCIÓN Y DELITO TRIBUTARIO 562

IV. LA TIPICIDAD PENAL EN LA DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA 564

1. Antecedentes legislativos ... 564
2. El sujeto activo en el delito de defraudación tributaria ... 566
   - 2.1. El delito de Defraudación tributaria es considerado como delito especial en sentido amplio ... 566
     - 2.1.1. El deudor tributario ... 566
     - 2.1.2. El delito de defraudación tributaria es considerado como un delito especial propio ... 569
3. La conducta típica ... 574

4. La omisión impropia y el delito de defraudación tributaria ... 577
5. Entre el delito de estafa y el delito de defraudación tributaria 581
6. La tipicidad subjetiva del delito de defraudación. Especial referencia al error sobre los elementos normativos 582
7. Los grados de desarrollo del delito de defraudación tributaria: consumación y tentativa 586
8. El presupuesto indispensable para verificar la calidad de "deudor tributario" es el tributo... 590
9. ¿El delito de defraudación tributaria como ley penal en blanco? 592

CAPITULO XVI
LOS DELITOS FISCALES (III): EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA Y GANANCIAS ILÍCITAS

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. 597
II. EL PATRIMONIO CRIMINAL COMO RENTA GRAVABLE 598
1. La tesis de no exclusión del impuesto 598
2. La tesis de la igualdad 601
3. La tesis de la prevención general. 601
III. EL PATRIMONIO CRIMINAL COMO RENTA NO GRAVABLE 602
1. Solución a nivel de tipicidad 603
2. Solución a nivel de antijuridicidad.. 609
2.1. El ejercicio regular del derecho a no autoincriminarse como causa de justificación 609
2.1.1. El ejercicio regular del derecho a no ser juzgado ni sentenciado dos veces por el mismo hecho (la garantía del non bis in idem) 610
3. Solución a nivel de culpabilidad.. 615
IV. CONCLUSIÓN... 616

CAPITULO XVII
LOS DELITOS FISCALES (IV): PAGO DE LA DEUDA TRIBUTARIA Y CANCELACIÓN DE LA SANCIÓN PENAL TRIBUTARIA

I. GENERALIDADES.... 621

1. La exención de responsabilidad penal para casos no investigados.. 623
2. Cancelación de la pena hasta el 30 de junio de 1999 para casos ya sujetos a investigación 625
3. La pena de multa 626
4. La notificación al órgano administrador del tributo.... 627
5. La participación del colaborador 628

CAPITULO XVIII
RÉGIMEN LEGAL DEL LAVADO DE ACTIVOS (I): EL TIPO BÁSICO DEL LAVADO DE ACTIVOS

I. GENERALIDADES 631

II. ANTECEDENTES 633

III. EL TIPO OBJETIVO DE LAVADO DE ACTIVOS 637

1. Conductas típicas 637
2. El objeto material del delito.. 652
3. El delito previo 657
4. La imputación objetiva en los procesos de contaminación/ descontaminación del objeto material 666

IV. EL TIPO SUBJETIVO DE LAVADO DE ACTIVOS 687

CAPITULO XIX
RÉGIMEN LEGAL DEL LAVADO DE ACTIVOS (II): EL IMPACTO DE LOS ACUERDOS PLENARIOS DE LA CORTE SUPREMA N° 03-2010/CJ-116 DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010 Y N° 7-2011/CJ-116 DE 6 DE DICIEMBRE DE 2011 EN LA DELIMITACIÓN Y PERSECUCIÓN DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

I. SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS... 703

II. LA CONSUMACIÓN Y AGOTAMIENTO DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS 713

III. SOBRE LA ADMISIÓN DE LA CULPA O IMPRUDENCIA EN LOS DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS (ARTÍCULOS 1º Y 2º DE LA LEY Nº 27765) Y OMISIÓN DE COMUNICACIÓN DE OPERACIONES O TRANSACCIONES SOSPECHOSAS (ARTÍCULO 4º DE LA LEY Nº 27765). 719

IV. EL VALOR DE LOS BIENES OBJETO DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS. 728

V. EL DELITO FUENTE EN EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS 731

VI. EL VALOR PROBATORIO DEL INFORME DE INTELIGENCIA FINANCIERA 736

VII. ACERCA DE LA PROTECCIÓN A LOS OFICIALES DE CUMPLIMIENTO... 741

VIII. ACERCA DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN DE CARÁCTER REAL 743

IX. CONCLUSIONES 744

CAPITULO XX
RÉGIMEN LEGAL DEL LAVADO DE ACTIVOS (III): LAVADO DE ACTIVOS PROVENIENTES DEL DELITO TRIBUTARIO

I. INTRODUCCIÓN. 749

II. LA CUOTA TRIBUTARIA COMO OBJETO MATERIAL 752

III. LÍMITES A LA CONTAMINACIÓN DEL PATRIMONIO DEL DEFRAUDADOR 758

1. Temporales 758
2. Individualización de los bienes 760
3. Tratamiento de los casos de mezcla de bienes.. 765
4. Descontaminación... 767
   - 4.1. La prescripción del delito tributario 767
   - 4.2. La regularización tributaria.. 769

IV. AUTONOMÍA DEL LAVADO DE ACTIVOS 771

V. AUTOLAVADO 777

CAPITULO XXI
RÉGIMEN LEGAL DEL LAVADO DE ACTIVOS (IV): LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL *COMPLIANCE OFFICER* Y EL NUEVO DELITO DE OMISIÓN CULPOSA DE COMUNICACIÓN DE OPERACIONES SOSPECHOSAS

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 785

II. LA POSICIÓN DEL COMPLIANCE OFFICER EN EL SISTEMA DE PREVENCIÓN DE BLANQUEO DE CAPITALES Y FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO. LA RELACIÓN ENTRE LA POSICIÓN DE GARANTÍA DEL SUJETO OBLIGADO Y LA DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO. 786

III. EL DELITO DE OMISIÓN DE COMUNICACIÓN DE OPERACIONES SOSPECHOSAS. 789

1. Marco legal vigente. 789
2. El autor en el delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas. 792
3. El concepto de operación sospechosa en el lavado de activos 793
3.1. Desarrollo legislativo administrativo del concepto de operación sospechosa. 793
3.2. El concepto de operación inusual... 794
3.3. Relaciones entre los conceptos de operación sospechosa y operación inusual. 795
3.4. La discrecionalidad en la calificación de la operación sospechosa 795
3.5. El conocimiento del cliente y su trascendencia jurídico penal. 797
3.5. El conocimiento del cliente en el contexto de las microfinanzas 802
4. Lógicas de aplicación racional del delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas. 806
4.1. El principio de ofensividad y la necesidad de introducir criterios de aplicación restrictiva. 807
4.2. El riesgo permitido en el ámbito de la actividad del oficial de cumplimiento 808
IV. CONCLUSIÓN... 810

CAPITULO XXII
RÉGIMEN LEGAL DEL LAVADO DE ACTIVOS (V): LA PÉRDIDA DE DOMINIO

I. MARCO NORMATIVO DE LA LEY DE PERDIDA DE DOMINIO 813
II. DECRETO LEGISLATIVO 1104: DEFINICIÓN, CRITERIOS DE APLICACIÓN Y SUPUESTOS DE PROCEDENCIA DE LA PÉRDIDA DE DOMINIO.... 814
1. Distinción entre el comiso y la pérdida de dominio... 814

2. Procedencia de la pérdida de dominio... 817
2.1. La presunción de ilicitud.. 817
2.2. La concurrencia de los elementos previstos en los literales a), b), c) y d) del artículo 4º de la LPD.... 819
3. El significado del inciso final del artículo 4º de la LPD. 821

IV. EPÍLOGO.... 822

CAPÍTULO I
LA (FALSA) TUTELA PENAL DEL TRABAJADOR

I. APUNTES PRELIMINARES

Frente a los movimientos internacionales que postulan la reducción del DP mediante la descriminalización o la despenalización, el legislador nacional del CP de 1991 consideró conveniente incorporar un apartado especial para los delitos laborales. Esta opción político criminal, ciertamente es compartida por legisladores de algunos países y viene siendo postulada desde hace unas dos décadas en algunos Estados de Europa, entre los que destaca el caso español.

Desde una perspectiva material, los llamados delitos "contra la libertad de trabajo" no son una novedad incluida en la reforma penal de 1991, pues la legislación nacional registra serios antecedentes relacionados con la criminalización de actos referentes a la actividad laboral. No obstante desde una óptica formal, resulta novedosa la inclusión en el CP vigente de un Capítulo especial denominado "Violación de la Libertad de trabajo", lo cual denota un ánimo sistematizador y autónomo en la regulación de estos ilícitos.

En efecto, anteriormente el régimen militar promulgó el Decreto Ley Nº 22126, Ley de Estabilidad Laboral, el cual contemplaba en el Art. 21º el delito de desobediencia del empleador a cualquier resolución consentida o ejecutoriada de la autoridad laboral, sancionándose con pena privativa de libertad y sin derecho a libertad provisional. De otro lado, el Art. 22º del mismo texto legal tipificaba penalmente el cierre fraudulento y abandono malicioso del centro de trabajo.

Luego, la Ley Nº 24514 que derogó la anteriormente reseñada, mantuvo su tipificación, introduciendo sin embargo importantes variantes respecto al delito de desobediencia a la autoridad, el cual solo podía cometerse respecto de resoluciones judiciales que ordenaban la reposición del dependiente. Finalmente, con la entrada en vigor del CP de 1991, las normas penales de la Ley Nº 24514 fueron derogadas, mientras que las de carácter laboral se encuentran sustituidas por el Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Fomento del Empleo, el mismo que solo contempla sanciones administrativas, como puede observarse, por ejemplo, de la revisión del Art. 81º que sanciona con multa, a diferencia de las leyes que la precedieron, el no acatamiento del mandato de reposición.

Ahora bien, respecto a los antecedentes nacionales inmediatos de carácter penal, cabe destacar que los Proyectos de CP de octubre-noviembre de 1984 (Sección Quinta, delitos contra la libertad, Título VI, Delitos contra la libertad de trabajo y asociación, Art. 179º), agosto de 1985 (Sección Quinta, Delitos contra la libertad, Título V, Delitos contra la libertad de trabajo y asociación, Art. 185º), marzo-abril de 1986 (Sección Quinta, Delitos contra la libertad, Título V, Delitos contra la libertad de trabajo y asociación, Art. 186º), julio de 1990 (Título VI, Delitos contra la libertad individual, Capítulo VII, Delitos contra la libertad de trabajo y asociación, Art. 179º) y enero de 1991 (Título V, Delitos contra la libertad individual, Capítulo VII, Delitos contra la libertad de trabajo, Art. 184º) registran normas de carácter penal-laboral. Finalmente, el CP de 1991 incorporó en el Título IV, Delitos contra la libertad, el Capítulo VII denominado Violación de la libertad de trabajo.

II. CRIMINALIZACIÓN O DESCRIMINALIZACIÓN

Conforme a los postulados del DP mínimo que orientan los procesos de criminalización y descriminalización de los Estados modernos, la intervención penal debe presentarse como "última ratio", es decir, ante el fracaso de los mecanismos de control social extra penales en la protección de los bienes jurídicos fundamentales contra las formas de ataque que revisten mayor lesividad y siempre que la respuesta penal pueda ser eficaz. Es precisamente este punto de partida el que ha generado tanta

heterogeneidad en la doctrina penal respecto a la conveniencia o no de criminalizar determinados actos que lesionan o ponen en peligro los intereses del trabajador, del empleador o de terceros en el marco de una relación de trabajo.

Por un lado, quienes sustentan la criminalización señalan que el DP puede reforzar seriamente la tutela orientada desde el derecho laboral, administrativo o judicial, y constitucional, no obstante lo cual solo admiten la interferencia del DP en esta materia respecto de aquellos conflictos que la relación laboral no ha podido resolver[1]. A su turno, los que propugnan la no esencialidad de la tutela penal precisan que la regulación laboral es suficiente para la protección idónea de los bienes jurídicos en referencia, añadiendo además que la sanción es ineficaz o simbólica por su benignidad, en nuestro caso, pena privativa de la libertad no mayor de dos años, lo que da lugar a la aplicación de medidas que impiden la efectiva aplicación de la pena, tales como la suspensión de la ejecución de la pena, la reserva del fallo condenatorio, la exención de pena, entre otras.

Por nuestra parte, somos escépticos de las posibilidades del sistema penal para ventilar, procesar y resolver los conflictos derivados de una relación laboral. Si bien se trata de bienes jurídicos fundamentales contra los que se evidencian graves vulneraciones, los principios de subsidiaridad y utilidad derivados del modelo político criminal de mínima intervención niegan la conveniencia de la intervención penal.

En efecto, con arreglo al postulado de la subsidiaridad se precisa el fracaso de los mecanismos de control extra penales en la protección del bien jurídico, situación no evidenciada tratándose de los intereses laborales toda vez que a nuestro criterio no existe en el medio una adecuada instrumentación de los medios informales -no jurídicos- tales como la

---

[1] En este sentido, BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, San Marcos, Lima 1994, p. 170. La exposición de motivos del CP sustenta la línea criminalizadora como la "materialización de la protección constitucional de los derechos laborales en el CP".

negociación o el mercado. Asimismo, consideramos que los medios formales o jurídicos de control social tampoco han sido suficientemente explotados en la resolución de los conflictos laborales, entre los que destacan el derecho administrativo, laboral, constitucional, etc.

De otra parte, el principio de utilidad del DP confirma también la inconveniencia de la tutela punitiva. Con arreglo a dicho principio, solo es permitida la intervención penal cuando resulte útil o eficaz para controlar las conductas lesivas que atentan contra el bien jurídico. En tal orden, la ineficacia del sistema penal en esta materia deriva de las constataciones formuladas por la Criminología crítica a partir del estudio del funcionamiento de las agencias de control penal -Policía, Fiscalía, Poder Judicial-. Considerando que estos delitos son cometidos principalmente por sujetos de amplio poder económico: los empleadores, varios estudios empíricos han demostrado que el control penal recae de manera vacilante o tibia sobre los mismos, favoreciendo su exclusión del sistema penal, el cual finalmente recae sobre los grupos subalternos de la sociedad.

En efecto, en el ámbito de la criminalización primaria o creación legislativa, se observa la existencia de sanciones menores que impiden el cumplimiento de los fines preventivos de la pena, evidenciándose a su vez una selección incompleta de las conductas delictivas y de los intereses protegidos. A su turno, en el ámbito de la criminalización secundaria o aplicación normativa se aprecia que los delitos laborales son escasamente denunciados y cuando lo son terminan con la absolución del procesado, con una reserva de condena o con la pena suspendida, más nunca con una sanción efectiva de privación de libertad.

Estas consideraciones solo nos pueden llevar a una conclusión: las normas penales que criminalizan delitos laborales solo cumplen una mera función simbólica. Simbólico se asocia con engaño, un DP simbólico es aquel en el cual las funciones latentes o aparentes predominan sobre las manifiestas o reales. De este modo, el DP laboral es un derecho simbólico y peligroso porque encubre una realidad de indefensión, reafirmando la falsa creencia de que el Estado protege eficazmente los

intereses que subyacen a la relación laboral, cuando la realidad muestra lo contrario.

III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

No es posible definir unívocamente el contenido del bien jurídico protegido por el Art. 168º del CP, siendo necesario analizar particularmente cada tipo penal a fin de determinar el contenido del interés tutelado. En tal línea de pensamiento, resulta inadecuada la identificación de estos ilícitos como formas de "violación de la libertad de trabajo", pues de lo contrario habría que concluir que el único interés a proteger es la libertad laboral u otras manifestaciones derivadas de ella, lo cual resulta insuficiente para explicar la inclusión en este grupo de conductas que vulneran la debida remuneración, la seguridad e higiene en el trabajo, el cumplimiento de las resoluciones emanadas de la autoridad, entre otras.

Sin embargo, esta constatación no es óbice para trazar algunos rasgos comunes a todas las conductas incriminadas. En efecto, es preciso reconocer la existencia de un bien jurídico colectivo, que respecto del trabajo supone una protección en relación al funcionamiento del sistema, en cuanto zona propia del quehacer cotidiano de un colectivo tan importante como el de los trabajadores[2]. Por ende, los intereses del trabajador protegidos lo son en su calidad de integrante de una clase social o de un sector de la comunidad con una posición en el mercado de trabajo, no importando el número de trabajadores afectados, por lo que siempre se apreciará como un único delito[3].

Desde una perspectiva constitucional, el sustento de la protección de los intereses derivados de las relaciones laborales se encuentra en los postulados de los artículos 2º inciso 15º y 22º y 23º de la Carta Magna, que importan un reconocimiento del Estado del trabajo libre, como de-

---

[2] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. Op. Cit., p. 170.

[3] UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José Carlos. "el delito contra la libertad de trabajo", en: *Thémis. Revista de Derecho*, Nº 26, Lima, 1993, p. 104.

recho y deber, como base del bienestar social y medio de realización de la persona, así como objeto de atención prioritaria. De otro lado, desde una concepción sociológica del bien jurídico, la tutela penal laboral se consolida a partir del rol del trabajo como fuente de riqueza, a través de los diversos mecanismos de producción que se desenvuelven en función de la reglas del sistema de economía social de mercado adoptado en el Perú[4]

Ahora bien, es preciso diferenciar dos grandes supuestos en el análisis del Art. 168º del CP. El primer grupo de supuestos, descritos en los cuatro incisos de la norma, protegen en términos generales el interés del Estado en que se respeten ciertas condiciones mínimas de la vida profesional de los trabajadores por cuenta ajena, condiciones mínimas que el mismo establece al dictar las normas correspondientes, y al reconocer eficacia general a los convenios laborales; esta protección tendrá lugar siempre que se transgreda este interés mediante violencia o amenaza. El segundo grupo de supuestos está regulado en el último párrafo del Art. 168º, donde se acoge diversos bienes jurídicos relacionados con la esfera del trabajo, tales como la estabilidad económica de los trabajadores (retención de "remuneraciones o indemnizaciones de los trabajadores" o no entrega "al destinatario [de] las efectuadas por mandato legal o judicial"), la garantía en el cumplimiento de las disposiciones laborales [incumplimiento de "las resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente"], y por último la estabilidad laboral, en sentido estricto, como seguridad en el puesto de trabajo [disminución o distorsión de la producción, simulación de causales para el cierre del centro de trabajo o abandono de este para extinguir las relaciones laborales][5].

---

[4] ÁNGELES GONZALES, Fernando. "Protección jurídico-penal de los derechos laborales en el Perú", en: Peña Cabrera, Raúl (Dir.). *Derecho penal. Homenaje al Doctor Raúl Peña Cabrera*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1991, pp. 18-19.

[5] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. Op. Cit., p. 171.

IV. EL TIPO DE INJUSTO

En lo que sigue detallaremos los aspectos más relevantes de los tipos penales contemplados en el Art. 168º del CP.

1. EL TIPO OBJETIVO

1.1. El Sujeto Activo

Si bien el autor podría serlo por lo general el empleador, el tipo no exige la concurrencia de alguna calidad especial en el sujeto activo. Las expresiones "el que" del primer párrafo y "al que" del último apartado, corroboran la afirmación de que el sujeto activo puede ser cualquier persona natural o física, por lo que se trata de un delito común o de sujeto activo indeterminado, cabiendo la posibilidad de ser cometido por empleadores, trabajadores o terceros ajenos a la relación laboral.

Doctrinalmente se plantea la cuestión de si el sindicato puede ser considerado como autor del delito. Al respecto, en el DP predomina el principio de "personalidad de las penas", conforme al cual solo las personas naturales pueden delinquir y ser pasibles de sanción penal, descartándose para tales efectos a las organizaciones con personería gremial o jurídica[6], como sucede con los sindicatos según lo previsto en los Arts. 18º y 19º del Decreto Ley Nº 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

1.2. El Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido. Tratándose de un bien jurídico colectivo el sujeto pasivo lo será generalmente la colectividad, reducida al colectivo de los trabajadores[7] y no el trabajador

---

[6] CARO CORIA, Dino Carlos. "La irresponsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma penal de 1991", en: *Thémis. Revista de Derecho*, Nº 24, Lima, 1992, pp. 69-79.

[7] En este sentido, BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. Op. Cit, p. 171.

directamente afectado por el delito, como ha señalado un sector de la doctrina nacional[8]. Dicho error deriva de la confusión existente entre el concepto de sujeto pasivo y el de sujeto sobre el cual recae la acción típica, es decir aquel que sufre de modo directo e inmediato los efectos del comportamiento criminal realizado por el autor.

De otro lado, si bien en términos generales el sujeto pasivo resulta siendo la colectividad de trabajadores, en algunos casos cabe la posibilidad teórica de que tal calidad recaiga sobre la colectividad de empleadores[9]. Efectivamente, tratándose del delito de coacción para integrar o no un sindicato previsto en el inciso 1º del Art. 168º, es necesario precisar que el Art. 2º del Convenio Nº 87 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización, ratificado por el Perú mediante la Resolución Legislativa Nº 13281, establece que "Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones...". Por lo tanto, si un empleador es coaccionado con el objeto de integrar o no un sindicato, entonces será pasible del referido ilícito, aunque es de precisar que el sujeto pasivo será en dicho caso la colectividad de empleadores.

1.3. La Conducta Típica.

De la lectura del Art. 168º se puede afirmar que, en términos generales, el legislador ha otorgado consecuencias penales a un conjunto de infracciones de naturaleza laboral. La norma prevé dos grandes modalidades que se diferencian según requieran o no de la coacción como elemento integrante de la conducta punible.

---

[8] Incurren en dicho error, PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho penal. Parte Especial,* Tomo I, 2ª edición, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, p. 651; UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José Carlos. Op. Cit., p. 104.

[9] Esta situación es advertida por GAMARRA HERRERA, Ronald y ROJAS NORIEGA, Norma. "Violación de la libertad de trabajo", en: *Series Penales,* N° 1, Instituto de Defensa Legal, Lima, 1991, pp. 108-109.

1.3.1. Modalidades que requieren coacción

El primer grupo de ilícitos se halla previsto en el primer párrafo del Art. 168º, incluyendo los incisos 1º, 2º, 3º y 4º, caracterizados por la exigencia de violencia o amenaza como medio comisivo.

A. La violencia o amenaza como "modus operandi"

La norma comentada exige que se "obligue a otro, mediante violencia o amenaza" a realizar los actos descritos entre los incisos 1º al 4º. En dicho contexto, la expresión "obligar" precisa que el sujeto activo compela a una persona a que realice o deje de hacer algo contrario a su voluntad, lo cual puede efectuarse mediante conductas comisivas u omisivas.

El tipo penal define el medio o "modus operandi" a través del cual deberá ejecutarse el acto de "obligar a otro": la coacción. Tradicionalmente se equiparaba la coacción con la amenaza, empero en la actualidad, tanto la doctrina como la legislación consideran que la violencia es también una de sus expresiones. La violencia es la "vis absoluta", es decir el ejercicio humano de fuerza física sobre la víctima, de modo que elimine completamente su voluntad. La amenaza es la "vis compulsiva" o intimidación, y es definido como la condicional promesa de un mal grave e inminente cuya realización depende de la voluntad del sujeto activo, de modo que elimine ostensiblemente la voluntad de la víctima.

Una cuestión de importancia es la de definir el rol del consentimiento de la víctima, respecto del cual varios autores señalan que resulta irrelevante para efectos de afirmar la comisión del delito, pues como se sabe los derechos laborales son irrenunciables, de modo que el consentimiento no puede eliminar la tipicidad del acto. Nosotros consideramos que dicha afirmación no es exacta, pues parte de una seria confusión entre los conceptos de "acuerdo" y "consentimiento" dilucidados por la doctrina alemana. El acuerdo elimina la tipicidad de la conducta y opera tratándose de tipos penales que exigen actuar "sin" o "contra la voluntad de la víctima", así por ejemplo, el delito de violación del Art. 170º del

CP precisa que el autor, mediante "violencia o amenaza obligue a una persona a practicar el acto sexual", en tal caso si la víctima consiente el acto sexual, la conducta del agente será atípica pues no habría "obligado" a nadie a realizar un acto "sin" o "contra su voluntad", de modo que el referido consentimiento recibe en dicho supuesto la denominación de "acuerdo".

Diferente es el caso, por ejemplo, cuando el médico recibe la autorización del paciente para un tratamiento estético que implica la realización de cirugía sobre la piel con fuertes dolores. En tal caso no cabe duda que la conducta del médico sería típica pese al consentimiento de la víctima, pues el delito de lesiones dolosas o intencionales del Art. 122º del CP se comete sin que interese para tal efecto la autorización del paciente. Ahora bien, dicho consenso si reviste importancia en el ámbito de la antijuridicidad, dado que el Art. 20º inciso 10 del citado texto legal señala que está exento de pena "El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición." Por ende, en tal supuesto la autorización de la víctima opera como causa de justificación que elimina la antijuridicidad, recibiendo la denominación de "consentimiento".

Por lo expuesto, y volviendo al tema de los delitos laborales, si el trabajador consciente en la ejecución de los actos previstos entre los incisos 1º al 4º, tal consenso hará imposible afirmar que se vio obligado mediante violencia o amenaza a comportarse de tal manera, de modo que nos hallaremos ante un caso de "acuerdo" que hace atípica la conducta. Esto que parece de laboratorio deja de serlo cuando recordamos, por ejemplo, los casos en que el empleador persuade y logra que varios de sus trabajadores se retiren del sindicato de la empresa.

B. De la coacción para integrar o no un sindicato

Este delito se halla previsto en el inciso 1º del Art. 168º y tiene como fuente directa el Art. 199º del CP brasilero (1984) y como antecedentes indirectos el Art. 177º bis del CP español (reforma de 1983) y el Art. 292º del CP colombiano (1980).

El Decreto Ley Nº 25593, Ley de Relaciones Colectiva de Trabajo, en concordancia con lo dispuesto en el Art. 28º de la Carta Fundamental, reconoce en sus artículos 2º, 3º y 4º el derecho a la libre sindicalización, la misma que debe desarrollarse libre y voluntariamente, prohibiéndose la coacción o restricción de dicho derecho. Empero, la norma penal desconoce sin explicación alguna, la protección del aspecto colectivo de la libertad sindical que ejercen las organizaciones en cuanto tales frente al Estado, frente al empleador o frente a otras organizaciones sindicales.

Específicamente, el interés tutelado penalmente es la libertad sindical individual positiva y negativa. Cuando se obliga a un sujeto a integrar un sindicato contra su voluntad, se puede afectar el derecho a desafiliarse como la facultad de mantenerse desafiliado, afectándose en ambos casos el aspecto negativo de la libertad individual. A su vez, cuando se obliga a otro a no integrar un sindicato, puede vulnerarse el derecho a afiliarse como el interés de mantenerse afiliado, lesionándose el aspecto positivo de la libertad sindical.

C. De la coacción para prestar trabajo personal sin la debida retribución

Este ilícito se encuentra tipificado por el inciso 2º del Art. 168º, teniendo como fuentes indirectas de inspiración legislativa el Art. 203º del CP brasilero (1984) y el Art. 499º Bis inciso 1º del CP español (reforma de 1983). Los artículos 23º y 24º de la Constitución señalan que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución, la cual debe ser equitativa y suficiente, que procure para el trabajador y su familia, bienestar material y espiritual.

Al utilizar la expresión "sin la debida retribución" el legislador comprende tanto la no entrega de remuneración alguna como la entrega parcial o incompleta de la misma. De otro lado, el Art. 39º del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Fomento del Empleo, define como remuneración el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que se les dé, siempre que sea de su libre disposición.

1.3.2. Modalidades que no requieren coacción

Como advertimos con anterioridad, a diferencia de los supuestos comentados anteriormente, el último párrafo del Art. 168º del CP prevé un conjunto de ilícitos caracterizados por la no exigencia de coacción para la configuración del tipo penal. En tales casos, no resulta posible alegar el consentimiento como causa de justificación pues se trata de bienes jurídicos indisponibles e irrenunciables (Art. 20º inciso 10º del CP). A su vez, tampoco resulta de aplicación el Art. 27º según sugiere un sector de la doctrina nacional[10], dado que la fórmula del "actuar por otro" solo puede alegarse tratándose de delitos especiales propios y no frente a ilícitos con sujeto activo indeterminado o delitos comunes, como sucede en el presente caso.

A. Incumplimiento de las resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente

La acción típica consiste en el no cumplimiento de las resoluciones dictadas por una autoridad con atribución legítima para decidir sobre materia laboral. El legislador entiende por "autoridad competente" únicamente a la autoridad administrativa de trabajo, pues en la Exposición de Motivos del CP se indica que la norma comentada reprime "el incumplimiento de las resoluciones consentidas o ejecutoriadas de la autoridad administrativa de trabajo", de modo que respecto a la emitidas por la Justicia Laboral (Poder Judicial) se apreciaría la comisión del delito de desobediencia o resistencia a la autoridad tipificado por el Art. 368º del CP.

Ahora bien, la textura abierta del tipo penal permite concluir, sin violar el principio de legalidad, que la expresión "resolución" incluye las expedidas por la autoridad administrativa y en la jurisdicción laboral. Quedan al margen de este ilícito las resoluciones expedidas en sede arbitral.

---

[10] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. Op. Cit., p. 172.

B. Disminución o distorsión de la producción, simulación de causales para el cierre del centro de trabajo o abandono del centro de trabajo para extinguir las relaciones laborales

La fuente de este tipo penal que tipifica las llamadas prácticas fraudulentas o "lock out", se encuentra en el Art. 35º de la Ley Nº 24514, Ley de Estabilidad Laboral. La acción típica consiste en la disminución (merma o menoscabo) o distorsión (deformación) de la producción con el fin de lograr el cierre del establecimiento. Asimismo, se comete el delito mediante la apariencia o fingimiento de causales con idéntico fin, pudiendo simularse una o varias causales a la vez de modo que habiliten el cierre legal del establecimiento. Finalmente, también se sanciona el abandono del centro de trabajo, es decir, el retiro manifiesto e inesperado del empleador del centro de labores que administra, sin que exista una autorización para ello.

2. EL TIPO SUBJETIVO

De conformidad con lo previsto en el Art. 12º párrafo 1º del CP, los ilícitos comentados solo puede consumarse dolosamente, exigiéndose la conciencia y voluntad del sujeto activo de realizar los elementos del tipo objetivo.

Excepcionalmente, tratándose de los delitos de disminución o distorsión de la producción y simulación de causales, se precisa la concurrencia de una especial intención: el ánimo de lograr el cierre del centro de trabajo. Dicha intención constituye un elemento subjetivo diferente del dolo, por lo que la doctrina califica estos delitos como de tendencia interna trascendente, puesto que la intención del autor (aspecto subjetivo) va más allá -trasciende- de lo que objetivamente realiza.

CAPÍTULO II
CONSIDERACIONES EN TORNO AL DELITO DE ESTAFA DEL ARTÍCULO 196º DEL C.P. Y SU DELIMITACIÓN EN LAS RELACIONES CONTRACTUALES

I. CONSIDERACIONES GENERALES Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La estafa penal se trata en términos generales de un desplazamiento físico de orden patrimonial-económico que realiza la propia víctima, producido por un vicio o distorsión de la voluntad que este padece, causado directamente por un comportamiento doloso por parte del sujeto activo. No es un desplazamiento violento ni amenazante en contra del patrimonio de la víctima, sino más bien, que dicho desplazamiento se produce a través de ciertas astucias o ardid, de la imaginación ilícita del sujeto activo, por ello la estafa penal no es considerada como un delito de "sangre" o de "crueldad", sino como un delito de "astucia" o de "destreza" utilizando para ello mecanismos y/o maniobras precisamente de destreza y sagacidad del sujeto activo para conseguir su objetivo final, que es su beneficio o aprovechamiento económico de la cosa obtenida defraudatoriamente.

El delito de estafa –al igual como el delito el homicidio, robo, hurto, violación sexual, falsificación de documentos, entre otros– por antonomasia ha sido considerado infracción penal en la conciencia de los seres humanos y obviamente dentro de nuestro acervo cultural en materia jurídico-penal; por ello sería impensable (i) que los legisladores –tanto nacionales como extranjeros– no la contemplen expresamente como delito en las Partes Especiales de sus respectivos CP, en consecuencia la estafa constituye una infracción "clásica" y "nuclear" dentro del campo del DP; y, (ii) sería impensable que se pueda alegar a favor del imputado una causal de exoneración de responsabilidad por error de prohibición

vencible o invencible (Art. 14º, segundo párrafo, del CP), desde que la "vulneración" a la norma primaria de prohibición (es decir "no estafarás", "no defraudarás") está muy arraigada en la conciencia de todas las personas consideradas imputables, en todo caso sería un error totalmente burdo y hasta risible.

Por otro lado, el delito de estafa se encuentra regulada dentro del capítulo correspondiente a los delitos contra el patrimonio, lo cual se deduce que el bien jurídico protegido es el patrimonio en función de las personas afectadas que pueden verse mermadas producto del engaño y la defraudación incurrida por el autor. Así lo ha entendido nuestra doctrina penal. SALINAS SICCHA manifiesta al respecto que: "el patrimonio de las personas se constituye en el bien jurídico que se pretende proteger con el tipo penal del Art. 196º. De manera específica, se protege la situación de disponibilidad que tienen las personas sobre sus bienes, derechos o cualquier otro objeto, siempre que tal situación tenga una protección jurídica de relevancia económica"[11]. Por su parte, PEÑA CABRERA FREYRE sostiene que: "no hay objeción alguna en la doctrina especializada, que el delito de estafa ataca el patrimonio de una persona, la suma de valores que se ve mermada, luego de la acción engañosa provocada por el autor, que genera el desplazamiento del acervo patrimonial a su esfera de custodia. De ningún modo, el Art. 196°, ha de tutelar el derecho a la verdad ni la buena fe de los agentes del mercado, en virtud de su contenido etéreo, carente de base material"[12].

---

[11] Véase: SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho penal. Parte especial*, 3º Edición, Lima, 2008, p. 1058. En este mismo sentido a la doctrina española, véase: LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de Derecho penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 1994, p. 180; QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep. *Derecho penal. Parte Especial,* tomo I, 1991, p. 489 "El bien jurídico aquí protegido es el patrimonio en sí mismo, como un todo, y no concretamente un derecho como era el de propiedad en los capítulos precedentes".

[12] Véase: PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho penal. Parte especial,* Tomo II, 2º reimpresión, Lima, 2010, pp. 342, 344. Agrega este autor que "es de verse que según nuestro Derecho positivo vigente, se especifica en el tipo penal del Art. 196°, que la punición de dicha conducta se en-

Por su parte, GONZÁLEZ RUS sostiene que: "considerando que lo protegido es el patrimonio en su conjunto, el perjuicio necesario para la integración del delito debe comportar un empobrecimiento efectivo del mismo, constatable mediante la comparación global del mismo antes y después del hecho, y de la que debe resultar una disminución de su valor total. Por el contrario, una concepción orientada a los elementos que lo integran considera producido el perjuicio con la simple salida ilegítima de cualquiera de ellos como consecuencia de la infracción, aunque tal pérdida no determine una disminución efectiva de su valor global"[13].

Antes de terminar con esta breve introducción, debemos advertir que la figura penal de la estafa tiene conexiones estrechas con la de la extorsión. Ambas, en efecto, se separan del hurto no solamente en cuanto al modo de la acción, sino también a la calidad de los bienes sobre

---

cuentra condicionada la causación efectiva de un perjuicio, que debe ser de índole económica y, para ello resulta ineludible remitirse a la unidad del patrimonio antes del ataque antijurídico, con su integridad ex post y, así poder verificar si se ha cumplido con la efectiva lesión del bien jurídico protegido".

[13] Véase: GONZÁLEZ RUS, Juan José; *Curso de Derecho penal español. Parte especial I,* Madrid, 1996, pp. 655 y 656. Este autor sostiene lo siguiente: "se discute también si debe considerarse a la *buena fe* como bien jurídico protegido. Por la afirmativa se pronunció ANTÓN ONECA, argumentando que el elemento definidor de la estafa, el engaño, no tiene por sí mismo fuerza suficiente para justificar una tipicidad especial, si no fuera porque su empleo genera un daño o un peligro para un interés social de importancia como la buena fe. No creo que sea así, sin embargo. A mi juicio, aunque es evidente que uno de los fines político-criminales que llevan al legislador a construir el delito de estafa es el de proteger la confianza, la fiabilidad y la credibilidad en el tráfico mercantil, bien jurídico protegido son solo los elementos integrantes del patrimonio (FERNÁNDEZ ALBOR, TORIO, por todos). El entendimiento contrario generaría, además, consecuencias claramente inconvenientes para la aplicación del delito, obligando a adelantar el momento de la consumación a costa de las formas imperfectas, dado que el engaño (que lesiona ya la buena fe, por tanto, el bien jurídico) debería ser considerado resultado típico y no elemento de la acción (BAJO/PÉREZ/SUÁREZ)".

los cuales estos hechos pueden recaer (muebles, inmuebles, derechos, créditos), y sobre todo, con respecto a la situación que crean en la voluntad de quien toma la disposición patrimonial. En la extorsión y en la estafa propiamente dicha, a diferencia de lo que ocurre en el hurto, la disposición patrimonial es tomada con voluntad viciada, en un caso, por intimidación o coacción, en el otro por error[14].

1. Descripción legal

El delito de estafa está previsto en el Art. 196º del CP vigente en los siguientes términos:

> *"El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta..."*[15].

---

[14] Véase, en este sentido: SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*, Tomo IV, Buenos Aires, 1951, pp. 331 y 332.

[15] Un delito que dentro de su estructura típica se asemeja al delito de estafa, este sería el delito de Defraudación tributaria. Efectivamente el Decreto Legislativo N° 813 del 20 de abril de 1996 tipifica los llamados delitos tributarios en el Perú. Primigeniamente dicho texto prescribía lo siguiente: "Artículo 1.- El que, en provecho propio o de un tercero, valiéndose de cualquier artificio, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, deja de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años".
Sin embargo, años después se modificó la sanción a dicho delito. Al respecto, el tipo penal básico del delito de Defraudación tributaria (Dec. Leg. N° 813) recoge en su parte preceptiva (artículo sustituido por la Décimo Primera Disposición Final de la Ley Nº 27038, publicada el 31-12-1998) Así, el actual delito de Defraudación Tributaria se encuentra regulado de la siguiente manera:
"Artículo 1.- El que, en provecho propio o de un tercero, valiéndose de cualquier artificio, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, deja de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 5 (cinco) ni mayor de 8 (ocho) años y con 365 (trescientos sesenta y cinco) a 730 (setecientos treinta) días-multa."

El primer CP peruano regulaba el delito de Estafas y otras defraudaciones en el Art. 345º que decía lo siguiente:

> *"Todo el que con nombre supuesto o bajo calidades imaginarias, falsos títulos o influencia mentida, defraude a otro, aparentando bienes, créditos, comisión, empresa o negociaciones, o valiéndose para el efecto de cualquier otro ardid o engaño, será castigado:*
>
> 1. *Con arresto mayor en segundo o tercer grado, si la defraudación no excede de cincuenta pesos.*
> 2. *Con reclusión en primero o segundo grado, si pasa de cincuenta pesos y no llega a quinientos.*
> 3. *Con cárcel en primero o segundo grado, si excede de quinientos pesos".*

Como puede verse del mencionado CP, hoy abrogado, uno de los aspectos más resaltantes es que incorpora dentro de su descripción típica un *quantum* económico de la cosa estafada, respetando con ello el principio de subsidiaridad y lesividad del bien jurídico, y de acuerdo al valor de lo estafado la sanción punitiva iba incrementándose. La pregunta que cae por su propio peso es la siguiente: ¿Debería incorporarse un *quantum* económico en la cosa estafada en el actual Art. 196º del CP? Al menos pensamos que debería ponerse en el debate nacional si será racional esta propuesta legal desde que estamos ante un delito donde el bien jurídico protegido es el "patrimonio" de las personas, y no, por ejemplo, la "lealtad" o la "buena fe" en los negocios jurídicos. Consideramos que dado que el patrimonio puede ser cuantificable, podría proponerse incluir un *monto* o *cuantía* del perjuicio en la descripción típica del Art. 196° para evitar así que estafas banales o de bagatela tengan relevancia jurídico-punitiva.

Artículo 2.- Son modalidades de defraudación tributaria reprimidas con la pena del Artículo anterior: a) Ocultar, total o parcialmente, bienes, ingresos, rentas, o consignar pasivos total o parcialmente falsos para anular o reducir el tributo a pagar. b) No entregar al acreedor tributario el monto de las retenciones o percepciones de tributos que se hubieren efectuado, dentro del plazo que para hacerlo fijen las leyes y reglamentos pertinentes".

Por su parte, el abrogado CP peruano de 1924 decía en el Art. 244°, con relación al delito de estafa y otras defraudaciones, lo siguiente:

> *"El que con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza aparentando bienes, crédito, comisión, empresa, o negociación, o valiéndose de cualquier otro artificio, astucia o engaño, se procure o procure a otro un provecho ilícito con perjuicio de tercero, será reprimido con penitenciaría o prisión no mayor de seis ni menor de un mes."*

Como puede verse, la descripción legal del delito de Estafa en el CP de 1924 comprendía circunstancias típicas similares con la descripción que ofrece el Art. 196° del CP actual, como las son, tanto los medios por los cuales se puede cometer dicho delito –"*…o valiéndose de cualquier otro artificio, astucia o engaño…",* como el tema del aprovechamiento económico del autor –*"…se procure o procure a otro un provecho ilícito con perjuicio de tercero…"*–.

Sin embargo, en la misma descripción legal del Código de 1924 existía un conjunto de conductas típicas que mezclaban arbitrariamente supuestos de otras figuras delictivas lo que dificultaba la debida aplicación de la Estafa en aquel entonces; así, los supuestos de la falsedad genérica –por ejemplo, la utilización de nombres supuestos o calidades simuladas–, se mezclaban con el delito de falsedad documental – en la parte de falsos títulos–; en esta misma línea, alguna parte de la doctrina de aquel entonces y hasta parte de la doctrina actual asocia la Estafa con la forma de cómo se originan las relaciones sociales y que esta tiene que ser en un grado y un clima de confianza entre las partes, es decir, una de las variantes que preveía el CP de 1924 en relación a la estafa era el abuso de confianza, y que por tal situación se aprovechaba el autor para engañar a su víctima.

Como es sabido, el Título V del CP no solo trata el delito de Estafa. Regula también otros cuatro supuestos especiales de defraudación, pero en forma atenuada en cuanto a su sanción. En este sentido, los supuestos típicos descritos en este rubro podrán ser clasificados teniendo como

base un supuesto de defraudación genérico y cuatro supuestos especiales de defraudación. La genérica será la Estafa (Art. 196º) y las especiales, las tipificadas en el Art. 197 del CP. Este enfoque exige para la configuración de los supuestos especiales, y en primer lugar, de la presencia de todos los elementos básicos de la defraudación genérica (estafa).

2. Sobre los elementos típicos del delito de estafa (Art. 196º del CP)

Es de precisar que todos los elementos típicos del delito encuentran entre sí una relación de causalidad o como un sector de la doctrina denomina *una relación de antecedente a consecuente*. Es de destacar que la ausencia de uno de los elementos antes citados o del orden en que deben presentarse, descarta de plano la tipicidad del hecho. En el caso del engaño, el profesor GÓMEZ BENÍTEZ ha considerado que este es "toda aquella conducta tendente a generar error a otra persona, realizada con fines defraudatorios, e idónea para conseguirlo"[16], en esa medida solo a un engaño de esa naturaleza le es imputable el perjuicio patrimonial posteriormente acontecido. El engaño típico requerido para la verificación del delito de Estafa, va más allá de la sola mentira, es necesario desplegar un engaño que sea suficiente e idóneo para poder inducir a error al sujeto pasivo del delito, no todo engaño es suficientemente relevante para determinar una falsa representación de la realidad en un sujeto.

Autor de estafa no es quien manipula psíquicamente al disponente, sino quien infringe un deber de veracidad que lo obliga frente a la víctima, al margen de la interpretación o representaciones estrictamente subjetivas que se tengan del hecho[17]. Sin embargo, habrá que poner límites y diferencias, así en la estafa la conducta engañosa del autor apunta a inducir a error a la víctima para conseguir una disposición patrimo-

---

[16] Véase: GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. "Función y contenido del error en el tipo de estafa", en: *ADPCP*, 1985/II, p. 338.

[17] MEDINA FRISANCHO, José Luis. *La Imputación a la víctima en los delitos de defraudación patrimonial*, Grijley, Lima, 2011, p. 91.

nial perjudicial, mientras que en la defraudación tributaria la conducta fraudulenta del autor busca dejar de pagar una deuda (tributaria)[18]. Conforme a la tipicidad objetiva del delito de estafa, este se encuentra integrado por los siguientes elementos: (i) engaño; (ii) error; (iii) acto de disposición; y (iv) perjuicio patrimonial:

2.1. Engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta.

El engaño consiste en una simulación o disimulación, entendida como desfiguración de lo verdadero capaz de inducir a error a una persona o varias personas. El engaño debe recaer sobre un hecho. El engaño en la estafa ha de ser anterior al error y a la disposición patrimonial. En otras palabras, el engaño es la falta de verdad en lo que se dice, o hace de modo bastante para producir error e inducir el acto de disposición patrimonial; esto quiere decir, que el engaño debe ser idóneo y suficiente para engrandar el error en la psique del sujeto pasivo y, así provocar el desplazamiento del objeto material[19].

Por su parte MEDINA FRISANCHO nos dice que el engaño es "… como un acto de inveracidad configurado por el quebrantamiento de un deber de información proveniente de la posición económica del autor e

---

[18] Véase: GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte Especial*, Grijley, Lima, 2007, p. 618.

[19] Véase: PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Op. Cit., pp. 345, 359. Este mismo autor agrega que: "definitivamente, el engaño es más que la mentira, pues la segunda dependerá ya de los juicios de valor de la persona, que incide más que todo para la presunción de buena fe del obrar del prójimo; en cambio, el engaño supone que lo que se dice o afirma, viene acompañado con ciertos datos objetivos, que tienden a inducir a la creencia de algo que no se corresponde con la verdad".
En este punto debemos citar la Ejecutoria Suprema de fecha 25 de octubre de 2004, expedido por la Primera Sala Penal Transitoria, en el Recurso de Nulidad, N° 1075-04, Lima, en el considerando segundo, tiene dicho lo siguiente: "Que conforme lo define Ramiro Salinas Siccha: A.- El engaño debe entenderse como toda simulación o disimulación es decir desfiguración de lo verdadero capaz de inducir a error a una o varias personas, este engaño debe ser suficiente a efectos de inducir a error a la víctima".

impuesto a las partes de todo negocio jurídico en virtud del principio de buena fe contractual, consagrado en el Art. 1362º C.C."[20]. El engaño, tal como se desprende de la redacción normativa del Art. 196°, debe provocar un "error" en la persona del sujeto pasivo, a fin de que esta proceda a la disposición patrimonial. Sin error, dice el profesor Sebastián SOLER, no hay estafa, así como no lo hay sin ardid, aun cuando mediante alguna maniobra se logre un beneficio indebido. Si la víctima, a quien se le pretendió engañar, pero de forma inútil, es plenamente consciente de que el automóvil que va a comprar no vale ese precio y, aun así desembolsa el dinero, no puede ser sujeto pasivo de estafa.

Los fraudes o mecanismos fraudulentos utilizados por el agente para lograr sus objetivos muy bien pueden ser el engaño, la astucia, el ardid, así como el artificio, el truco, el embuste, la argucia, el infundio, etc. Por tanto, aquí interesa el mecanismo por el cual el agente con el fin de sacar un provecho, haciendo que el mismo agraviado le entregue sus bienes, falsea la realidad o, mejor dicho, le presenta una realidad distinta a la auténtica[21]. En cambio, el concepto de ardid indica la utilización de maniobras o artificios destinados a engañar; para el engaño basta la

---

[20] MEDINA FRISANCHO, José Luis. Op. Cit., p. 92. Este autor señala que: "la falsedad o forma fraudulenta empleada por el autor no puede constituir cualquier forma de engaño, sino que por el contrario debe hallarse regida por baremos de idoneidad, suficiencia y aptitud para provocar el déficit cognitivo de la víctima y, con ello, el desprendimiento patrimonial que esta finalmente lleva a cabo, de modo tal que el perjuicio irrogado ha de obedecer únicamente a razones imputables al autor y no a la propia víctima" (p. 99).

[21] Véase: SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. Cit., pp. 1050–1058. Sobre la expresión *engaño* el derecho vivo y actuante por Resolución Superior del 10 de julio de 1997 ha precisado que "en cuanto al engaño, este supone una determinada simulación o maquinación por parte del sujeto el que debe tener la aptitud suficiente para inducir a error al otro, siendo que lo decisivo en el engaño es dar de cualquier modo concluyente y determinado la apariencia de verdadero a un hecho falso; por otra parte, el engaño de la estafa ha de ser anterior al error y la disposición patrimonial, de modo que si esta se produce antes del engaño, tampoco habrá estafa".

afirmación o la negación contraria a la verdad; y si la primera forma de fraude no ofrece mayores dificultades en torno a su idoneidad típica, sí las ofrece la segunda.

Así, la doctrina penal exige que el engaño típico presente algo más que una sola mentira. La doctrina francesa habla de la denominada *mise en scéne* o puesta en escena, esto es la elaboración de un aparato escénico mediante un hecho externo o la intervención de una tercera persona que dé crédito a las palabras. En Alemania, la doctrina se inclina por exigir la presencia de *actos concluyentes*[22], es decir hechos objetivos que presenten una entidad suficiente para determinar una situación de error en la víctima. Además debemos agregar que el tipo penal objeto de análisis presenta una particularidad interesante. No solo se criminaliza a quien induce en error a una persona mediante engaño, sino a quien mantiene en error mediante engaño. El proceso causal se origina con la inducción o con el mantenimiento del error, mediante engaño. Pero ni siquiera eso es suficiente, sino que el error deberá producir una disposición patrimonial y este consecuentemente en perjuicio patrimonial.

El problema del silencio se resuelve de modo semejante al de la mentira: se requiere que vaya acompañado de un actuar engañoso positivo, o bien que exista el deber jurídico de hablar o de decir la verdad. A ese fin, no basta que medie una obligación moral o caballeresca; debe tratarse de una obligación jurídica estrictamente determinable como tal, cuestión que depende del examen particular de cada situación. Esta obligación específica no puede ser suplida por la obligación genérica de comportarse con buena fe. No toda inobservancia de las normas de la buena fe constituye ardid[23].

Con respecto al destinatario del ardid, ya hemos dicho que la teoría que exige la diligencia de un buen padre de familia resulta equívoca en

---

[22] Véase: COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel *et. al. Manual de Derecho penal. Parte especial*, tomo II, Akal, Madrid, 1990, pp. 219-221.

[23] SOLER, Sebastián. Op. Cit., p. 336.

la medida en que la selección del sujeto forma frecuentemente parte del plan mismo del estafador. El criterio para juzgar la existencia e idoneidad del ardid, en consecuencia, no puede prescindir de tomar en cuenta la calidad del engañado, para estimar si, de acuerdo con la condición de este, puede legítimamente hablarse de un error[24].

2.1.1. Sobre el engaño suficiente

Debemos delimitar la relevancia típica de la conducta prohibida del delito de estafa, según los criterios que se aglutinan en la moderna teoría de la imputación objetiva y dejando de lado fundamentos privativos de las leyes de la naturaleza (causalidad). Solo al engaño que cree un riesgo jurídico-penalmente desaprobado de lesión del bien jurídico, esto es del patrimonio ajeno, le puede ser imputado el resultado posterior que, además, deberá ser, precisamente, la realización concreta de ese riesgo[25].

Por ello, se sostiene que la determinación de la suficiencia del engaño necesario para la estafa penal es de importancia, ya que solo se podría delimitar su ámbito de aplicación en sede penal, a diferencia de la civil o en su defecto descartar su relevancia jurídica[26]. Es cierto que el precepto legal en estudio no contiene el adjetivo "bastante" como ocurre en España. Ello, sin embargo, no es óbice para tratar el tema. Por el contrario y no solo porque el tema de la relación de causalidad es un elemento que está presente en todo tipo penal que contenga un delito de resultado, sino incluso porque el tipo penal lo exige taxativamente ("induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta"). Es decir, conforme al tipo penal, el error deberá ser consecuencia directa del fraude ("mediante").

---

[24] SOLER, Sebastián. Op. Cit., p. 339.

[25] Véase: PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Op. Cit., pp. 345, 359.

[26] Véase: CANEZ MARTICORENA, Alfredo. *Sobre el delito de estafa y otras defraudaciones*, Alternativas, Lima, 2000, p. 16.

El acto fraudulento deberá ser lo suficientemente idóneo y capaz de vencer las normales previsiones de la víctima. Corresponde al operador jurídico hacer tal calificación, pues en la realidad concreta, por las especiales circunstancias de tiempo, modo, ambiente social y lugar en que ocurren y por las especiales aptitudes intelectuales de la víctima, los casos varían de uno a otro. No hay casos idénticos pero sí pueden haber parecidos. En esta misma línea se ubica la posición que ha asumido la Ejecutoria de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de República, Recurso de Nulidad, N° 3115-2007, Lambayeque, de fecha 11 de marzo de 2010, en el considerando quinto, que tiene dicho lo siguiente:

> *"Por ello, debe entenderse al engaño como medio capaz de viciar el consentimiento de un tercero por deformación de la realidad, induciendo a creer y tener por cierto lo que no lo es, con abuso de la confianza que la víctima de buena fe deposita en el autor. Sin embargo, para los fines públicos de punición, la doctrina penal autorizada ha dejado por sentado la necesidad de que el engaño revista de cierta trascendencia objetiva para producir el error causal en la víctima -principio de idoneidad-. Es así que Conde Pumpido destaca que el engaño penal ha de revestir características propias que lo distingan de una simple mentira, pues considera al engaño como la maniobra fraudulenta que lleva a cabo el autor, que, sin dudas, revela mayor peligrosidad dado que supone la existencia de premeditación y preordenación de medios (CONDE-PUMPIDO FERREIRO. Estafas. Ed. Tirant lo blanc0h. Valencia, p. cuarenta y ocho). En la misma línea Serrano Gómez refiere que hay un límite de engaño socialmente permitido, y solo cuando se sobrepasa ese límite entrará en juego el DP, no pudiendo hacerlo antes por el principio de intervención mínima: no todo engaño es protegido por el DP (SERRANO GÓMEZ, Alfonso, DP. Parte especial. Ed. Dykinson, Madrid, p. trescientos cuarenta y seis). Esto pone de relieve que la mera causación de un acto de disposición patrimonial perjudicial no es razón para hacer al autor responsable del mismo, pues, aun*

cuando la causalidad puede tener importancia para el juicio de imputación del resultado, no la tiene para el análisis de la tipicidad del comportamiento. Es por ello, que a este nivel de análisis resulta relevante aplicar los postulados bajo los que se guía la teoría de la imputación objetiva. Así, en el análisis del delito in comento, la capacidad del engaño para producir el error está en función a que la acción del autor comporte un incremento del riesgo socialmente aceptado para la producción del resultado, además que la disposición patrimonial haya obedecido al peligro generado por la conducta engañosa desplegada por el autor. A tal fin, es conveniente incluir, para la medición de la trascendencia del engaño, el principio de autorresponsabilidad de la víctima o competencia de la propia víctima -atento al desarrollo dogmático de la teoría de la prohibición de regreso- pues es esta quien es responsable de su deber de autoprotección, y, en algunos casos, con su comportamiento contribuye de manera decisiva a la realización del riesgo no permitido. Choclan Montalvo refiere en esta línea que a pesar de la cesión al estado de la función de policía en orden a la tutela de los bienes jurídicos de los ciudadanos, siempre conserva el ciudadano un espacio de libre autonomía que debe ordenar de manera adecuada hacia la conservación de sus propios bienes agrega en ocasiones, la acción del autor en sí misma considerada carece la aptitud suficiente para la relevante puesta en peligro del bien jurídico, y aquella idoneidad para la lesión del bien jurídico la recibe, precisamente, del comportamiento de la víctima (CHOCLAN MONTALVO, José Antonio. El delito de estafa. Ed. Bosch, Barcelona, p. ciento diez - ciento quince). De este modo se advierte como innecesaria la intervención penal a aquella víctima que no se comportó de modo responsable en el cuidado de sus bienes jurídicos del que es titular, más aun cuando se trata de bienes jurídicos disponibles como el patrimonio. Bajo estos lineamientos, será relevante el engaño... cuando la víctima no puede evitar su error a pesar de haberse comportado de acuerdo con las pautas sociales y su capacidad en el cuidado de sus bienes del que es titular (PASTOR

MUÑOZ, Nuria. La determinación del engaño típico en el delito de estafa. Ed. Marcial Pons, Madrid, p. ciento cincuenta y tres-ciento cincuenta y cuatro)".

En este punto también debemos de citar la sentencia de fecha 30 de marzo de 2007 expedida por la Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres Corte Superior de Justicia de Lima, en el Expediente Nº 1187 – 2005, tiene dicho lo siguiente:

"TERCERO.- Que, el delito de estafa supone la presencia de los elementos del tipo penal de manera concatenada y que puedan ser subsumidos en la conducta imputada como delictiva, así tenemos que, en el presente caso la inducción resulto viable debido a la confianza que existía de parte del representante legal de la agraviada al punto que posibilitó sin que se entregara suma alguna de dinero, sino únicamente títulos valores, la desaprensión de su patrimonio –vía contrato de compraventa– del objeto material del delito; por otro lado, resulta evidente que la circunstancia anotada importaba perjuicio patrimonial para el agraviado, en tanto y en cuanto su patrimonio se veía afectado considerablemente a favor del imputado; ***debiendo señalarse la idoneidad del engaño*** *no solo precedente, sino concurrente, toda vez que en el iter criminis del delito investigado se aprecia dos momentos, el primero a la suscripción del contrato de compraventa y entrega del vehículo y un segundo momento a la entrega del cheque en blanco sin provisión de fondos" (negritas son nuestras).*

2.2. El error de la víctima en el delito de estafa. Sobre el error en forma omisiva y la modalidad de los actos concluyentes

Existe cuando se produce un falso conocimiento de la realidad, que es producto del engaño y que, a su vez, motiva la disposición patrimonial perjudicial. El CP equipara la conducta consistente en producir el error –conforme al Art. 196 del CP- y la de mantener un estado de error

por parte del sujeto activo al decir: "*...induciendo o manteniendo en error al agraviado*".El error para que tenga relevancia en el delito de estafa debe haber sido provocado o propiciado por la acción fraudulenta desarrollada por el agente[27]. El error debe surgir inmediatamente a consecuencia del acto fraudulento. Sin error no hay acción fraudulenta de parte del agente, es imposible hablar de error y menos de estafa.

Como es sabido, el concepto de error en el delito de estafa es una problemática que concierne exclusivamente a la víctima o parte pasiva del delito objeto de comentario, o mejor dicho a las capacidades y condiciones que posee la víctima, y que el error que padece la víctima debe ser consecuencia directa y causal del engaño, astucia o ardid que debe generar el sujeto activo. En ese sentido, existe consenso en la doctrina y hasta en la jurisprudencia en afirmar que el engaño del delito de estafa debe producirse, en todos los casos, sobre y en función de una persona natural o física, es decir, el error o la falsa representación de la realidad –producto del engaño, astucia o ardid u otro similar– debe realizarse hacia una persona física o natural ya que dicha persona tiene obviamente,

---

[27] Véase: Ejecutoria Suprema de fecha 25 de octubre de 2004, expedido por la Primera Sala Penal Transitoria, en el Recurso de Nulidad, N° 1075-04, Lima, en el Considerando Segundo, tiene dicho lo siguiente**: "**Que conforme lo define Ramiro Salinas Siccha: B.- El error es generado no por engaño sino por exclusiva ignorancia respecto a las intenciones del autor del hecho punible, error en consecuencia es entendido como un falso conocimiento de la realidad producto del engaño y que a su vez motiva la disposición patrimonial perjudicial".
De ese modo, en la Resolución Superior del 14 de setiembre de 1998, atinadamente se afirma que "el error como elemento del tipo penal de estafa, juega un doble papel: primero, que debe ser consecuencia del engaño, dependiendo su relevancia típica si es que este es suficiente para alterar los elementos del juicio que dispone la víctima para comprender la intención dolosa del agente; y, segundo, debe motivar la disposición patrimonial, lo que permitirá verificar la relación de causalidad entre la acción y el resultado, generando la posibilidad de negar la imputación objetiva del resultado directamente provocado por la disposición patrimonial, si es que el error, lejos de ser causa del comportamiento engañoso, aparece como consecuencia de la propia negligencia o falta de cuidado del sujeto".

plenamente conciencia y voluntad de realizar determinados actos que perjudiquen su propio acervo patrimonial; en tal sentido, esta misma persona física o natural tendrá que disponer voluntariamente de su patrimonio perjudicándolo económicamente.

El problema no está en si es la misma persona quien recibe el engaño y ella misma es la perjudicada por disponer de su patrimonio; sin embargo, el problema está en el siguiente caso: que pasa si una persona física más bien está laborando al interior de una persona jurídica ya sea como empleado o como funcionario, y en ese contexto, por ejemplo, una persona presenta ante una empresa financiera documentación falsa sobre sus datos personales y su sobre su patrimonio existente, y mediante engaños constantes finalmente llega estafar primero a la persona física encargada de otorgar créditos y préstamos; y segundo a la persona jurídica, ya que la estafada será también la empresa financiera pues esta empresa es la que finalmente dispone de su patrimonio, produciendo así los requisitos típicos del Art. 196° del CP.

Aquí podría decirse que el "engañado" es una persona jurídica porque ella –a través de sus representantes– ha dispuesto voluntariamente de su patrimonio otorgando el préstamo respectivo; empero, debemos hacer la siguiente precisión: no es que el engaño, astucia o ardid entendido en los términos del Art. 196° del CP se haya producido en o hacia una persona jurídica que en nuestro concepto es un ente colectivo de naturaleza ficticia o abstracta –como en este caso la engañada fue una empresa financiera–, sino como hemos dicho, el engaño debe dirigirse siempre hacia una persona física ya que esta tiene conciencia y voluntad de sus actos –que en nuestro caso puede ser el responsable de la unidad de créditos de un banco– y que tiene vínculo contractual y "representa" a la empresa financiera, y dicha persona física –que es el responsable de otorgamiento de créditos y préstamos– es quien recibirá directa e inmediatamente el engaño, astucia o ardid del sujeto activo y este en todos los casos realizará la disposición patrimonial en "nombre" de la persona jurídica, producto del error. El Art. 196° del CP peruano señala que el sujeto activo tiene que inducir o mantener en error a la víctima, ("...*induciendo* o manteniendo en error al agraviado…"), y la inducción como

se sabe es una motivación de determinación psicológica de una persona física hacia otra persona física.

Sin temor a equivocarnos podemos hacer un símil con la figura dogmática del "actuar por otro" del Art. 27° del CP, porque así como no pueden responder en nuestro Derecho de manera directa las personas jurídicas en el campo del DP –por la vigencia del principio del Derecho romano *societas delinquere non potest*–, y que para ello necesariamente se responsabiliza penalmente a aquellas personas físicas que actúan en nombre y representación de las personas jurídicas; de la misma manera como las personas jurídicas no pueden ser objeto de engaño –por estar influenciadas tanto en *el acto* del engaño como en el *objeto* del engaño en criterios estrictamente psicológicos que solo lo pueden realizar personas de "carne" y "hueso"–; pero claro con una sola condición de orden jurídico-legal: que las personas físicas siempre y cuando actúan en nombre y representación de la persona jurídicas. Se podría decir que debemos aplicar una especie de "actuar por otro" para la víctima en la estafa precisamente para dar cabida a la parte agraviada a la persona jurídica.

En otras palabras, la problemática que enfrenta el error en una empresa producto de la estafa debe solucionarse, en nuestro criterio, en sentido parecido a las vías de representación, esto es, como es una regla general que las personas jurídicas no pueden ser sujetos estafados, pero sí aquellas personas físicas que laboran y "representan" a las personas jurídicas, ya que estas existen en la medida en que hay determinadas personas físicas que están al interior de la misma; en consecuencia aquí tenemos un sujeto pasivo de la acción –es decir la persona física que es la directamente estafada y que su calidad dentro del proceso penal será la de testigo directo de los hechos, mas no de sujeto agraviado– y obviamente habrá un sujeto pasivo del delito –que será la persona jurídica, la empresa financiera que será la titular del patrimonio afectado–.

La estafa penal también puede cometerse vía actos concluyentes omisivos, de mantener en error a la víctima, cuando existía el deber por parte del agente de informarle ciertos aspectos, datos, elementos de

juicio esenciales y determinantes para adoptar la decisión en uno u otro sentido. Bajo esta hipótesis la víctima se encuentra en un estado psicológico de "error", cuya presencia no ha sido obra del sujeto activo pero, que este debe esclarecer mediante actos positivos.

En este sentido, podemos mencionar la Ejecutoria de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de República, R.N. N° 3115-2007, Lambayeque, de fecha 11 de marzo de 2010, que en su considerando quinto ha dicho:

> *"Que, en cuanto al delito de estafa atribuido al procesado Javier Armando Arbulú Buchacher, el artículo ciento noventa y seis del CP describe como supuesto de hecho sancionable a quien 'procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta...'. Bajo ese marco legal, se atribuye a Arbulú Buchacher haber logrado beneficio económico induciendo y manteniendo en error a un servidor público, mediante engaño. Sin embargo, para los efectos de establecer la correspondencia típica de la conducta probada con el supuesto normativo de la norma penal, es menester efectuar algunas precisiones respecto a la relevancia del engaño típico en el delito de estafa. en primer lugar, es de establecer que, por regla general, la actividad del agente debe comprometer una conducta activa y positiva —**lo que no excluye a la conducta omisiva- que genere el estado de error que finalmente determine la voluntad —por cierto, viciada- del agraviado de efectuar concesión patrimonial**; ello se colige de los medios descritos en la norma prohibitiva 'engaño', 'astucia', 'ardid'; en ese entendido, no podría comprenderse como objeto de protección penal, el aprovechamiento del agente de algún error en el que, sin su culpa, incurrió la víctima. Ahora bien, se atribuye que el procesado Javier Armando Arbulú Buchacher empleó engaño como medio fraudulento generador del error que originó el desembolso patrimonial en su favor. (las negritas son nuestras).*

En esta misma línea de pensamiento podemos citar la Ejecutoria de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de República, Recurso de Nulidad, N° 3115-2007, Lambayeque, de fecha 11 de marzo de 2010, en el considerando quinto, ha dicho:

> *"…de este modo la conducta de Arbulú Buchacher queda fuera del alcance del tipo pues el representante de la víctima no se comportó conforme a la exigencia que funcional y socialmente se le exigía, pues la evitación de la lesión del bien jurídico se encontraba en su propio ámbito de competencia, contribuyendo con su actuar negligente a la disposición indebida del patrimonio estatal a favor del encausado —similares términos fácticos emplea la sentencia condenatoria, a fojas quinientos sesenta y cinco- de otro lado, y luego de incurrir en error el funcionario encargado y elevar la conformidad de la recepción de más de la mercadería efectivamente recibida, si bien es cierto el encausado no advirtió a la entidad agraviada del referido error, sino que por el contrario presentó una factura por la totalidad de la mercadería, también lo es que la ley no sanciona al que no suprime un error preexistente; la conducta omisiva será punible solo si existe en el agente la obligación de advertir del error a la víctima —posición de garante— no cuando, sin dicho deber, su silencio nada agrega a los hechos.Bacigalupo refiere al respecto que "el problema del aprovechamiento no causado por el sujeto activo lleva a la falta de atipicidad de la conducta, porque no hay una obligación de despejar errores, y tampoco existiría una imputación de la víctima al autor" (BACIGALUPO, Insolvencia y delito. Ed. Depalma, Buenos Aires, p. cuarenta y cinco). Sin embargo, en el caso de autos la presentación de la factura con la totalidad del producto no resulta relevante a efecto de causar o mantener en error a la administración pública, pues, en este caso, la causalidad de la disposición patrimonial viene dado primordialmente por la conformidad de la recepción total de la mercadería; en nada sobre afecta al mantenimiento del error, con efectos típicos, la presentación de una factura que*

confirma el error incurrido. En razón de lo expuesto, y porque la conducta desplegada después de la emisión de la conformidad de la mercadería no reviste de la trascendencia del engaño típico exigido por el artículo ciento noventa y seis del CP, es del caso absolver al encausado del ilícito atribuido; no obstante, la declaración de absolución no lo exime de sus obligaciones resarcitorias, que en la vía civil y administrativa, corresponda determinar por su conducta desplegada, ajena a esta vía penal de modo autónomo".

2.3. Acto de disposición patrimonial. Especial mención a la imputación a la víctima.

El error debe llevar a la víctima a realizar una disposición patrimonial. Es decir, debe haber un acto voluntario aunque con un vicio del consentimiento, en virtud del engaño y del error. La doctrina es unánime cuando sostiene que el error, engaño y disposición patrimonial tiene que recaer sobre la misma persona, que en este caso es una misma empresa perjudicada. Disposición patrimonial es el acto por el cual el agraviado se desprende o saca de la esfera de su dominio parte o el total de su patrimonio y lo desplaza y entrega voluntariamente al agente[28].

---

[28] Véase: SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. Cit., pp. 1050 – 1058. Por otro lado, la Ejecutoria Suprema de fecha 25 de octubre de 2004, expedido por la Primera Sala Penal Transitoria, en el Recurso de Nulidad, N° 1075-04, Lima, en el Considerando Segundo, tiene dicho lo siguiente**:** "C.- Acto de disposición patrimonial, el error debe llevar a la víctima a realizar una disposición patrimonial, debe haber un acto voluntario aunque con un vicio del consentimiento, provocado por el engaño y el error. Si la persona que dispone del bien hizo su prestación libremente sin que su consentimiento estuviera viciado por el error y la conducta engañosa del agente es posterior dirigida a apropiarse del bien o a ocultar su apropiación no habrá estafa, sino apropiación ilícita. D.- Perjuicio.- La disposición patrimonial tiene que producir un perjuicio estimable económicamente, elementos con los que concuerda igualmente Luis Bramont Arias".
En doctrina este aspecto se grafica afirmando que el estafador alarga la mano, no para coger las cosas como ocurre con el ladrón, sino para que

El acto de disposición penalmente relevante debe ser entendido en sentido amplio, como *aquel comportamiento –activo, omisivo, de permisión o de tolerancia–, del sujeto inducido a error que conllevará de manera directa la producción de un daño patrimonial en sí mismo o en tercero*. Es el nexo causal entre el engaño y el perjuicio, el cual sin dicha disposición no podrá ser imputado a la conducta engañosa, al menos a título de estafa. No importa su configuración jurídico-civil. No es relevante penalmente que aparezca como un negocio jurídico o una declaración de voluntad es, simplemente, una conducta que posee eficacia real sobre el patrimonio atacado[29].

Ese desplazamiento puede tener lugar en forma de entrega, cesión o prestación de la cosa, derecho o servicio de que se trate (pues el delito de estafa puede recaer sobre cualquier elemento del patrimonio, incluidas las expectativas legítimas y económicamente valuables).[30] También la omisión puede constituir una disposición patrimonial, como sería el caso del engañado que deja de percibir o renuncia a un crédito. Puede cometer estafa quien hace creer al acreedor, con un falso recibo o cuenta, haber abonado la totalidad del crédito, renunciando por ello aquel a reclamar la diferencia o perjudicando el efecto ejecutivo del título[31]. Es imprescindible que la disposición sea realizada por la misma persona que sufrió el engaño, pero en tanto que el acto de disposición puede generar un perjuicio patrimonial propio o ajeno, de modo que no ne-

---

la víctima se las ponga a su alcance. La víctima, a consecuencia del error provocado por el acto fraudulento en su directo perjuicio, hace entrega o pone a disposición del agente su patrimonio.

[29] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/ VALLE MUÑIZ, José Manuel. "De las estafas", en: Quintero Olivares, Gonzalo (Director) Morales Prats, Fermín (Coordinador). *Comentarios al nuevo CP*, tomo II, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 1259.

[30] VIVES ANTON, Tomás / GONZALES CUSSAC, José Luis, en: *AAVV*. *Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 485.

[31] DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho penal. Parte Especial*, tomo II-B, Astrea, Santa Fe-Buenos Aires, p. 316.

cesariamente debe coincidir la identidad de quien dispone movido por error, y quien en definitiva resulta perjudicado[32].

El acto de disposición patrimonial convierte a la estafa en lo que la doctrina alemana denomina *delito de relación*, de modo que para el examen de la imputación objetiva del resultado no solo habrá que analizar las características de la acción del autor (el engaño), sino también las características de la participación de la víctima (acto de disposición realizado por error que conlleva un auto-daño patrimonial en cierto modo inconsciente)[33].

Un tema que debe dilucidarse en la disposición patrimonial es lo concerniente a la víctima en el delito de estafa, el mismo que no será quien en un momento dado de la interrelación tuvo una representación intelectual falsa, sino quien habiéndose organizado de forma adecuada, dispone de su patrimonio en un déficit de información imputable del autor[34]. En concreto, no cabe duda que las *debilidades de la víctima*, y por ende también sus –llámeseles así, de momento- "fortalezas", juegan un papel gravitante en la valoración de la aptitud típicamente lesiva del engaño.

Por *debilidad* a los efectos de lo que aquí interesa, ha de entenderse no solo a la falta de información suficiente para llevar a cabo libremente el acto de disposición patrimonial, sino que aquel estado de vulnerabilidad de la víctima derivado de aquellas particulares condiciones que la tornan especialmente propensa a realizar el acto dispositivo en una situación de déficit cognitivo, esto es, instrumentalizada por el autor[35]. En este punto

---

[32] DONNA, Edgardo Alberto. Op. Cit., p. 315.

[33] Véase: CANEZ MARTICORENA, Alfredo. Op. Cit., p. 23.

[34] Véase: MEDINA FRISANCHO, José Luis. Op. Cit., p. 92.

[35] Véase: MEDINA FRISANCHO, José Luis. Op. Cit., p. 109. Este mismo autor señala que "en vía de ejemplo puede aludirse al campesino de un pueblo alejado del interior del país, que nunca ha traspasado sus límites y que, para mejorar su trabajo agrícola, decide adquirir un vehículo que finalmente resulta tener un propietario distinto al vendedor que se lo ofreció. En ese supuesto, sería difícilmente exigible a la víctima la toma de medidas de aseguramiento patrimonial (como la verificación registral del bien objeto de venta), pues dada

merece especial atención resaltar los niveles de autonomía y responsabilidad de la víctima vulnerable o "estructuralmente débil". La imputación a la víctima tiene lugar necesariamente de modo normativo, cuando la aparente víctima ha infringido determinadas incumbencias de autoprotección, esto es, cuando en pleno ejercicio de su autonomía no administra su ámbito de organización de manera cuidadosa asegurando la incolumidad de sus bienes jurídicos. Por ello es que la institución dogmática de la imputación a la víctima se rige sobre el principio de autorresponsabilidad, en virtud del cual cada ciudadano debe responder por sus propios actos[36].

2.4. Perjuicio económico por desprendimiento patrimonial

Acto seguido, una vez verificado el error provocado por el engaño utilizado por el agente, se verificará si tal error originó que la víctima se desprenda en su perjuicio de parte o el total de su patrimonio. El elemento perjuicio por disposición patrimonial resulta fundamental en el delito de estafa. Pues si no hay desprendimiento o, mejor dicho, entrega de bienes (muebles o inmuebles), derechos reales o de crédito de parte de la víctima al agente, así este haya actuado engañosamente y provocado un error evidente, el delito de estafa no se configura. Para la determinación del perjuicio deberá tenerse en cuenta la inmediatez. En ese sentido solo serán atribuibles aquellos perjuicios que deriven directamente del acto de disposición[37].

El perjuicio típico de la estafa consiste, pues, en la diferencia de valor entre lo que se atribuye a otro (generalmente, al autor del delito) en virtud del acto de disposición y lo que, eventualmente, se recibe de este como contraprestación: si la contraprestación que se recibe es de igual valor que la que se realiza no hay, pues, delito, aunque pueda haber

---

su propia carencia de conocimientos negociables no le es posible autoproteger su ámbito de organización de modo suficiente y equivalente al de un sujeto instruido o, cuando menos, de mediana cultura con cierta experiencia o conocimientos mínimos en negocios comerciales". (pp. 110-111).

[36] MEDINA FRISANCHO, José Luis. Op. Cit., p. 56.

[37] Véase: CANEZ MARTICORENA, Alfredo. Op. Cit., p. 37

un "perjuicio" indemnizable civilmente; y, si es de menor valor, puede haber delito, pese a que, civilmente, no haya "perjuicio" alguno[38].

Por otro lado, tiene que tratarse de un perjuicio *efectivo y actual:* la disposición en sí debe haber producido el perjuicio; cuando únicamente ha creado ella una carga para el patrimonio de futura ejecución, que solo entraña el peligro del perjuicio (p.ej., lograr fraudulentamente la firma de un pagaré), se estará en el terreno de la tentativa, pero no de la tipicidad completa de la acción punible[39]. La doctrina establece que la disposición patrimonial tiene que producir un perjuicio estimable económicamente, pues se trata de un delito contra el patrimonio.

El perjuicio deberá ser real, efectivo y valorable económicamente. Para la determinación del perjuicio deberá tenerse en cuenta la inmediatez. En ese sentido solo serán atribuibles aquellos perjuicios que deriven directamente del acto de disposición. Asimismo, GONZALEZ RUS señala que identificado el bien jurídico protegido como cada uno de los *elementos integrantes del patrimonio,* el perjuicio no puede ser determinado mediante la comparación global del patrimonio antes y después del delito, sino desde la perspectiva del concreto acto de disposición realizado y el elemento patrimonial al que afecta[40].

---

[38] VIVES ANTON, Tomás/ GONZALES CUSSAC, José Luis. Op. Cit., p. 486. Estos autores agregan que: "la distinción entre el perjuicio típico (la cuantía de la defraudación) y el perjuicio civilmente indemnizable, que es absolutamente necesaria para deslindar lo penalmente relevante de lo que no lo es, no puede llevarse a cabo correctamente si se parte de la idea de que el perjuicio contemplado por el tipo consiste en una disminución del patrimonio, entendido como totalidad".

[39] Véase: CREUS, Carlos. *Derecho penal. Parte especial,* tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 490.

[40] GONZÁLEZ RUS, Juan José. Op. Cit., pp. 669 - 672. Así lo viene entendiendo la jurisprudencia, que calcula el perjuicio en relación al concreto acto de disposición: importe de la harina recibida y no pagada (STS de 18 de marzo de 1988), diferencia de valor entre las coronas islandesas y las suecas que se decía entregar (STS de 19 de mayo de 1983); precio dado por la adquisición del inmueble (STS de 30 de marzo de 1988), etcétera.

3. La relación secuencial de los elementos típicos en la estafa. Especial mención a la relación de causalidad en el delito de defraudación patrimonial

Como el delito de defraudación patrimonial se trata de un delito que en su estructura típica responde a uno de resultado lesivo, ya que se exige la probanza del perjuicio económico de la víctima; en consecuencia, se tiene que analizar previamente la problemática de la relación de causalidad entre el engaño y el desplazamiento que realiza la víctima. En este sentido por ejemplo se pronuncia la sentencia de fecha 30 de marzo de 2007 expedida por la Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres Corte Superior de Justicia de Lima, en el Expediente Nº 1187 – 2005:

> *"Primero.- El delito de estafa se perfecciona cuando el sujeto pasivo se desprende voluntariamente de su patrimonio a consecuencia de la falsa apreciación de la realidad inducida o mantenida en error por la acción engañosa del acusado, vale decir que el medio fraudulento no solo preexiste al desplazamiento patrimonial, sino además es* ***causa determinante a dicho desplazamiento****" (las negritas son nuestras).*

Como se sabe, la teoría de la imputación objetiva atenúa la aplicación irrestricta del dogma causal proveniente de la teoría del delito, y se procura eliminar o neutralizar la *versari in re illicita imputatur omnia, quae sequntur ex delicto* (quien comete un delito es responsable por todo lo que se siga de él). Según la doctrina dominante, esta relación se produce a un doble nivel. Por un lado, por medio de la *relación de causalidad*, construida en base a criterios extrapenales. Por otro, mediante una *relación de riesgo*, de configuración esencialmente normativa. A establecer los principios con los que determinar la existencia o no de esta última, se dedican las modernas teorías de la *imputación objetiva*[41].

---

[41] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Aberratio ictus e imputación objetiva", en: *Estudios de Derecho penal*, Grijley, Lima, 2000, pp. 66 y 67. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 7 de julio de 1993 ha dicho

lo siguiente: "...No puede ponerse en duda, en términos de simple causalidad material, regida por el principio de equivalencia de condiciones, que la -actuación de la recurrente contribuyó o tuvo incidencia en el resultado, pero además lo hizo con relevancia al haberse producido el fallecimiento del menor —siguiendo el relato judicial— por atrofia cerebral, con edema e insuficiencia cardio-respiratoria aguda después de dos años y cinco meses de permanencia en coma grado 2.3, que se originó por la falta de oxigenación cerebral durante una intervención quirúrgica en la que participó como anestesista la recurrente. Si la causalidad se define, en un primer plano, por su *carácter estrictamente natural y derivado de las leyes de la experiencia, y, restringe, en un segundo momento, por la relevancia jurídico-penal según el sentido del correspondiente tipo penal que toma en consideración el riesgo creado y el fin de protección de la norma, es llano que la imputación objetiva del resultado* se presenta en los hechos como incuestionable al considerar que el abandono del área del quirófano —por la anestesista— de un paciente no monitorizado está en conexión causal y directa con la falta de oxigenación cerebral que pasó inadvertida durante unos minutos y que desencadenó todas las consecuencias arriba descritas" (las cursivas son nuestras).

Así las cosas, existe una fusión de conceptos en el sentido que la categoría del derecho natural de la causalidad mediante la imputación objetiva, caracterizando el resultado como objeto de la imputación y al actuante como el sujeto: el resultado de la acción debía ser imputable al sujeto. Nace, pues, no solamente con el objetivo de restringir la imputación a una determinada conducta, sino también de confundir los planos fácticos (causales) y jurídicos. En palabras de ROXIN la teoría de la imputación objetiva es un medio político criminal obligado sobre todo en la delimitación típica de los delitos de resultado (homicidio, lesiones) cuya redacción típica, al no estar estructurada por otras circunstancias experimentan la preceptiva restricción mediante la teoría de la imputación. Para la respectiva constatación de la relación de causalidad entre una conducta y el resultado se ha de realizar un juicio *ex post* de carácter naturalístico. En otras palabras, se debe tener en consideración todos los acontecimientos y situaciones acontecidos en la realidad externa y objetiva. Tal constatación será el requisito indispensable, como paso previo, para indagar posteriormente si de tal relación de acontecimientos puede generar algún tipo de responsabilidad penal. El siguiente paso será comprobar que un comportamiento es imputable a su autor como productor de un resultado típico. Existen diferentes definiciones sobre imputación objetiva, solo nos vamos a referir a aquella expresada por Roxin, a través de una orientación teleológica funcionalista de Derecho penal, dice como la creación de un riesgo jurídicamente relevante (carácter

Este postulado ha llegado a sostener la sustitución de la relación causal entre la acción típica y el resultado[42]. A partir de la idea de que los tipos penales quieren reprimir comportamientos y no causaciones, pues de no ser así resultaría impreciso o desmesurado el ámbito de lo típico, se impone la conciencia de que exclusivamente a través de las teorías de la causalidad no es posible encontrar un criterio seguro para atribuir a un hombre concreto la producción de un resultado determinado[43]. Es decir, bajo la denominada "imputación objetiva", cabe advertir, no suele hablarse siempre de lo mismo: no hay uniformidad sobre lo que debe entenderse por ella, ni sobre sus contenidos, ni siquiera sobre su necesidad[44]. Esto dificulta referirse a ella como "una" teoría. Se discute si efectivamente existe una verdadera "teoría" de la imputación objetiva, en el sentido que confluya un marco conceptual de proposiciones coherentes y homogéneas.

Asimismo, la Ejecutoria Suprema de fecha 15 de diciembre de 2006, expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad N° 4632-2006 La Libertad en el considerando cuarto, ha establecido lo siguiente:

> *"El delito de estafa atribuido a los procesados Greco Vladimir Augusto Quiroz Díaz y Luis Fernando Aliaga Gamarra, puede des-*

---

disvalioso de la conducta), la realización del riesgo en el resultado (consumación o tentativa) y la pertenencia del resultado al ámbito de protección de la norma (criterio adicional propuesto por Roxin).

[42] En este sentido MAURACH, Reinhart/ GÖSSEL, Karl Heinz/ ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte General I,* Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 237; BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal. Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 390.

[43] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/ MORALES PRATS, Fermín/ PRATS CANUT, J. Miguel. *Manual de Derecho penal. Parte General*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 324.

[44] Véase: MÜSSIG, Bernd. "Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización", en: Gómez-Jara Díez, Carlos (Editor). *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*, Ara, Lima, 2007, p. 262.

> *cribirse, en general, conforme lo señala CREUS (en DP —Parte especial— Editorial Astrea, segunda edición, página 490), "como el hecho por medio del cual una persona toma a raíz de un error provocado por la acción del agente, una disposición patrimonial perjudicial, que dicho agente pretende convertir en beneficio propio o de un tercero ...(así) la* ***secuencia causal en la estafa es la siguiente****: el agente despliega una actividad engañosa que induce a error a una persona, quien en virtud de ese error, realiza una prestación que resulta perjudicial para su patrimonio. La conducta punible es defraudar por medio de ardid o engaño".*

En esta misma lógica, podemos citar la Ejecutoria Suprema de fecha 25 de octubre de 2004, expedido por la Primera Sala Penal Transitoria, en el Recurso de Nulidad, N° 1075-04, Lima, que en el Considerando Segundo, tiene dicho lo siguiente:

> *"Que el delito de estafa per se, se configura cuando el agente haciendo uso del engaño astucia, ardid u otra forma fraudulenta, induce o mantiene en error al sujeto pasivo con la finalidad de hacer que este en su perjuicio se desprenda de su patrimonio y le entregue voluntariamente a aquel en su directo beneficio indebido o de un tercero. Que los elementos de la estafa deben ser secuenciales, esto es que primeramente el uso del engaño, que este haya inducido o servido para mantener en error a la víctima y como consecuencia de este hecho la víctima voluntariamente y en su perjuicio se desprenda del total o parte de su patrimonio y lo entregue al agente en su propio beneficio ilegítimo o de tercero, que estos elementos deben estar intrínsecamente vinculados por la relación de causalidad ideal o motivación. Si en determinada conducta no se verifica la secuencia sucesiva de estos elementos el injusto penal de estafa no aparece".*

Asimismo, la Ejecutoria Suprema de fecha 17 de mayo del 2004, expedido por la Sala Penal Transitoria R.N. N° 567- 2003 Ica, en su considerando tercero, sostiene que:

"…para que se configure el delito de estafa, en hechos que importan por su propia naturaleza incumplimiento de obligaciones, se debe tener en cuenta el nexo que existe entre los elementos que configuran este delito que no es de causalidad material, sino de causalidad ideal o motivado, siendo necesario que se pruebe el engaño capaz de producir error que induzca a realizar un acto de disposición que persiga un perjuicio; lo que no se ha llegado a probar en autos, si se tiene en cuenta que el procesado Hernán Gustavo Godoy Pariona, en forma uniforme y coherente acepta haber recibido envíos de papa de la ciudad de Ica, así como el haber cancelado por intermedio de don César Augusto Espino Aparcana, agregando además que no conoce al agraviado Marcos Lorenzo Hernández Peña, toda vez que el trato comercial lo realizaba con un tercero; por lo que resulta de aplicación el principio universal del "in dubio pro reo", consagrado en el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú; por lo que, estando a la facultad conferida por el primer párrafo del artículo trescientos uno del Código de Procedimientos penales… (…)".

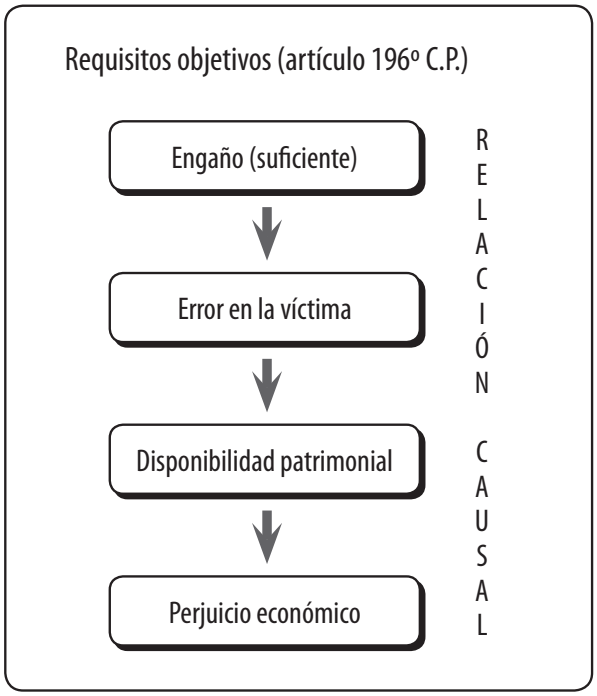
En esta misma lógica podemos citar la Ejecutoria de fecha 12 de enero de 1998 expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, RN. N° 1767-97, Lima, que tiene dicho lo siguiente:

"…que, al quedar demostrado la ilicitud del contrato de compra venta suscrito entre el citado sentenciado y el referido agraviado, y no existiendo prueba alguna que demuestre que el propietario del vehículo, el encausado José Luis Alván Rojas, haya participado coludido con Alfonso Gallo Torres para la venta del indicado bien patrimonial, la única venta válida entonces resulta ser la realizada posteriormente por el mismo propietario, directamente al agraviado Torres Carrasco, de tal forma que mal puede sostenerse que durante la celebración de este nuevo acto jurídico, el encausado Alván Rojas haya

creado un riesgo jurídicamente desaprobado para la lesión del patrimonio del agraviado Nemesio Torres Carrasco, máxime cuando ambas partes estuvieron de acuerdo en los términos del contrato, conforme al documento obrante a fojas treinta y tres, sin que se infiera de él que la disposición patrimonial efectuada por el referido agraviado, que en este caso es a través del pago por la compra del indicado vehículo, haya sido a consecuencia de un error inducido por el citado encausado, por lo que estando de acuerdo a la moderna teoría de la imputación objetiva, no puede imputarse objetivamente el resultado a quien con su acción no ha creado para el bien jurídico ningún riesgo jurídicamente desaprobado".

Por último, la Ejecutoria Suprema de fecha 18 de marzo del 2003, expedida por la Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 1474-2002 Cusco, establece lo siguiente:

"…no constituyen delito de estafa, por cuanto para su configuración es necesario que medie engaño, ardid o astucia a efectos que la víctima se desprenda de un determinado bien, procurando así el agente un provecho indebido; presupuestos que no concurren en autos, por cuanto los agraviados, conforme aparece a fojas cinco y veinticinco suscribieron contratos, aceptando los términos del mismo, como la rescisión del contrato en caso de incumplimiento, sin derecho a devolución del dinero abonado; que, si bien los agraviados alegan que el incumplimiento de los pagos, se debió a las constantes fallas mecánicas de los vehículos adquiridos, sin embargo tal argumento no ha sido corroborado con prueba útil, pertinente y conducente; por consiguiente infiriéndose que el hecho materia de pronunciamiento es en realidad una obligación derivada de una relación entre derechos y obligaciones, corresponde absolverlos de la acusación fiscal…"



4. Tipicidad subjetiva del delito de estafa. El dolo y el *ánimus* de lucro

A tenor de lo nombrado en el Art. 196º del CP, se trata de una conducta típicamente dolosa[45]. En consecuencia no es posible la co-

[45] Véase, la Ejecutoria de fecha 15 de enero del 2003 expedido por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, R.N. Nº 2989-2002, Lambayeque, que nos dice en este punto lo siguiente: "…es decir, no se aprecia que haya existido dolo alguno en la conducta de los precitados, requisito sine qua non que exige el tipo legal de la materia, toda vez que la inscripción del gravamen en el registro de propiedad vehicular que realizó el encausado antes referido, con relación al vehículo antes mencionado, se concretizó el 18 de noviembre de 1996, según es de observarse de fojas 14 y la solicitud de inscripción prendaria por parte de la entidad agraviada se efectuó el 21 de abril de 1997, conforme trasciende de fojas 12, con lo cual se sustraería la alegación de haberse tratado de un bien gravado (…)".

misión culposa. Sin embargo, la definición del delito de estafa exige expresamente el *ánimo de lucro,* elemento que tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado siempre implícito en las defraudaciones, entre las que se incluye la estafa. Como todo delito contra el patrimonio o contra la propiedad, se exige, como condición de tipicidad, que el sujeto activo una vez en su poder o ámbito de dominio la cosa estafada en este caso, tenga como finalidad lucrarse de ese bien, ya que el tipo penal objeto de comentario señala expresamente en la primera parte de la descripción: *"El que procura para sí o para otro un provecho ilícito…".*

El ánimo de lucro al final guía u orienta el actuar del actor o agente y por ello, se convierte en un elemento subjetivo adicional al dolo. Si este elemento subjetivo adicional no se verifica en determinada conducta, el delito en hermenéutica no se configura[46]. En este punto, PEÑA CABRERA FREYRE nos dice que "Si hemos de analizar en detalle la construcción típica en cuestión, hemos de arribar a la idea, que el denominado 'ánimo de lucro', se encuentra ya ínsito en el dolo del autor, al abarcar dicha conciencia que la conducta engañosa, ha de realizarse para procurar la obtención de un provecho para sí o para un tercero. Nadie podría decir, que quien efectúa dichas maquinaciones no la hace, para obtener un provecho; sin embargo autores como VALLE MUÑIZ, dan el siguiente ejemplo: unas maniobras engañosas en el seno de una determinada relación contractual sin ánimo de lucro (con propósito, por ejemplo, de ridiculizar a la otra parte), no serán ciertamente, constitutivas de estafa, pero semejante comportamiento será objeto de calificación como ilícito civil y, en consecuencia, la parte dañada podrá interponer la acción de anulabilidad del vínculo y, en su caso, exigir el resarcimiento por daños y perjuicios"[47].

En este punto citaremos la Ejecutoria Suprema de fecha 16 de febrero de 2006, expedida por la Primera Sala Penal Transitoria, en el Re-

[46] Véase: SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. Cit., p. 1059.

[47] Véase: PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Op. Cit., p. 361.

curso de Nulidad, N° 4211 – 05, Lima, en el considerando octavo, tiene dicho lo siguiente:

> *"NOVENO.- Que, se advierte la inconcurrencia del elemento subjetivo del dolo y/o animus lucrandi -ánimo de lucrar-, requisitos sine quanon exigibles en el tipo legal de estafa; con el agregado que la denuncia de parte se produjo el treinta de diciembre del 2002 (ver escrito de fojas uno del principal), es decir, casi un año después de suscitados los hechos, si tenemos en cuenta sus propias versiones, las fechas consignadas en los boletos de viaje de fojas ciento cuarentiocho a fojas ciento cincuentiséis; y, las visas que en copias corren agregadas a fojas doscientos dieciocho, fojas doscientos veinte, fojas doscientos veinticuatro y fojas doscientos veintiséis; razones por las cuales no se ha acreditado la existencia de los elementos objetivos requeridos por el tipo penal de estafa, de tal forma que los agravios del recurrente resultan atendibles, debiéndose declarar fundada la excepción de naturaleza de acción que dedujo".*

5. El delito de estafa en el ámbito de las relaciones contractuales

Si el delito de apropiación ilícita tiene como condición la existencia de dos personas que han realizado, previamente un acto jurídico generalmente de naturaleza civil y en muchos casos de naturaleza societaria, es decir, tiene que haber de acuerdo al Art. 190° del CP un título de naturaleza civil que motivaría la obligación jurídica de devolver, entregar el bien jurídico; en igual sentido, el delito de estafa del Art. 196° del CP también intervienen dos personas naturales –por eso también se llama *delito de relación*– que previamente hayan realizado un acto jurídico, pero motivada la realización de dicho acto jurídico por un vicio de la voluntad en el sujeto pasivo.

Cabría hacernos la siguiente pregunta: ¿puede existir un delito de estafa en la que no haya previamente un acto jurídico de contenido patrimonial, o mejor dicho una relación contractual de naturaleza patri-

monial? Sería muy difícil sostener lo contrario, desde que la mayoría de delitos por Estafa se produce en el marco de una relación contractual, aun en supuestos de contratos meramente consensuados los que se sabe están exentos de escrituralidad. Habrá un contrato válido jurídicamente, pero pasible de engaño de unas de las partes integrantes que puede condicionar la comisión de un delito de estafa. Aun, la mayoría de delitos de Estafa que llegan a conocimiento de los órganos de administración de justicia penal, es porque antes han tenido o tienen alguna relevancia previa o coetánea en el ámbito judicial extra-penal –por ejemplo la existencia de procesos paralelos civiles de nulidad, anulabilidad o rescisión de contrato o algún acto jurídico–.

Se afirma en la doctrina civil que todo crédito puede identificarse estructuralmente, desde el punto de vista temporal, en tres períodos: la fase del nacimiento o instauración de la relación crediticia, la fase del cumplimiento voluntario y, en los supuestos de contravención, al de cumplimiento compulsivo, o por vía ejecutiva, coincidente con lo que, desde otra perspectiva, denominamos derecho a la satisfacción en el patrimonio del deudor. La tutela penal otorgada por la estafa se circunscribe al momento de la instauración de dichas relaciones. Por ello que respecto al dolo, ámbito especialmente problemático, se sostiene que debe ser antecedente, inicial o *in contrahendo* (anterior al que se contrae la obligación). En la génesis del nacimiento del crédito, momento determinado por el factor confianza, es cuando opera preferentemente la estafa en su función de tutela, sancionando las conductas engañosas que envuelven desde el principio la finalidad de incumplir la prestación pactada. Esta exigencia pareciera estar presente en la sentencia por la Sala Corporativa de Apelaciones de Procesos Sumarios el 28 de noviembre de 1997[48]:

---

[48] Véase: CANEZ MARTICORENA, Alfredo. Op. Cit., pp. 44-45. Este mismo autor señala en un pie de página una ejecutoria de fecha 28 de noviembre de 1997, que a continuación lo transcribimos: "VISTOS, interviniendo como vocal ponente del doctor Rojas Zuloeta; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en su dictamen de fojas 112-113; y CONSIDERANDO: Primero: que, los hechos materia de autos consisten en que el procesado en su calidad de Gerente del Consorcio Automotor Grupo ADI Sociedad

En este punto también debemos de citar la sentencia de fecha 30 de marzo de 2007 expedida por la Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres Corte Superior de Justicia de Lima, en el Expediente Nº 1187 – 2005, tiene dicho lo siguiente:

"Segundo.- Conforme al propio reconocimiento de la acusada se acredita que la agraviada no estuvo conforme en que condiciones se le pretendió entregar el vestido de novia que solicitó en

---

Anónima, recibió la suma de 3500 dólares americanos de parte del agraviado como cuota inicial por la compra de un vehículo materia del trato, y al ser requerido para la devolución del dinero, el justiciable libró un cheque Nº BG 51-0-97 de fecha 15 de mayo de 1993, que corre a fojas 13, el mismo que al ser presentado al Banco de Crédito para su cobro no fue pagado por falta de provisión. Segundo: que, para la configuración del delito de estafa es necesario que el agente activo del ilícito se valga del engaño, ardid o astucia para que la víctima se desprenda del bien, en este caso del dinero, procurándose así un provecho ilícito perjudicando al agraviado; Tercero: que, de lo actuado se desprende que no se ha probado el engaño, ni astucia por parte del inculpado, pues efectivamente es representante legal del Consorcio Automotriz y acepta haber efectuado un trato con el agraviado el cual no pudo cumplir porque el crédito solicitado por el agraviado, no fue aceptado. Cuarto; que a la fecha del depósito del dinero por parte del agraviado, no se ha probado si al momento de la compra el procesado carecía de vehículos o estaba impedido de venderlos; Quinto: que, siendo esto así y no existiendo el animus del agente de engañar no se configura el delito de estafa, por lo que es de aplicación lo dispuesto por el Art. 284 del Código de procedimientos penales; por tales consideraciones CONFIRMARON: la sentencia apelada de fojas 107-108, su fecha 16 de junio de 1996, en el extremo que Falla: Declarando sobreseída la acción penal incoada contra LACM, por delito contra la Confianza y la Buena fe en los Negocios –libramiento indebido–en agravio de TRG; y REVOCARON: en el extremo que CONDENA a LACM, como autor del delito contra el patrimonio –estafa– en agravio de TRG, (…); y fija en 300 nuevos soles de reparación civil; REFORMANDOLA, ABSOLVIERON a LACM, de la acusación fiscal formulado en su contra por la comisión del delito contra el patrimonio –estafa- en agravio de TRG, DISPUSIERON; se anule los antecedentes policiales y judiciales que le hubiere generado la presente causa, archivándose definitivamente lo actuado; notificándose y los devolvieron".

alquiler; que, a este respecto es necesario puntualizar que la diferencia fundamental entre el delito de Estafa y el incumplimiento de la relación obligacional, es el aspecto subjetivo, siendo que en el ilícito penal, el agente actúa con dolo, vale decir, que anterior a la celebración del acto jurídico, decide no cumplirlo, pese a ello se obliga falsamente; por el contrario, en el incumplimiento obligacional existe una negociación lícita, la cual supone la buena fe de los contratantes, sin embargo, por circunstancias extraordinarias e imputables a los contratantes o terceras personas, no se cumple debida y oportunamente con la obligación pactada."

En esta misma línea de pensamiento debemos ubicar la Ejecutoria de la Corte Superior de Ancash de fecha 30 de diciembre 1997, en el Expediente Nº 263-97/JP tiene dicho lo siguiente:

"…que una de las modalidades del delito de estafa es cuando el agente activo emplea un ardid idóneo para procurarse a sí o a otro un provecho ilícito con perjuicio de un tercero, que en el caso sub-materia no se dan tales hechos, toda vez que el agraviado ha intervenido como garante solidario a que a la fecha está pendiente de pago, por lo que no tiene contenido penal, tampoco constituye delito de estafa, además si las relaciones jurídicas entre agraviado e inculpado son de naturaleza eminentemente civil ***y no se ha acreditado que su concertación se haya producido por acción fraudulenta del inculpado capaz de inducir a error al agraviado****, por lo que los hechos no configuran el delito de estafa, que para la configuración del delito debe establecerse plenamente en el decurso de la instrucción la comisión del hecho delictuoso, así como las circunstancias del delito en que ha incurrido el agente sindicado como infractor, la sola imputación no es prueba plena" (las negritas son nuestras).*

Sin embargo, debemos aclarar que no es condición necesaria la existencia de un acto jurídico válido para la existencia de un delito de Estafa, porque habrá Estafa aun en caso la víctima no tenga capacidad

personal para asumir un contrato válido (por ejemplo si la víctima tiene 15 años de edad o padece problemas mentales o psiquiátricos que le impiden un adecuado discernimiento en la realidad) será a nuestro juicio sujeto pasivo y por lo tanto agraviado de un delito de estafa, pues igualmente ha sido objeto de un engaño por parte del autor y dicha víctima ha realizado el respectivo desplazamiento patrimonial causándole un perjuicio económico.

Claro está que el presupuesto necesario para la existencia de un delito de estafa será que al menos el sujeto activo o el autor tenga plena capacidad –física y mental– para que pueda asumir su posible responsabilidad en el ámbito penal, ya que si no fuera así, por ejemplo el autor padece de una grave anomalía psíquica, o de grave alteración de la consciencia o de la percepción –Art. 20º, inciso 1 del CP–, será un sujeto inimputable absoluto y por tanto exento de responsabilidad penal, en este caso por el delito de estafa.

En el delito de Estafa el núcleo fundamental para la respectiva delimitación con el ilícito civil, radica en el *momento temporal donde se ubica el engaño* dentro la estructura típica del Art. 196° del CP, es decir, si el engaño –causal y suficiente– se produce en un momento anterior de cuando la víctima haya realizado la disposición patrimonial y el respectivo perjuicio económico, entonces habrá delito de estafa; así por ejemplo, el sujeto activo a través de maquinaciones y astucias previas logra vender un vehículo supuestamente nuevo, pero que en realidad es un vehículo usado, engañando al sujeto pasivo perjudicándolo en su patrimonio, como puede verse, el engaño está en un momento anterior, respetándose con ello, la línea secuencial y causal que prevé el Art. 196° del CP, en otras palabras, el engaño para tener relevancia jurídico-penal dependerá del *iter* contractual.

Así, si el engaño se ubica en las fases de tratativas o de gestiones previas entre las partes para una futura celebración de un contrato habrá, a nuestro juicio, un delito de estafa; en esta misma línea si el engaño se produce en el mismo momento de la celebración del contrato, la tipificación del delito de estafa dependerá del momento del perfecciona-

miento de dicho contrato ya que si dicho perfeccionamiento tiene como condición necesaria un engaño –de forma causal y suficiente– producido por el autor, seguimos en el campo de una infracción penal; y si por el contrario, el engaño se produce en fase ya de ejecución del contrato, es decir, cuando ya se realiza o se realizaron las contraprestaciones respectivas entre las partes, aquí no habrá ninguna relevancia jurídico-penal del delito in comento.

En otras palabras, si el engaño del sujeto activo se ubica en un momento posterior de la respectiva disposición patrimonial y del perjuicio económico, habrá un mero incumplimiento contractual desde que no se presentan los requisitos típicos del delito de estafa, porque el engaño es el que tiene que motivar causalmente el respectivo desplazamiento patrimonial de la víctima hacia el autor, porque si es todo lo contrario, por ejemplo si el desplazamiento patrimonial se ha producido porque el autor ha desconocido plenamente las condiciones contractuales, y por ello el autor ya no cumple con su contraprestación respectiva, entonces habrá un incumplimiento contractual.

Por último, cabe entonces afirmar, como premisa general, que a la víctima incumbe averiguar los aspectos jurídicos y económicos de la esfera del autor a los que pueda tener acceso, realizando un esfuerzo razonable y coherente con su posición en el tráfico comercial, de acuerdo con la relación económica concreta. Por tanto, como premisa específica, la posición social de las empresas financieras les impone la toma de ciertas medidas de aseguramiento y previsión, de modo que, en tanto la información que permita verificar la autenticidad de los datos proporcionados por el autor sea accesible a la víctima, a esta le compete la indagación de dicha información para contrastarla con la suministrada por el autor[49].

Nos referimos aquí a las empresas del sistema financiero, particularmente a las entidades bancarias o crediticias, que se dedican

[49] Véase: MEDINA FRISANCHO, José Luis. Op. Cit., p. 117.

concretamente (aunque no siempre exclusivamente) a trabajar con fondos públicos para otorgar créditos o de otra naturaleza a sus usuarios, quienes, para tales fines deben cumplir con ciertos requisitos impuestos por las entidades en cuestión y por las reglas del mercado en general[50]. Ello no significa que los elementos característicos que conforman la posición de la víctima en la concreta relación económica determinan el grado de exigencia normativa de autoprotección, de modo que cuanto más especializada a la posición jurídico-económica de la víctima, tanto más elevada será el estándar de autoprotección exigible a la misma[51].

[50] Véase: MEDINA FRISANCHO, José Luis. Op. Cit., p. 115.

[51] Véase: MEDINA FRISANCHO, José Luis. Op. Cit., p. 115.

CAPÍTULO III
EL DELITO DE FRAUDE EN LA ADMINISTRACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

I. BREVE INTRODUCCIÓN A LOS DELITOS ECONÓMICOS COMETIDOS POR PERSONAS JURÍDICAS

El DP económico y de la empresa es la rama del DP que ha visto la luz a mediados del siglo XX a raíz del entendimiento de que el enfoque económico es aplicable a todo comportamiento humano, incluido aquel trasgresor de las leyes penales.

El DP tradicional ha destacado en nuestro medio en los últimos años solo los llamados delitos patrimoniales, sin percibir la actuación de la empresa como entidad funcional autónoma distinta de los miembros que la integran y portadora de un rol específico dentro del sistema social y económico; debido a ello a partir del CP de 1991 se introduce en nuestra legislación los delitos socioeconómicos[52], cuya proyección todavía se encuentra en giro debido a la poca difusión que estos ilícitos penales han tenido en la doctrina y jurisprudencia nacionales.

Pese a que el CP tiene más de 20 años de vigencia y, nuestra jurisprudencia penal económica ha sido escasa durante todos estos años, diversos casos de notoria relevancia social pusieron de manifiesto las

---

[52] El Decreto Legislativo Nº 123 de 12 de julio de 1981 llamado "Ley sobre delitos económicos", si bien introdujo en nuestra legislación la nomenclatura, recogía solo una serie de conductas lesivas a los derechos del consumidor (acaparamiento, especulación, adulteración de productos, alteración de precios) sin llegar a concebir la verdadera dimensión del Derecho penal económico, quedando sesgada a una serie de supuestos que tienen una mejor regulación vía extrapenal.

insuficiencias de nuestros operadores jurídicos fiscales y judiciales para hacer frente a la criminalidad económica y empresarial. Y es que el estudio de los delitos económicos y empresariales exige una "redefinición o flexibilización de las técnicas clásicas de imputación"[53] instrumentalizadas por el DP tradicional o "viejo DP"[54], pero también requiere reglas procesales que aseguren una eficaz y eficiente persecución penal de las conductas lesivas al orden económico y a la actividad empresarial. Al igual que el resto de sociedades capitalistas y globalizadas, la nuestra no es inmune a la presencia de empresarios y agentes económicos que en el curso de la actividad productiva afectan intereses tutelados por el ordenamiento penal. Esta constatación ha motivado que gran parte de los debates académicos e investigaciones científicas en materia de DP, se orienten al estudio de temas como la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la idoneidad de los tipos de peligro para dispensar tutela a "bienes jurídicos colectivos o supraindividuales"[55], la imputación objetiva y subjetiva de resultados de microlesión, las técnicas de articulación entre el DP y el Derecho administrativo frente a la delincuencia económica y empresarial, las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas, las dificultades en el acceso a las fuentes de relevancia para el inicio de la investigación penal, los problemas de organización de las agencias de persecución penal, la presencia de prejudicialidades y requisitos de procedibilidad, las estrategias procesales frente al delito económico, la protección cautelar de las consecuencias jurídicas económicas

---

[53] Cfr. SILVA SÁNCHEZ. Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales,* BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2006, pp. 165-188.

[54] Vid. HASSEMER, Winfried. "Viejo y nuevo Derecho penal", en: Hassemer, Winfried & Muñoz Conde, Francisco. *Responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995. pp. 15-47.

[55] Vid. BUSTOS RAMIREZ, Juan. "Los bienes jurídicos colectivos", en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Estudios de Derecho penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, N° 11, Madrid, 1986, pp. 147-164.

del delito, así como los aspectos materiales y procesales[56] específicos de los delitos económicos y empresariales en particular.

Como es sabido, el CP de 1991 ha cumplido más de veinte años de vigencia, con sus luces y sombras en cuanto a regulación legal y aplicación judicial. Uno de los aspectos más relevantes es que por primera vez se observa una sistematización de los llamados delitos económicos o socio-económicos, empezándose así una *nueva era* de estudios críticos de los delitos económicos. En la Parte General también destacan aspectos del DP económico, como por ejemplo el Art. 27º del CP que regula la actuación en representación de una persona jurídica, y el Art. 105º del CP que regula las consecuencias accesorias aplicadas a las personas jurídicas.

En tal línea de pensamiento, el CP, desde su versión original, propuso una clara y contundente autonomía en los bienes jurídicos "económicos" o "socio-económicos", considerados en su sentido amplio (véase por ejemplo: los delitos de fraude en la administración de las personas jurídicas, los delitos contra el orden socio-económico, los delitos financieros, los delitos monetarios, los delitos contra libre competencia, los delitos medio-ambientales, delitos tributarios, delitos aduaneros, etc.).

Sin embargo, en este tiempo, debe recalcarse algo realmente preocupante con los llamados delitos económicos en nuestro país, ya que la suscripción del TLC de nuestro país con los Estados Unidos de Norteamérica trajo consigo importantes cambios, a nuestro modo de ver, de orden negativo para el futuro de los citados delitos empresariales. Para muestra, por ejemplo, podemos citar, por un lado, la emisión del Decreto Legislativo N° 1034 que aprueba la Ley de represión de conductas anti-monopólicas, esta Ley lamentablemente deroga expresamente los siguientes delitos: abuso de poder económico en el mercado [Art. 232º CP], acaparamiento [Art. 233º CPP] y licitaciones colusorias [Art. 241º inciso 3 CP]; y, por otro lado, la emisión del Decreto Legislativo N°

[56] Vid in extensu, SAN MARTÍN CASTRO, César. "Delito socio económico y proceso penal. El Derecho procesal penal económico", en: *Revista Advocatus,* N° 4, Lima, 2001, passim.

1044, que aprueba la Ley de represión de la competencia desleal (Ley que deroga los delitos de publicidad engañosa -Art. 238º CP-, fraude a los consumidores –art. 239º CP-, competencia desleal -Art. 240º CP-). Con esto, se está "retrocediendo" en el análisis jurídico-dogmático desde el DP material de los delitos económicos, desde que conductas significativas –como el abuso de poder económico, por citar una de las expresiones penal económica más significativas- ya no estarán más en el catálogo del CP, a *contrario sensu* de lo que pasa, por ejemplo, con los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos en los que más bien se observa una *inflación* desde el punto de vista sustantivo (incrementando penas) y procesal.

En este contexto, y a raíz de las citadas modificaciones, lamentable es que los delitos económicos ahora forman parte del análisis de la legislación jurídico-administrativa (específicamente del INDECOPI), con sanciones meramente económicas, aplicándose cuantiosas multas o en su defecto inhabilitaciones a las grandes empresas nacionales o extranjeras (como si las empresas se intimidaran cuando tengan que pagar a favor del Estado, cuando todos sabemos que si las empresas pagan sus respectivas multas seguirán laborando), cuando en realidad por la naturaleza de las conductas de los sujetos económicos y los resultados perjudiciales en términos económicos producidos en contra de la sociedad y el propio Estado, sería necesario que "vuelvan" (al menos progresivamente) al CP o a una legislación especial-complementaria, no solo por la enorme capacidad de disuasión que posee la sanción penal (por la prevención general y especial de la pena), sino también los efectos de la criminalización primaria en términos de motivación sobre los sujetos empresariales a efectos que se inhiban de incurrir en infracciones a la ley penal.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS FRAUDES EN CONTRA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Si bien es cierto que las personas jurídicas, en nuestro sistema penal, no tienen capacidad real de realizar un evento delictivo, por estar vigente, para bien o para mal, aquel principio de base romanística: *societas delinquere non potest*; sin embargo, si no podemos sancionar a la

persona jurídica de manera directa por los delitos que esta cometa, al menos sí cabe la posibilidad de protegerla penalmente hablando, pero claro hay muchos modos y circunstancias de protegerlo desde el DP: desde la razón y marca social (a través de los delitos contra la propiedad intelectual), pasando por el buen prestigio y reputación (a través de delito contra el honor), y obviamente protegiendo su real patrimonio social que es la base para seguir existiendo en la sociedad (del delito de fraude en la administración de las personas jurídicas).

La *ratio* incriminadora del delito en comento radica en la defraudación de carácter dolosa y progresiva –ya sea ocultando, adulterando, falsificando información relevante a las demás personas que conforman el ente colectivo- que realizan aquellas personas físicas –ya sean gerentes, administradores, representantes, socios, accionistas o simplemente funciones fácticas de representación y administración, etc.- por encontrarse precisamente al interior o en el marco –y en algunas ocasiones al frente– de un ente colectivo, ocupando material y fácticamente la dirección o representación del mismo.

En el delito analizado, el concepto "fraude" debe cumplir funciones esenciales desde el punto de vista del DP; en ese sentido, debe resaltarse dos aspectos: en primer lugar, el fraude, que es igual al engaño o ardid, debe ser *anterior a cualquier resultado producido en una persona jurídica o, mejor dicho, el fraude o engaño debe ser el medio suficiente* para provocar causalmente algún perjuicio económico a la propia persona jurídica; y en segundo lugar, el concepto de "fraude" debe ser entendido de la manera más *amplia posible*, en el sentido de abarcar supuestos de "adulteración" o de "falsificación" de documentos, tal como se desprende de algunos supuestos típicos del Art. 198º del CP.

Por otro lado, es totalmente legítimo político-criminalmente la incorporación del delito de fraude en la administración de personas jurídicas en nuestro actual CP, ya que la defraudación o engaño patrimonial no solo debe protegerse a favor de las personas físicas –como por ejemplo cuando son estafadas– sino que también la defraudación o engaño patrimonial deba protegerse penalmente desde el ámbito de

las personas jurídicas o entes colectivos, sancionando aquella forma de gestión donde más se le necesita para su inicio y vigencia: la correcta "administración" y "representación". Una Sociedad donde se pueda observar rotundos fracasos y por ende sendas quiebras de personas jurídicas ya sea públicas o privadas, es una sociedad que no va a progresar económicamente, porque hoy en día, los grandes capitales o inversiones nacionales o extranjeras, los grandes negocios o transacciones de bienes y servicios se mueven en función a pequeñas o grandes agrupamientos de personas físicas en post de alcanzar objetivos comunes, por ende el Estado, a través de los controles jurídicos extrapenales y también penales necesita dar una debida protección para su real funcionamiento de las personas jurídicas en nuestra sociedad.

El principio de subsidiariedad y fragmentariedad del DP resulta de obligatoria observancia por parte del legislador, por lo que solo las infracciones más graves deben ser criminalizadas, dejando los aspectos no esenciales y los casos menos graves en manos del Derecho privado o disciplinarios. Sin embargo, parece que el Art. 198º del CP no ha tenido en cuenta suficientemente este criterio informador de la actividad legislativa, pues ha elevado a la categoría de delito, infracciones que podrían haberse ventilado perfectamente con los mecanismos de regulación extrapenales.

De dudosa necesidad es, por ejemplo, la incorporación, como administración fraudulenta, de los casos en los que los directivos o administradores no comunican intereses incompatibles con la sociedad o aceptan como garantía acciones o títulos de la misma persona jurídica. No cabe duda que estas conductas expresan falta de seriedad en el desarrollo de las labores de administración de las sociedades, pero resulta exagerado requerir del DP para solucionar estos problemas[57].

El legislador penal peruano no solo da una real protección a las personas físicas en sus distintas formas de ataque a sus bienes jurídicos;

---

[57] GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte Especial,* tomo II, Grijley, Lima, 2007, pp. 361 – 362.

sino también esta protección –de contenido penal– también se extiende a las personas jurídicas como parte integrante de la sociedad civil, por ejemplo en cuanto a la forma de sustracción de su patrimonio (hurto, robo), en cuanto a su legítima posesión (usurpación de inmueble) o cuando la persona jurídica resulta defraudada en su patrimonio (estafa), sino también el legislador penal peruano brinda protección jurídico-penal en cuanto a la adecuada forma de administrar y gestionar los bienes patrimoniales de una persona jurídica, es decir, el patrimonio social de la una persona jurídica no solo debe protegerse desde el ámbito societario, desde la LGS que contempla únicamente sanciones administrativas a sus socios o asociados infractores, sino que ante el fracaso irremediable de dichas sanciones es que se hace necesario la presencia del DP (véase el principio de *ultima ratio* y subsidiaridad) y su aplicación de sanciones penales (véase el principio de personalidad y humanidad de las penas), con la respectiva penas privativas de libertad al autor o partícipes; por ello la incorporación del delito de fraude en la administración de las personas jurídicas (en un solo articulado –art. 198º–, con ocho supuestos concretos de tipificación) en nuestro actual CP es totalmente legítima, político-criminalmente hablando.

La justificación política-criminal para la incriminación específica de esta conducta residiría en la insuficiencia de los tipos penales de hurto de uso o apropiación ilícita para castigar esta conducta. En efecto, en el uso indebido del patrimonio ajeno administrado no existe una sustracción que configure el hurto y tampoco una apropiación que permita sancionar la conducta por apropiación ilícita. La configuración del tipo penal de esta modalidad de administración fraudulenta no requiere una apropiación del patrimonio de la persona jurídica, basta simplemente con que se use, en provecho propio o de un tercero, este patrimonio con fines distintos a los previstos en los fines sociales[58].

El bien jurídico protegido en el presente delito, según doctrina mayoritaria, es el "patrimonio social" entendido como la "universalidad

[58] GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., pp. 400 – 401.

jurídica de derechos y obligaciones". El legislador nacional, a través de nuestro CP, ubica sistemáticamente al llamado delito de fraude en la administración de las personas jurídicas como un delito meramente *patrimonial*, es decir, que lo que verdaderamente interesa al legislador nacional es la correcta custodia y vigilancia y una adecuada administración de tipo gerencial del acervo patrimonial del ente colectivo; en cambio en el CP español de 1995, el delito de la mala administración fraudulenta de las personas jurídicas de parte de sus socios y asociados está ubicado dentro de los llamados delitos societarios, y se hace una diferencia importante entre el patrimonio personal y el patrimonio social, que como se sabe es un patrimonio distinto y autónomo de los que lo conforman; por ello merecería una revaloración del bien jurídico realmente protegido en nuestro CP, y no sería descabellado que en una reforma legal se extraiga de los delitos patrimoniales para ubicarlo en un clasificador jurídico autónomo. En igual sentido podríamos pronunciarnos respecto a los delitos informáticos que se incorporaron luego de la promulgación del CP, en el rubro "delitos patrimoniales" que a nuestro juicio no es la ubicación correcta.

Volviendo a nuestro tema de investigación, debe quedar claro que la única persona jurídica o ente colectivo que merece protección jurídico-penal es aquella del ámbito privado, más no la persona jurídica del ámbito público-estatal porque esta tiene ya su protección en otros tipos penales de nuestro ordenamiento punitivo (por ejemplo a través del delito de colusión desleal, delito de peculado por apropiación o sustracción, entre otros) cuando exista un "engaño" o un "fraude" de sus personajes intervinientes en la comisión delictiva (en este caso los propios funcionarios o servidores públicos) perjudicando así el patrimonio de los entes colectivos estatales.

Debe tenerse presente que el Art. 198° del CP se encuentra incardinado en los delitos contra el patrimonio, lo que significa que, con independencia de las particularidades del Derecho privado, la protección penal apunta a la protección del patrimonio. No obstante, debemos destacar que el Derecho penal no protege el patrimonio en así, pues cuando el delito tiene lugar, el patrimonio ya se encuentra afectado. Mediante

el Art. 198 del CP el Derecho no protege el patrimonio de la persona jurídica o terceros, sino la expectativa normativa de conducta de que los directivos o administradores de una persona jurídica no abusarán o incumplirán sus facultades de administración, perjudicando patrimonialmente a esta o a terceros. El delito de administración fraudulenta de persona jurídica viola esta expectativa normativa de conducta, siendo la función de la pena devolver la vigencia a esta norma infringida[59].

En ese sentido, GARCÍA CAVERO señala que "en cuanto a la estructura típica del uso indebido del patrimonio de la persona jurídica, hay que indicar que estamos ante un delito de infracción de un deber. Al administrador se le ha entregado una facultad de uso y disposición sobre los bienes de la persona jurídica bajo la confianza especial de que dicho uso se haga para la consecuencia de los fines sociales y no para los personales"[60].

Una vez conformada adecuadamente la persona jurídica, y con ella su patrimonio social, ninguna de las personas que permitieron su conformación tiene derecho sobre los bienes de la misma, así señala el Art. 78º del CC que "*ninguno de los miembros de la persona jurídica tiene derecho sobre su patrimonio*", diferenciando claramente el patrimonio de sus integrantes del patrimonio social de la persona jurídica. Es ante tal situación que los miembros de la persona jurídica deciden nombrar, en base a criterios de confianza y lealtad, a un administrador del patrimonio de la persona jurídica. Por ello, el administrador juega un rol relevante dentro del desarrollo y existencia de la persona jurídica; ya que será el encargado de realizar todas las relaciones comerciales y financieras para el correcto funcionamiento de la persona jurídica (derecho sobre el patrimonio social): comprar, vender, alquilar, prestar, otorgar préstamos, entre otros, en nombre y en representación de la persona jurídica.

---

[59] GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 363.

[60] GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 402.

La persona jurídica, y por tanto sus integrantes, deposita toda su confianza en la persona del administrador, para que este administre su patrimonio de manera leal, dándose así una disociación entre el patrimonio y administración de la persona jurídica. Naciendo el riesgo que el administrador realice manejos fraudulentos del patrimonio de la persona jurídica para beneficio propio o de terceros, por ello es que el DP castiga aquellas conductas que de manera fraudulenta perjudican económicamente a la persona jurídica.

Antes de la reforma producida a través de la Ley Nº 29307 publicada el 31 de diciembre de 2008, en relación al delito de fraude en la administración de personas jurídicas, en cuanto a la tipicidad objetiva, REYNA ALFARO[61] expresaba que al ser esta figura un delito especial, el sujeto activo solo podrá ser aquel fundador, miembro del directorio, miembro del consejo de administración, miembro del consejo de vigilancia, gerente, administrador o liquidador de una persona jurídica que ejecute alguna de las conductas tipificadas, asimismo el sujeto pasivo resulta ser la persona jurídica como tal. En este sentido, tenemos que las características que cada uno de los sujetos activos presentan son las siguientes[62]:

a) El Fundador es aquella persona que participa en la constitución de una persona jurídica. Así tenemos que en el caso de una Sociedad Anónima, fundador será aquel que ha suscrito la escritura constitutiva y las acciones o quienes suscriban el programa de fundación.

b) El Miembro del Directorio es elegido por junta general o junta especial que pasa a formar parte del órgano colegiado de las sociedades.

c) El Consejo de Vigilancia cuya función es fiscalizadora, es propio de las Cooperativas.

---

[61] REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General y Parte Especial*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pp. 303-307.

[62] *Ibídem.*

d) El Consejo de Administración es un órgano que se encuentra principalmente también en las cooperativas cuya función es administrarla.

e) El Gerente es la persona que asume las labores de administración dentro de una persona jurídica cuya función en concreto es ejecutar las decisiones adoptadas por un órgano superior de mando.

f) El Administrador tiene la función de representar y realizar gestiones de negocios de la persona jurídica.

g) El Liquidador es la persona que actúa ante la disolución de una persona jurídica cuya función es hacerse cargo de la representación legal de la persona jurídica en el proceso de liquidación.

Sin embargo, a través de la citada Ley Nº 29307 se modificó en sus presupuestos esenciales el llamado delito de fraude en la administración de personas jurídicas o simplemente llamados los delitos societarios, en el sentido que ahora no se exige típicamente que el sujeto activo esté premunido de poderes o cargos de carácter jurídico-legal para su correcto ejercicio legítimo dentro de la administración de una persona jurídica; sino que ahora a raíz de la dación de la expresada Ley simplemente el sujeto activo ejercite funciones o facultades materiales de efectividad y gestión, o mejor dicho de funciones de "facto" o de "hecho", o como lo llama la doctrina y la legislación penal española el "administrador de hecho" o de "facto", en cuanto se refiere a dos cuestiones concretas: en primer lugar a la "administración" o en segundo lugar, a la "representación" de la persona jurídica, prescindiendo de alguna manera de aspectos formales de cargos objetivos específicos que imposibilitan la aplicabilidad real y judicial del citado delito[63]. Etimológicamente la pa-

[63] Véase, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, SALA DE LO PENAL Sentencia Nº: 841/2006, Recurso Casación Nº: 1658/2005, VILLA DE MADRID, Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria, Procedencia: Audiencia Nacional, Fecha Sentencia: 17/07/2006; Ponente Excmo. Sr. D.: Julián Sánchez Melgar, Ponente Excmo. Sr. D.: Julián Sánchez Melgar; Excmos. Sres.: D. Juan Saavedra Ruiz; D. Joaquín Giménez García; D. Julián Sánchez Melgar; D. José Ramón Soriano Soriano; D. José Manuel Maza Martín, que señala lo siguiente:

"[…] Este delito se refiere a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicios, con abuso de las funciones propias de su cargo. Esta última exigencia supone que el administrador desleal del Art. 295º actúa en todo momento como tal administrador, y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del Art. 295º, supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio abusivo de las facultades del administrador.
[…]
"Tanto desde el plano del delito societario, como desde la estructura genérica de la administración desleal, como faceta pluriforme del delito de apropiación indebida, ambos comportamientos punibles requieren la existencia de un perjuicio a la sociedad, que en el caso del primero, se ha de añadir la nota (que siempre fue sobreentendida así), de un perjuicio económicamente evaluable a los socios o a los terceros comprendidos en la norma penal. Han sido muchas las teorías que han tratado de explicar el concepto de tal elemento típico. Desde luego que no es posible una simple identificación de perjuicio, como un parámetro exclusivamente contable, bajo el prisma de saldo contable negativo, pues en tal caso, perjuicio típico podría ser parificable con un gasto que disminuya el activo social contable, o bien con una disminución patrimonial originada por una operación inmersa en una dificultosa coyuntura económica. El criterio más seguro para determinar cuándo nos encontramos con su presencia como elemento típico, es la sustracción de todo criterio contable para su enunciación, poniendo el acento en el origen de su causación, en vez de la simple constatación de su mera existencia contable. Solo así podrá interpretarse adecuadamente el concepto de perjuicio (económico), como elemento típico de los delitos de estructura patrimonial. Será, pues, un quebranto patrimonial caracterizado por la ilicitud de su causación. Tal caracterización nos lleva a considerar la conexión con otros elementos del delito,

labra "administrador" viene del latín "administrator", compuesta de los vocablos: *Ad, manus y tractum*, que expresan la idea que trae, o lleva en la mano alguna cosa, hace o presta algún servicio; es la persona natural o jurídica que administra sus bienes propios o ajenos, por su voluntad, por convenio o por mandato legal[64]. Por su lado el término "representante" es la persona quien ejerce una representación; mandatario; apoderado; miembro del parlamento o Congreso[65]; en el derecho público

---

como el abuso de funciones en la administración social, que requiere también el carácter fraudulento de la operación, o la contracción de obligaciones de tal orden, en el delito societario previsto en el Art. 295º del CP, o también la misma deslealtad de la administración, en la distracción del dinero o activo patrimonial, en el supuesto típico previsto en el Art. 252º del propio Código. En suma, la finalidad última de la causación de un quebranto patrimonial, no puede separarse de este resultado típico. Es imposible interpretar el perjuicio que requiere el legislador sin poner su acento tanto en su origen como en su finalidad. Dicho de otra manera, cualquier disminución patrimonial originaría un perjuicio típico, y esto no puede sostenerse. De ahí, las dificultades que surgieron de una acepción puramente objetiva y económica del patrimonio, referidas al momento de la evaluación comparativa del patrimonio y la incidencia de una valoración personal del mismo, han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a una concepción mixta, que atendiera tanto a su misma conceptuación económica, como a la propia finalidad perseguida por la disminución patrimonial, contablemente considerada. Esto es, que atendiera tanto a la valoración económica como a los derechos patrimoniales del sujeto y a la finalidad pretendida por el autor del perjuicio mediante el desplazamiento realizado. En suma, lo que se pretende es comprender en el requisito del perjuicio no solo una valoración puramente económica, sino también tener en cuenta la finalidad de la operación enjuiciada.

En términos de la Sentencia de 23 de abril de 1992, "el juicio sobre el daño debe hacer referencia también a los componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera, el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo individual". En el mismo sentido, la Sentencia de 4 de marzo de 1996 refiere que el perjuicio patrimonial debe atender a la finalidad económica perseguida".

[64] Diccionario Jurídico, Parte Civil, Enciclopedia de la Ciencia Jurídica, Lima, p. 42.

[65] Diccionario Jurídico, Parte Civil, Enciclopedia de la Ciencia Jurídica, Lima, p. 501.

y privado, y en su acepción general el hecho de cumplir un acto jurídico en nombre o por cuenta de otra persona, en mérito a un poder legal o convencional y estableciendo para la persona representada un derecho u obligación del pupilo por el tutor, del mandante por el mandatario; del comitente por el comisionista[66].

Porque en la versión original del Art. 198º del CP suponía que el agente tenga cualquiera de las condiciones objetivas previstas en la primera parte del citado artículo, es decir, "fundador", "miembro del directorio", del "consejo de administración" o del "consejo de vigilancia", "gerente", "administrador" o "liquidador" de una persona jurídica en el ámbito privado. Como puede verse, todos estos cargos o puestos tienen o deben tener como base para la imputación penal, que efectivamente el sujeto activo posea dicho cargo o puesto, de acuerdo a un acta de sesión de directorio donde se designe expresamente el cargo o puesto por ejemplo de "gerente" o "liquidador" de una persona jurídica, obviamente con poderes totalmente vigentes extraído de la correspondiente ficha de Registros Públicos de Personas Jurídicas, regulados la mayoría de cargos en nuestra LGS.

Como es sabido, si no se verificaban los presupuestos de autoría antes mencionados se producía la atipicidad objetiva de la conducta, mediante la presentación de un medio de defensa técnica (naturaleza o improcedencia de acción, según se trate del CdPP o del nuevo CPP) que llevaba al archivamiento definitivo de la causa penal. Por otro lado, mediante la citada Ley Nº 29307, respecto al sistema sancionatorio-punitivo, el legislador peruano no ha querido ser excesivamente draconiano, desde el punto de vista de la prevención general (negativa) de la pena, desde que el marco máximo de punibilidad del Art. 198º es de cuatro años de pena privativa de libertad, con lo cual las posibilidades que el imputado sea internado de un Centro Penitenciario es casi mínima, en mérito a las reglas de condicionalidad en la ejecución de la pena.

---

[66] Diccionario Jurídico, Parte Civil, Enciclopedia de la Ciencia Jurídica, Lima, p. 500.

Uno de los aspectos que merece la pena analizar es si es necesario que se acredite, en el proceso penal, la existencia del aprovechamiento económico o de ánimo de lucro en el agente activo, además del dolo. Como estamos en delitos donde el bien jurídico protegido es el patrimonio, y en casi en todos los delitos se exige, en la tipicidad subjetiva, un elemento subjetivo distinto del delito, cual es el ánimo de lucro específico; sin embargo, y ahí está la discusión dogmática, que en el delito de fraude en la administración de las personas jurídicas (Art. 198º, administración fraudulenta; Art. 198º-A, informes de auditoría distorsionados; Art. 199º, contabilidad paralela), no está señalado expresamente como una condición en la descripción típica del Art. 198º del CP.

En este punto en la jurisprudencia penal peruana sí se acepta tal elemento subjetivo adicional porque claro está es el único inciso (8) del Art. 198º que señala expresamente tal ánimo de lucro, como la expresa en el Expediente Nº 6316-97[67], en los siguientes términos: *"Para que se configure el tipo penal señalado por el Art. 198, inciso 8, además de tener que acreditarse el perjuicio económico contra la empresa agraviada, se debe acreditar el ánimo de lucro y el dolo del procesado*". En nuestro concepto, por más que estemos ante delitos patrimoniales si el tipo penal no exige tal ánimo subjetivo de lucro, el juzgador puede sentenciar el caso sin la probanza procesal de tal exigencia subjetiva.

También debemos tener en consideración, además, que el tipo penal del Art. 198º, primer párrafo, del CP cuando describe: "*…el que ejerciendo funciones de administración o representación de una persona jurídica…",* esta sancionando a aquella persona –natural– que tenga funciones de facto o jurídicas de "administración" o de "representación" de una persona jurídica, por lo que no será necesario, a nuestro juicio, recurrir al Art. 27º del CP, "actuar en representación de otra persona" para sancionar al sujeto activo, ya que la figura jurídica de la

[67] En: LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel. *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, Grijley, Lima, p. 297.

representación forma parte de la conducta típica del Art. 198º del CP; además porque el citado artículo no es un delito común, sino que se trata de un *delito especial propio*, porque el círculo posibles de autores se encuentra restringido solo a aquellas personas físicas que ejerzan funciones de "administración" o de "representación" al interior de una persona jurídica, y como sabemos el "actuar por otro" solo se aplica a los delitos especiales.

III. SOBRE EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CP (2008-2010) EN RELACIÓN A LOS DELITOS DE FRAUDE EN LA ADMINISTRACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

El Anteproyecto del CP, presentado por la Comisión Especial Revisora del CP, del Congreso de la República del Perú (2008-2010) [68], en el Capítulo VI, regula bajo el rubro "delitos patrimoniales", los denominados "Fraude en la administración de personas jurídicas", en el Art. 215º en los siguientes términos:

> *"Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de seis años el que, ejerciendo funciones de administración o representación de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes:*
>
> 1. *Ocultar a los accionistas, socios, asociados, auditor interno, auditor externo, según sea el caso o a terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables".*
> 2. *Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica.*

[68] Véase, en este sentido, los trabajos recopilados en: TORRES CARO, Carlos Alberto. *El nuevo CP peruano. Exposición de Motivos. Anteproyecto del CP y estudios sobre Derecho penal,* Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011, p. 189.

3. *Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones.*
4. *Aceptar, estando prohibido de hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito.*
5. *Fraguar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes.*
6. *Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar o al auditor interno o externo, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica.*
7. *Asumir indebidamente préstamos para la persona jurídica.*
8. *Usar en provecho propio de otro el patrimonio de la persona jurídica*".

Como puede verse, un primer punto que vale la pena destacar es la mayor sanción penal con la que el legislador del Anteproyecto del CP reprime el delito en estudio, ya que ahora lo sanciona con una pena no mayor de seis años de pena privativa de libertad (véase la primera parte del Art. 215º); sin embargo, el actual Art. 198º del CP –aún con la reforma que hubo a través de la Ley Nº 29307 en el 2008 se conservó la misma penalidad– solo tiene una penalidad no menor de uno ni mayor de cuatro años de pena privativa de libertad.

Es clarísima la tendencia, para bien o para mal, de prevención general de la pena que tiene el legislador del Anteproyecto del CP, al querer que las conductas fraudulentas en perjuicio de las personas jurídicas tengan pena efectiva de internamiento en un Centro Penitenciario, aunque esto dependerá del juzgador en cada caso concreto. Ya en los supuestos concretos que contempla el Art. 215º del Anteproyecto del CP peruano (2008-2010), podemos observar que casi se conserva los mismos supuestos fácticos que contempla el actual Art. 198º del CP, con el mismo número de incisos (8).

IV. ANÁLISIS JURÍDICO-DOGMÁTICO DE LOS SUPUESTOS TÍPICOS CONTENIDO EN EL ART. 198º DEL CP

La redacción típica llevada a cabo en el Art. 198° del CP peruano, se encuentra basado en el modelo penal italiano, en el cual se detalla taxativamente los supuestos de administración fraudulenta, distintos a lo regulado en el CP alemán y español que lo redactan de forma genérica; haciendo hincapié, que la redacción de la StGB alemana sanciona las administración desleal de patrimonio general (*Untreue*), por tanto tiene como sujeto pasivo del delito tanto a la persona jurídica como a la persona natural

El CP, y aún con la reforma producido por la Ley Nº 29307 de fecha 31 de diciembre de 2008, en el Capítulo VI se regula, dentro del Título V, el delito de "Fraude en la Administración de Personas Jurídicas", en el Art. 198º a través de un único rubro llamado "administración fraudulenta", en los siguientes términos:

> *"Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años el que ejerciendo funciones de administración o representación de una persona jurídica, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes*:
>
> 1. *Ocultar a los accionistas, socios, asociados, auditor interno, auditor externo, según sea el caso o a terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables".*
>
>   En este supuesto típico los verbos rectores son dos: en primer lugar, "ocultar" a los accionistas, socios, asociados, auditor interno, auditor externo, según sea el caso o a terceros interesados la verdadera y real situación económica; y en segundo lugar, el hecho de ocultar dicha situación tiene que verse reflejado en una acción concreta de causalidad que es la de "falsear" los balances contables, reflejando u omitiendo en los mismos, beneficios o

pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables. Debemos aclarar que en este supuesto si bien es cierto se describe al sujeto activo incurso en un delito simple o de sujeto activo indeterminado (Art. 198º del CP, primer párrafo: "…*el que* ejerciendo funciones…"), también es cierto que este sujeto debe ubicarse dentro de determinadas funciones específicas materiales tanto de administración o en su defecto de representación de una persona jurídica.

Este supuesto también no se sustenta en una acción de falsificación material de determinados datos contables, sino también en una acción defraudatoria por parte del sujeto activo, ya que señala que el sujeto activo podrá realizar *cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables*.

Es decir, el sujeto activo debe estar en ejercicio válido y vigente al interior de un ente jurídico, como por ejemplo debe ser un gerente general con poder vigente, o dicho gerente le otorgue un poder amplio o especial a otra persona, que más bien asume funciones de representación. Hasta aquí hemos descrito lo concerniente a la conducta típica, sin embargo, se exige un resultado típico, ya que el primer párrafo del Art. 198º señala que: "… *en perjuicio de ella o de terceros*…".

GARCÍA CAVERO al respecto nos dice que "No basta, por tanto, con la simple inobservancia de las normas o reglas que deben guiar la elaboración de la contabilidad, sino que es necesario que el autor procure con la contabilidad ofrecer una imagen negativa o positiva de la persona jurídica que no se corresponde con los hechos, pues lo que constituye el delito es la de correspondencia de la contabilidad con la situación real de la persona jurídica".[69]

En otras palabras, el hecho de ocultar la verdadera situación económica de la persona jurídica, puede traducirse hasta en tres formas o modos:

[69] GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 384.

- Primero, cuando el agente oculta la verdadera situación económica de la persona jurídica haciendo aparecer en los balances beneficios o pérdidas en la realidad no producidas. El sujeto activo con la finalidad de confundir a los socios, accionistas o terceros interesados sobre la real situación patrimonial de su representada, hace aparecer en el balance beneficios realmente no logrados en el periodo.[70]
- Segundo, cuando el agente oculta la verdadera situación económica de la persona jurídica omitiendo en sus balances beneficios o pérdidas realmente producidas. Esto es, no se indica las pérdidas producidas con la finalidad, por ejemplo, de hacer aparecer que se trata de una persona jurídica solvente y exitosa cuando es todo lo contrario, confundiendo a los interesados[71].
- Y tercero, cuando el agente oculta la verdadera situación económica de la persona jurídica haciendo uso de cualquier otro artificio que suponga un aumento o disminución de las partidas contables. Aquí no se omite indicar los beneficios o pérdidas, sino que se las distorsiona o altera; es decir, el agente indica o expresa en el balance los beneficios o pérdidas ocasionadas durante determinado periodo, pero lo hace alterando o distorsionando los datos o cifras de modo que al final en el balance no aparece la real situación patrimonial de la persona jurídica[72].

El objeto material del delito lo constituye el balance, al mismo que en Derecho Comercial se entiende como aquel documento contable que conforma los denominados *estados financieros*, de elaboración periódica, que permite determinar de modo re-

---

[70] SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra el patrimonio,* Lima, 2010, p. 319.

[71] SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. Cit., p. 319.

[72] SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. Cit., p. 319.

sumido y de manera ordenada, los saldos de todas las cuentas para establecer el activo, el pasivo y el patrimonio de una persona jurídica, así como las ganancias y pérdidas producidas en un periodo[73].

En el derecho comparado podemos citar el CP español de 1995, que en el Capítulo XIII regula los llamados delitos societarios, y un artículo que guarda cierta similitud con el tema que estamos comentando, es el Art. 290 del CP español, que a la letra dice: "*Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior*".

2. *Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica.*

   Este supuesto típico resulta sumamente redundante de cara al principio de economía legislativa, porque en el inciso anterior, a nuestro juicio, ya se encuentra regulado dicho supuesto fáctico, pues en ella se señala como hemos visto: *"Ocultar a los accionistas, socios, asociados, auditor interno, auditor externo, según sea el caso o a terceros interesados,* ***la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances…****"*, y aquí lo que se sanciona es precisamente la de falsear o adulterar datos que pueden ser en sentido amplio, entre otras cosas, las partidas contables, las boletas, las facturas, los contratos diversos que se suscriben, diversos comunicados que en su contenido no reflejan la verdadera situación (sobre todo económica) del ente colectivo ante los socios, accionistas.

[73] SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. Cit., p. 317.

Quizá la única solución dogmática posible que podría encontrarse es que el primer supuesto (inciso primero) sea una infracción penal específica y el segundo inciso sea una infracción penal genérica, en el sentido que en el primer inciso el hecho incriminado sea por ejemplo ocultar-falsificar datos específicos de contabilidad de la persona jurídica, mientras que en el segundo inciso el hecho incriminado pueden ser no solo datos o información de contabilidad de la persona jurídica, sino también datos o información falsos por ejemplo de adulteración de una ficha de Registros Públicos en relación al capital aportado por cada uno de los socios.

La conducta típica consiste en que el sujeto activo deba "proporcionar", y esta debemos de entenderla, en principio, a través de un sentido activo-positivo del comportamiento; es decir, el administrador o representante de una persona jurídica ante los acreedores o socios fundadores informa balances contables falsos o adulterados, aquí estamos ante un delito de comisión, porque la información falsa que se está presentando está conectado causalmente al resultado: sobre la verdadera situación de la persona jurídica. Aunque se podría presentar la figura de la omisión impropia (Art. 13º CP) cuando por ejemplo el administrador no evita teniendo la obligación de hacerlo (siempre y cuando ostente una posesión de garante vigente mediante una asunción voluntaria fáctica o jurídica de riesgos) que un tercero (un co-administrador) o un subordinado (asistente gerencial) esté dando, en una charla en un directorio, datos o información falsa o adulterada a los socios fundadores de la persona jurídica.

Nuestra LGS prevé que los interesados pueden recabar la información respectiva para saber la real situación económica antes de concurrir a la junta general. Cualquier falsedad en este tipo de informes o en cualquier otro solicitado por los interesados en contactar con la persona jurídica, configura la presente conducta ilícita penal.

El objeto material por medio del cual se puede cometer el delito será un inventario, informe o memorias. Así mismo se constituirá en medio material aquellos informes por los cuales se da cuenta de lo que se decidió en asamblea o juntas generales pasadas para apreciar la verdadera situación actual de la persona jurídica[74].

GARCÍA CAVERO nos dice que "para delimitar el ámbito de aplicación del delito hay que precisar primeramente que no se castiga el suministro de datos falsos sobre cualquier aspecto de la situación de la persona jurídica, sino solamente sobre su situación económica-financiera. En segundo lugar, debe quedar claro que no se trata de cualquier comunicación social que suministra datos falsos, sino que el tipo penal debe limitarse a las comunicaciones sociales dirigidas a los órganos de la propia persona jurídica o a personas vinculadas patrimonialmente a la persona jurídica[75].

3. *Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones.*

   El verbo rector "promover" debemos de entenderlo como sinónimo de gestionar continuamente, realizar asesoramiento constante con una finalidad, es decir, el sujeto activo debe hacer todo lo necesario para un objetivo específico, cual es el de falsear en tres documentos específicos, en primer lugar las cotizaciones de acciones, en segundo lugar los títulos o en tercer lugar las participaciones. No se admite una interpretación analógica, sino una interpretación taxativa. La acción punible de falsificación de los documentos antes mencionados tiene como hecho antecedente actos previos genéricos de fraude, de engaño suficiente, de ardid por parte del administrador o representante de una persona jurídica.

---

[74] SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. Cit., p. 320.

[75] GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., pp. 378 y 379.

El actor simula u oculta hechos o circunstancias que puedan incidir en la disminución del valor de las acciones o participaciones o en su caso, hacen entender hechos o circunstancias falsas que incidirán en el aumento ficticio del valor de las acciones, títulos o participaciones. La conducta delictuosa está orientada a presentar acciones, títulos o participaciones con un valor patrimonial que en la realidad no tienen o no podrán alcanzar en el mercado[76].

En tal sentido, estamos ante un delito de comisión activa por los verbos activos-causales que prevé tal inciso ("promover", "medio fraudulento", "falsear"), por lo que es admisible la posibilidad de la tentativa (Art. 16º del CP), aunque podría pensarse en un delito de omisión impropia (Art. 13º del CP), siempre y cuando el autor ostente una posición de garantía, en el sentido por ejemplo que el administrador haya aceptado previamente, mediante una relación contractual-laboral, ponerse al frente de la dirección de una persona jurídica, y obviamente tendrá la obligación de evitar, que terceras personas realicen actos fraudulentos de adulteración-falsificación en las cotizaciones, títulos o participaciones, causando perjuicio económico a la propia persona jurídica.

El tipo penal establece que esta labor de promoción puede tener lugar por cualquier medio fraudulento. Sobre este punto se ha levantado en la doctrina italiana una fuerte discusión: ¿Qué se entiende por medio fraudulento? En disputa se encuentran dos interpretaciones. Por un lado, se presenta una interpretación que entiende a la finalidad del autor y que considera medio fraudulento cualquier acto, comportamiento o instrumento idóneo para llevar a cabo un engaño o para crear una falsa representación de la realidad. Por el otro, se encuentra una interpretación en el medio, la cual requiere que el medio empleado

[76] SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. Cit., p. 321.

resulte en sí mismo ilegal (falsificación de documentos, coacciones, etc.). Si bien la segunda interpretación resultaría más acorde con el principio de mínima intervención del DP, parece ser que el sentido expresado por el tipo penal apunta a abarcar todos los medios capaces de defraudar a terceras personas. En este sentido, consideramos que el elemento del tipo "cualquier medio fraudulento" debe ser interpretado conforme al punto de vista que atiende el autor[77].

Finalmente, en el Derecho comparado podemos citar el CP español de 1995, que en el Capítulo XIII se regula los llamados delitos societarios, y un artículo que guarda cierta similitud con el artículo que estamos comentando, es el Art. 295º del CP español, que a la letra dice: "*Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de esta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido*".

4. *Aceptar, estando prohibido de hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía*.

Demás está decir que el sujeto activo tiene que estar laborando al interior de una persona jurídica, en calidad de administrador o representante de acuerdo a la primera parte el Art. 198º del CP. Ahora bien, el sujeto activo tendrá que aceptar voluntariamente determinadas acciones o títulos-valores que pertenecen a la persona jurídica, pero las acepta como garantía en sus distintas formas, prendaria, hipotecaria. La característica es que la

[77] GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 392.

aceptación de acciones o títulos-valores tiene que estar expresamente prohibido, y aquí es donde se produce una remisión directa a las normas extra-penales que produce internamente la persona jurídica, es decir a las reglamentaciones internas, a los estatutos; en otras palabras se trataría de un elemento normativo del tipo, donde el Juez, para cerrar la tipicidad de la conducta bajo comentario, tendrá que recurrir a la LGS y las reglamentaciones internas de las personas jurídicas.

El inciso cuarto del Art. 198º del CP tipifica la conducta delictiva que se perfecciona o configura cuando el agente sabiendo que está prohibido (Art. 106º de la LGS), acepta como garantía de créditos, acciones o títulos de la misma persona jurídica a la cual representa. Sin embargo, esta prohibición legal no es absoluta sino relativa. La prohibición tiene sentido cuando el crédito es superior al valor real de las acciones o títulos. Si el crédito es igual o por debajo del valor real de las acciones o títulos, no es posible la comisión del delito en análisis, pues muy bien la persona jurídica, al no pagar el beneficiario el crédito en el plazo previsto, podrá negociar las acciones o títulos dejados en garantía y hacerse el pago correspondiente. En este supuesto no se configura la lesión o puesta en peligro del patrimonio social de la persona jurídica[78].

El Art. 198º inciso 4 del CP castiga la aceptación de acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito. El tipo penal recoge un supuesto de autocartera indirecta que se encuentra prohibido en el Art. 106º de la LGS. En el Derecho de sociedades se discute sobre la legalidad o ilegalidad de la autocartera o adquisición de las acciones por propia sociedad. En esta discusión se suele diferenciar la autocartera originaria, la autocartera derivada y la autocartera indirecta[79].

[78] SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. Cit., p. 323.

[79] GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 395.

5. *Fraguar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes.*

Fraguar es el verbo rector del inciso en comento el mismo que significa adulterar-falsificar un hecho o un documento; y esta acción punible (delito de comisión activa) se debe realizar tanto en el soporte físico o electrónico, como en el contenido de los documentos de balances contables de una persona jurídica. En este supuesto típico es ya específico el objeto material donde recae la acción del sujeto activo, cuales son los balances contables, si es en otro documento será irrelevante penalmente (por ejemplo: fragura fichas de Registros Públicos o contratos civiles).

Este comportamiento delictivo puede perfeccionarse hasta en dos supuestos: primero, cuando el agente sabiendo que su representada no tiene utilidades debido a los resultados negativos en sus negocios, confecciona un balance falso donde consigna o hace reflejar que existen utilidades y por tanto ordena su distribución entre socios o asociados. Y segundo: cuando el actor sabiendo que su representada tiene utilidades mínimas, adultera su balance y consigna cifras superiores a las reales dispone su distribución. En el primer supuesto estamos ante un balance falso y en el segundo supuesto, ante un balance adulterado[80].

Los balances contables en términos generales se pueden definir que son los resultados confrontados, por determinados períodos, entre activos y pasivos, entre ingresos y egresos que permiten reflejar las ganancias y pérdidas económicas de una persona física o también jurídica, dedicada a una actividad comercial; se trata de una información crucial y relevante de cara a la existencia de una persona física o jurídica, por ello el DP deba proteger, en este caso a la persona jurídica, cuando determinadas personas por encontrarse al interior de la misma, intentan sabotear mediante conductas fraudulentas, la información contable. En ese sentido, el simple hecho de fraguar sería irrelevante

[80] SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. Cit., p. 324.

penalmente si es que el agente no tendría una finalidad específica: cuál es el hecho de reflejar y distribuir las utilidades que es precisamente las ganancias económicas, las mismas que son inexistentes para los demás miembros de la persona jurídica. De más está decir que este supuesto tiene que alcanzarse de manera dolosa.

Antes que nada, hay que precisar que el reparto de utilidades inexistentes no es propiamente la conducta típica, sino fraguar los balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes. En este sentido, la acción típica estará constituida solamente por fraguar los balances. A partir de esta precisión, podría concluirse que la regulación expresa de este supuesto de administración fraudulenta de persona jurídica resultaría innecesaria, ya que se está castigando un supuesto específico de fraude contable[81].

6. *Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar o al auditor interno o externo, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica*.

   La modalidad conductual aquí reprimida es la de omisión propia o simple desde que está señalado expresamente el verbo "omitir" en la descripción típica, por ello el sujeto activo tiene que cumplir con las siguientes condiciones: primero, el administrador-representante debe encontrarse, en principio, en una sesión de carácter formal de un Directorio, de un consejo de administración, de un consejo directorio u otro órgano similar o al auditor interno o externo; segundo: el hecho que el sujeto activo tenga la obligación jurídica y legal de "comunicar" al Directorio u otros órganos similares de administración o dirección de la persona jurídica sobre determinadas informaciones de relevancia para la persona jurídica. Ahora bien, la comunicación tendría que haberse dado de distintas formas, de manera

[81] GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 390.

verbal, de manera escrita, por correo electrónico, por envío de fax, por llamada telefónica o celular, etc., comunicaciones que se dieron en su momento, y que por eso se sanciona; tercero: la información que debió hacerse al Directorio u otros órganos es acerca de la existencia de intereses propios (préstamos personales, alquileres particulares, compra-venta de bienes y servicios a los mismos miembros de la persona jurídica) que son incompatibles con los de la persona jurídica, y esto obviamente tendría que estar regulado como prohibición expresa en los propios estatutos de la persona jurídica. Aun cuando hemos señalado que se trata de un delito de omisión propia o simple (que normalmente es un delito de mera actividad), tendría que estar conectado a través de un resultado típico lesivo, cual es el causar perjuicio económico a la propia persona jurídica.

El interés incompatible puede presentarse de modo inmediato cuando el propio agente o algún familiar cercano son los interesados en realizar algún negocio con la persona jurídica que representa. O en forma mediata, ocurrirá por ejemplo cuando el agente o algún familiar cercano son socios o asociados de otra persona jurídica que realiza negocios con su representada. En ambos supuestos la incompatibilidad de intereses es evidente, situación que omite informar el agente a los demás representantes y por el contrario participa en la deliberación de los negocios a realizar[82].

Desde una perspectiva político-criminal, no encontramos una razón suficiente para la incriminación de la conducta de omisión de comunicación de intereses incompatibles. El daño patrimonial es, en primer lugar, todavía incierto, pues el directivo puede favorecer tanto el propio interés como el interés de la sociedad. Nada más que un razonable egoísmo abogaría por el favorecimiento del interés personal. Si bien esta omisión de co-

[82] SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. Cit., p. 326.

municación resulta cuestionable desde el punto de vista de la rectitud de la administración, hay que tener presente que, por ejemplo, la legislación societaria contempla ya algunos mecanismos de reacción ante esta situación[83].

7. *Asumir indebidamente préstamos para la persona jurídica*.

El verbo rector "asumir" la debemos entender como "aceptar", en este caso, los préstamos –bancarios– para la persona jurídica. Hay muchas formas de asumir los préstamos que, en perspectiva jurídico-penal serían actos de preparación de delito por supuesto irrelevante de penalmente: puede ser asistiendo a las reuniones en el banco, explicando al directorio las bondades de asumir el préstamo, pero a nuestro juicio, el inicio de la conducta punible la debemos encontrar en la suscripción del préstamo que es cuando se acepta definitivamente. En este momento es cuando, en realidad, empiezan los deberes y obligaciones de la persona jurídica para con una entidad financiera.

En principio, obtener créditos no está prohibido siempre y cuando se realicen respetando el procedimiento establecido, con acuerdo de todos los representantes competentes y sobre todo no se perjudique o ponga en peligro el patrimonio de la representada. Lo que se sanciona es el hecho de obtener un crédito o préstamo perjudicial para la persona jurídica sin seguirse el procedimiento normal que la ley o los estatutos establecen para tal efecto. El agente actúa por su cuenta, desconociendo incluso la competencia de los demás representantes[84].

Debe quedar claro que no se castiga penalmente que el administrador o representante firme prestamos civiles, comerciales, bancarios, porque en realidad es una modalidad o práctica muy

[83] GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., pp. 375–376.

[84] SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. Cit., p. 327.

recurrida en empresas privadas; más aún el Derecho debe y tiene que incentivar este tipo de negocios jurídicos para el crecimiento de la persona jurídica; lo que no se debe permitir, y en eso el DP sí lo reprime, es que los préstamos a realizarse o los ya realizados, endeudamiento a mediano o largo plazo, sean totalmente indebidos o sin motivo alguno.

En otras palabras, la frase: *"Asumir indebidamente préstamos para la persona jurídica"*, se trata de un parámetro legal de carácter valorativo-subjetivo, obviamente a discreción personal del juzgador penal, teniendo en consideración las circunstancias fácticas que motivaron la suscripción del préstamo. Lo "indebido" en los prestamos debe estar en estrecha relación de causalidad con el perjuicio económico que finalmente se ocasiona a la persona jurídica; porque por más que sea calificado de indebido, en un inicio, el endeudamiento económico que sea contraído en un banco, si posteriormente, y por el contrario, fue más bien en beneficio económico de la propia persona jurídica, porque se crearon, por ejemplo, más filiales en el país, se contrató a más personal calificado, se compró mejor logística; entonces solo se habrá satisfecho una parte de la conducta típica, mas no el resultado típico. Habrá atipicidad objetiva de la conducta.

La doctrina nacional ha considerado como actos de administración fraudulenta englobados en el Art. 198º inciso 7 del CP, la celebración de contratos en nombre de la sociedad con precios superiores a los autorizados por el directorio, así como el endeudamiento de la sociedad por encima de lo permitido o contraviniendo la vía establecida para ello. No cabe duda que los actos de endeudamiento por parte del administrador son actos de administración normales en la vía societaria, ya que un administrador sin la capacidad de endeudarse simplemente no podría desenvolverse como tal. Sin embargo, esto no implica una amplia potestad para obligar patrimonialmente a la persona jurídica frente a terceros, sino que debe observarse ciertos

límites y requisitos con la finalidad de evitar un perjuicio para la persona jurídica administrada[85].

8. *Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica*.

   En este supuesto el administrador o representante de la persona jurídica tendrá que aprovecharse económicamente, y de manera dolosa, para él mismo o para beneficio de otra persona –natural o jurídica– el caudal patrimonial –que puede ser, entre otras, de activos, de ganancias, de títulos valores, poner en garantía hipotecaria a la misma persona jurídica, los bienes muebles, los bienes inmuebles, etc.– que, a sabiendas tiene conocimiento que pertenece a la persona jurídica. Por ejemplo, el administrador utiliza diariamente la camioneta de la persona jurídica para llevar a sus hijos al colegio, pese a que los estatutos señalan la prohibición expresa de tal utilización.

   Para efectos de la consumación no es necesario que el sujeto activo devuelva o retarde la devolución del bien –mueble o inmueble– utilizado, por el contrario puede estar en su poder de dominio permanentemente. En otras palabras, se trata de un peculado doloso de uso en el sector privado. Como se trata de un delito de resultado lesivo pues el Art. 189º del CP, señala: "… *en perjuicio de ella o de terceros…",* se admite la posibilidad de la tentativa –Art. 16º del CP- por ejemplo en el caso que el administrador pretendía subir a la camioneta ajena y en ese preciso momento es intervenido por los demás miembros o directivos de la persona jurídica, o también puede interrumpirse el curso causal por intervención voluntaria del mismo sujeto activo.

   La única forma de declarar la atipicidad objetiva de esta conducta es que mediante expreso consentimiento –manifestado en un acta– de todos los miembros del directorio –por unanimidad o mayoría de acuerdo a los estatutos– permitan que

[85] GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 399.

él o los administradores o los representantes puedan utilizar el patrimonio de la persona jurídica, en este punto puede recurrirse al Art. 20º, inciso 8, del CP peruano, sobre la actuación de acuerdo a Derecho. En la tipicidad subjetiva, en principio, solo se admite la posibilidad del dolo directo o de primer grado; sería muy difícil pensar que el sujeto activo se aproveche del patrimonio de la persona jurídica mediante dolo eventual o condicionado.

V. EL DELITO DE FRAUDE DE ADMINISTRACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS Y LAS RELACIONES CONCURSALES CON OTROS DELITOS

En principio, el delito de fraude de administración de las personas jurídicas tendría varias relaciones concursales con algunos delitos de la Parte especial o en legislaciones especiales; en ese sentido, en primer lugar tendrá relación de concurso con el delito de estafa genérica (Art. 196º CP) por el concepto de "fraude" o "engaño" que en muchos supuestos típicos se utiliza en el Art. 198º del CP (véase: inciso 1: *usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables"*; inciso 3: *Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones*; inciso 5: *"Fraguar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes");* es decir, que el fraude debe ser el medio para el cual debe concretarse la adulteración-falsificación de las partidas contables, en este supuesto sería una especie de concurso ideal de delitos (Art. 48º CP); por el contrario, si se demuestra comportamientos autónomos entre los fraudes, este sería un concurso real de delitos.

Podría realizarse una relación concursal con el delito contra la fe pública, concretamente con el delito de falsedad documental material (Art. 427º, primer y segundo párrafo), porque en algunos incisos del Art. 198º del CP (véase: inciso 1: "*…falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables";* inciso 2: *"Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurí-*

dica"; inciso 3: *Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones*); es decir, si se llegará a comprobar falsificación de documentos, cualquiera que estos sean, sería un concurso aparente de normas, y tendría que aplicarse el principio de especialidad, ya que el supuesto tipo genérico sería el delito de falsedad documental, y el supuesto tipo especial sería el delito de fraude en administración de las personas jurídicas, con lo cual se preferirá este último delito. Por otro lado, si la falsedad documental es más bien un "medio" del sujeto activo para realizar fraudes documentales al interior de la persona jurídica para causar perjuicios económicos a la misma, como por ejemplo falsear partidas contables o balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes, sería en este caso un concurso ideal o formal de delitos.

CAPÍTULO IV
DELITOS CONTRA LA CONFIANZA Y LA BUENA FE EN LOS NEGOCIOS: USURA, LIBRAMIENTO Y COBRO INDEBIDO DE CHEQUE

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de la rúbrica de "Delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios", además de los delitos contra el sistema crediticio, se ubican dos figuras penales bastante conocidas: la usura y el libramiento indebido. Estas figuras, siguiendo a BRAMONT-ARIAS TORRES/ GARCÍA CANTIZANO, tienen como factor común su ámbito de aplicación: "la relación comercial o negocial entablada entre deudor y acreedor"[86].

Según dichos autores, las conductas englobadas dentro del Tít. VI del Libro II del CP incriminan, básicamente, dos grandes grupos de comportamientos. Uno de los grupos supone la ejecución de conductas fraudulentas, como en los atentados contra el sistema crediticio y el delito de libramientos indebidos. El otro grupo de conductas hace referencia más bien a un abuso de posición del acreedor frente al deudor, esto es justamente lo que ocurre en el delito de usura[87].

---

[86] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cuarta edición, San Marcos, Lima, 1998, p. 400.

[87] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. cit., p. 400.

II. EL DELITO DE USURA (ART. 214º DEL CP)

1. Sobre la legitimidad de la opción criminalizadora

Como bien ha puesto de manifiesto SALINAS SICCHA, la usura suele encontrar terreno fértil en aquellos países con economías incipientes o en desarrollo en los que el acceso al crédito formal es dificultoso, lo que provoca la aparición de prestamistas informales[88].

Esto ha llevado a algún sector de la doctrina a afirmar que la criminalización del delito de usura se debe más a razones ético-sociales que a un auténtico desvalor de acción[89]. En la misma línea, nuestra jurisprudencia ha dejado en evidencia rasgos ético-sociales en la criminalización de la usura[90]. Precisamente por estas consideraciones es que, en el ámbito del derecho comparado, se aprecia una tendencia de descriminalización de la usura[91].

Según expresa MARTÍNEZ COCO: "los intereses constituyen, en nuestro ordenamiento jurídico, los frutos civiles del capital"[92]. El CC regula el pago de los intereses en sus artículos 1242° y 1243°.

---

[88] SALINAS SICCHA, Ramiro. "Usura y protección penal", en: El mismo. *Delitos contra la vida y otros estudios de Derecho Penal*, Palestra, Lima, 1997, p. 149. En la misma línea: RISCO VALERA, Rolando. "El delito de usura y la regulación de las tasas de interés en una Economía de libre mercado", en: *Themis. Revista de Derecho*, N° 35, Lima, 1997, p. 88.

[89] BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. Cit., p. 425.

[90] Explícitamente la Sentencia de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 30 de enero de 1998 (Exp. 377-93), extraída de: ROJAS VARGAS, Fidel & INFANTES VARGAS, Alberto. *CP. Diez años de Jurisprudencia sistematizada*, Idemsa, Lima, 2001, p. 365.

[91] GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte Especial,* tomo II, Grijley, Lima, 2007, p. 555.

[92] MARTÍNEZ COCO, Elvira. "Regulación jurídica del interés en nuestro país (El Código civil y la Ley de Concesiones Eléctricas), en: La misma. *Estudios de Derecho civil I*, San Marcos, Lima, 1997, p. 137.

El Art. 1242° del CC precisa: "El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien. Es moratorio cuanto tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago". Por otra parte, el Art. 1243° del CC señala expresamente: "La tasa máxima del interés convencional compensatorio o moratorio, es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú. Cualquier exceso sobre la tasa máxima da lugar a la devolución o a la imputación al capital, a voluntad del deudor". Así observamos la existencia de intereses compensatorios e intereses moratorios.

Los intereses compensatorios o retributivos son aquellos cuya finalidad es mantener el equilibrio patrimonial, es decir, busca evitar que una de las partes se enriquezca a costa de la otra[93]. Por otra parte, los intereses moratorios son aquellos que indemnizan la demora dolosa o culposa en el pago de una acreencia[94].

En esta línea de argumentación, nadie discute la existencia de los intereses como fruto civil del capital[95], el reproche penal aparece a partir del abuso de la situación económica de la víctima que lleva a esta a aceptar préstamos pagando excesivos intereses. Desde esa perspectiva, la represión penal de la usura es una respuesta frente a la insuficiencia de los mecanismos civiles existentes para enfrentar el cobro abusivo de intereses[96].

El Art. 1243° del CC, modificando los términos del Art. 1325° del CC de 1936 que precisaba el interés legal en dinero, en caso que estos

---

[93] OSTERLING PARODI, Felipe (con la colaboración de Carlos CÁRDENAS QUIROZ). *Las Obligaciones*, quinta edición, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. VI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, p. 140.

[94] OSTERLING PARODI, Felipe (con la colaboración de Carlos CÁRDENAS QUIROZ). Op. Cit., p. 140; MARTÍNEZ COCO, Elvira. Op. cit., p. 145.

[95] SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. cit., p. 149.

[96] GARCÍA CAVERO, Percy. Op. cit., p. 555.

no se hubiesen convenido, en 5% anual[97], confía al Banco Central de Reserva del Perú la determinación de la tasa máxima de interés convencional.

Es evidente que, para poder considerar que la tasa de interés fijada resulta excesiva, deberíamos primero establecer cuál es la tasa máxima de interés. Para dar respuesta a esta cuestión, la doctrina especializada se ha visto dividida en dos posiciones.

Un sector de la doctrina ha estimado que, partiendo del respeto a la libertad individual, la fijación de intereses legales debería ser dejada al arbitrio de las partes. En esa línea de argumentación se ha manifestado GHERSI, para quien la criminalización de la usura supone una "errónea interpretación del concepto de valor en la economía"[98], a esto añade: "El CP comete un gravísimo error de concepto al tipificar como delito de usura el conceder un crédito a interés superior al límite fijado por la ley *porque ocurre que en el Perú los intereses son ahora libres*"[99].

---

[97] La norma derogada, como bien precisa OSTERLING PARODI, se "encontraba alejada de la realidad económica del país y, por otra parte, no resultaba aconsejable que un Código civil, con el sentido de permanencia que le es inherente, previera un porcentaje susceptible de ser frecuentemente alterado de acuerdo a contingencias económica", en: OSTERLING PARODI, Felipe (con la colaboración de Carlos CÁRDENAS QUIROZ). Op. cit., p. 141.

[98] GHERSI, Enrique. "¡Abajo el CP!", en: *Themis. Revista de Derecho*, N° 32, Lima, 1995, p. 114.

[99] GHERSI, Enrique. Op. cit., p. 114 (cursiva nuestra). En esa misma errónea concepción aparece la Ejecutoria Suprema de la Sala Penal "C", del 05 de octubre de 1998 (Exp. 1222-98), que señala: "Habiendo el Art. 5° del Decreto Ley 26123, de fecha 24 de diciembre de 1992 y vigente desde el 1 de enero de 1993, establecido que las tasas de interés se determinan por la libre competencia de mercado, ha perdido vigencia el artículo 214 del CP que regula el delito de usura". Contradice la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima en la sentencia del 16 de setiembre de 1997 (Exp. 4370-97): "no existe norma alguna a la fecha que derogue el dispositivo contemplado en el Art. 214 del CP"; extraídas de: ROJAS VARGAS, Fidel & INFANTES VARGAS, Alberto. Op. cit., pp. 365- 366.

La errónea afirmación de GHERSI solo parte del análisis de la situación existente en el ámbito de las instituciones bancarias, financieras y de seguros en las operaciones de intermediación financiera que, como más adelante precisaremos, admite también sus excepciones. Es por ello que, en coincidencia con el sector actualmente dominante, apoyándonos en las disposiciones civiles, entendemos que el límite máximo de las tasas de interés no puede ser otro que el establecido en el CC[100].

En esto, el Art. 9° de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley Nº 26702, del 09.12.1996) es sumamente claro: " Las empresas del sistema financiero pueden señalar libremente las tasas de interés, comisiones y gastos para sus operaciones activas y pasivas y servicios. Sin embargo, para el caso de la fijación de las tasas de interés deberán observar los límites que para el efecto señale el Banco Central, excepcionalmente, con arreglo a lo previsto en su Ley Orgánica. *La disposición contenida en el primer párrafo del Art. 1243º del Código civil no alcanza a la actividad de intermediación financiera*".

Sumamente didáctico resulta RISCO VALERA[101], quien determina la existencia de dos regímenes en la regulación de tasas de interés en el Perú[102]: (a) El régimen de tasas máximas regulado en el CC; y, (b) El régimen de libertad en la fijación de tasas propio de las instituciones bancarias, financieras y de seguros, aplicable a todas las operaciones de intermediación financiera. Este régimen tiene sus excepciones en la facultad del Banco Central de Reserva de establecer tasas máximas[103].

---

[100] SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. cit., p. 150.

[101] RISCO VALERA, Rolando. Op. cit., p. 92.

[102] Sucintamente también: JIMÉNEZ VARGAS- MACHUCA, Roxana. "Intereses, tasas, anatocismo y usura", en: *Revista Jurídica del Perú*, año LI, N° 21, Edit. Normas Legales, Trujillo, 2001, pp. 72 y ss.; TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. "Apuntes sobre la tasa de interés legal y voluntario", en: *Gaceta Jurídica*, tomo 74-B, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2000, pp. 87 y ss.

[103] GARCÍA CAVERO, Percy. Op. cit., p. 569.

2. El bien jurídico protegido

a) El patrimonio como bien jurídico protegido

Para un sector importante de la doctrina tradicional, entre los que cabe destacar a PEÑA CABRERA, el bien jurídico protegido en la figura de usura es el patrimonio. Así, el conocido maestro nacional señala: "el bien jurídico para nuestro ordenamiento viene constituido inequívocamente por el patrimonio (...). De suerte que la amenaza o el real menoscabo del bien jurídico patrimonial es la acción patrimonial, considerándose a los bienes jurídicos anotados como periféricos y de poca monta"[104].

b) La confianza y la buena fe en los negocios como bien jurídico tutelado

Según opinión de RISCO VALERA, el bien jurídico en el delito de usura se identificaría con los "principios de buena fe y confianza" en los negocios[105]. Esta postura, como es fácil de advertir, tiene su origen en la denominación otorgada por el legislador penal al Título VI del Libro Segundo del CP.

c) La funcionalidad del sistema crediticio como interés jurídico tutelado

Un mayor nivel de concretización alcanza la postura adoptada por BRAMONT-ARIAS TORRES/ GARCÍA CANTIZANO, a la que se ha aunado MONTOYA MANFREDI. Para estos autores el bien jurídico protegido en el delito de usura es: "el sistema económico crediticio, en la medida en que su normal funcionamiento no puede permitir la existencia de conductas donde el abuso de una situación privilegiada, obligue a los participantes en este sistema a adoptar condiciones crediticias muy por encima de los límites legalmente fijados"[106]. Idéntica posición se

---

[104] Citado por: RISCO VALERA, Rolando. Op. cit., p. 96.

[105] RISCO VALERA, Rolando. Op. cit., p. 98.

[106] BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. cit., p. 427; MONTOYA MANFREDI, Ulises. *Co-*

muestra en BRAMONT ARIAS/ BRAMONT-ARIAS TORRES, en donde se señala: "el bien jurídico protegido es el sistema económico crediticio, al afectar al normal funcionamiento de este el abuso de un situación privilegiada que pueda obligar a los participantes en aquel a aceptar condiciones crediticias por encima de los límites legales establecidos"[107].

d) Las expectativas contractuales como bien jurídico protegido

Desde una perspectiva funcionalista sistémica, GARCÍA CAVERO propone como identidad del bien jurídico penalmente tutelado "la expectativa de que la contratación de un préstamo de dinero sea producto de una negociación equilibrada", en virtud de lo cual los "agentes económicos puedan confiar en que no serán sometidos a una coacción contractual para determinar los intereses a pagar por los prestamos dinerarios"[108].

e) Posición personal

Es evidente que para la determinación del bien jurídico penalmente tutelado en ocasiones resulta útil remitirse a la ubicación sistemática que proporciona el CP. En el tema que nos ocupa, es evidente que la ubicación del delito de usura nos lleva, al menos, a establecer cual *no* es el bien jurídico en el delito de usura, en la medida que la *nomen juris* del Tít. IV del Libro II del C.P. peruano ("delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios"), por su nivel de abstracción, no puede servirnos de referente para determinar el interés penalmente tutelado. En negativo, podemos decir entonces, a partir de la ubicación sistemática, que el patrimonio no es, según del DP peruano vigente, el bien jurídico tutelado.

---

mentarios a la Ley de Títulos Valores, quinta edición actualizada por Ulises y Hernando Montoya Alberti, San Marcos, Lima, 1997, p. 513.

[107] BRAMONT ARIAS Luis & BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto.*CP anotado,* tercera edición, San Marcos, Lima, 2000, p. 386.

[108] GARCÍA CAVERO, Percy. Op. cit., pp. 563-564

Es, asimismo, discutible el recurso a una identificación del bien jurídico guiada por la denominación utilizada por el legislador penal en torno a esta clase de delitos y que lleva a calificar que la protección penal se dirige hacia la "confianza y la buena fe en los negocios". Una propuesta en tales términos, no solo resulta rebatible desde la lógica limitadora propia del principio de protección de bienes jurídicos y que requiere que aquellos –los bienes jurídicos– posean ciertos niveles de concreción que habiliten su función limitadora del ius puniendi, sino que resulta discutible dentro de la dinámica negocial que *la confianza y la buena fe* constituyan valores de difícil realización.

Tampoco es viable sostener que el bien jurídico protegido mediante el delito de usura sea alguna clase de expectativa respecto al equilibrio en la negociación propia de los contratos de préstamos de dinero. Una protección penal articulada en tales términos exigiría verificar previamente la existencia de condiciones de equilibrio contractual, lo que supone, en terrenos forenses, que la no verificación procesal de dichas condiciones permitiría postular la ausencia de tipicidad por ausencia de lesividad.

Desvirtuada la idoneidad de diversas posturas doctrinales, queda pendiente, sin embargo, una respuesta en positivo respecto a la identidad del bien jurídico tutelado.

Es evidente que si bien el abuso de posición que realiza el sujeto activo de la conducta frente a su víctima supone tanto una afectación sobre su libertad y su patrimonio, en la medida que este se ve obligado al pago de intereses superiores a los establecidos por ley, y tiene, además, efectos respecto al principio de igualdad, al afectar el equilibrio que debe existir entre quienes forman parte de la relación crediticia[109]. No obstante, la afectación que este tipo de conductas va más allá de la simple perspectiva individual, el mayor daño se produce a nivel colectivo y es que, si se permite el abuso de posición económica en el ámbi-

[109] FOFFANI, Luigi. "Delitos bancarios y bursátiles", en: Tiedemann, Klaus (Director). *Eurodelitos. "El Derecho penal económico en la Unión Europea"*, Ediciones de la Universidad Castilla- La Mancha, Cuenca, 2004, p. 111.

to crediticio se afecta, en última instancia, el sistema crediticio estatal, graficado en su Constitución económica, que tiene como uno de sus premisas operativas la de libre formación del precio –del crédito–, conforme a la oferta y la demanda[110]. Todo esto nos lleva a afirmar que el bien jurídico tutelado es *la funcionalidad del sistema crediticio constitucionalmente reconocido*.

3. El tipo de lo injusto

> *"Art. 214º.- El que, con el fin de obtener una ventaja patrimonial, para sí o para otro, en la concesión de un crédito o en su otorgamiento, renovación, descuento o prórroga del plazo de pago, obliga o hace prometer pagar un interés superior al límite fijado por la ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y con veinte a treinta días-multa.*
>
> *Si el agraviado es persona incapaz o se halla en estado de necesidad, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años".*

(i) Los sujetos

El sujeto activo puede ser cualquier persona natural que ejecute el comportamiento reprochable penalmente.

El sujeto pasivo en el delito de usura, en concordancia con el carácter supraindividual del bien jurídico penalmente tutelado, es la sociedad, que es la que finalmente sufrirá las consecuencias de la disfuncionalidad de su sistema crediticio[111].

---

[110] TIEDEMANN, Klaus; *Manual de Derecho penal económico. Parte especial,* traducción de Manuel Abanto Vásquez y otros, Grijley, Lima, 2012, p. 247.

[111] De la misma opinión: BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. Cit., p. 427.

De distinta opinión son, por ejemplo, RISCO VALERA y GARCÍA CAVERO para quienes el sujeto pasivo en la usura puede ser cualquier persona, natural o jurídica[112]. Esta tesis responde a confusión de categorías que viene haciéndose bastante usual, nos referimos a la confusión entre víctima y sujeto pasivo del delito[113].

La víctima viene a ser la persona sobre la que recae la conducta típica, en este caso, la persona obligada a aceptar intereses usurarios. El sujeto pasivo de la conducta es el titular del bien jurídico y, en caso de bienes jurídicos colectivos, la sociedad.

(ii) Actos Materiales:

El delito de usura se configura cuando el sujeto activo obliga o hace prometer a otra persona el pago de un interés superior al establecido por ley, con el propósito de obtener un beneficio económico indebido. El desvalor del comportamiento radica en el condicionamiento de la voluntad del deudor que provoca que aquella –la voluntad del deudor- no se forme libremente[114].

Los términos "obligar" y "hacer prometer" suponen determinar al sujeto pasivo. Para lograr la determinación del sujeto pasivo al pago de intereses superiores a los establecidos legalmente, el sujeto activo deberá haberse valido de lo que RISCO VALERA denomina "coacción contractual" y que no es sino el abuso del agente de su libertad de contratar[115]. Es por ese motivo que estimamos errónea la posición de PEÑA CABRERA, para quien será necesaria la presencia de "coacción" en el sentido tradicional de "vis compulsiva"[116].

---

[112] RISCO VALERA, Rolando. Op. Cit., p. 101; GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 570.

[113] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. Cit., p. 427.

[114] GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., pp. 566-571.

[115] RISCO VALERA, Rolando. Op. Cit., p. 98.

[116] RISCO VALERA, Rolando. Op. Cit., p. 96.

Más acertada nos parece la posición de BRAMONT-ARIAS TORRES/ GARCÍA CANTIZANO quienes aunque admiten la posibilidad de considerar la "violencia" y la "intimidación" como métodos "más persuasivos" para configurar el delito de usura[117], no excluyen la posibilidad de utilizar formas más veladas de intimidación y abuso de posición contractual.

Es importante tener en cuenta los términos del Art. 214º del C.C. peruano, que expresamente señala: "La violencia o la intimidación son causas de anulación del acto jurídico, aunque hayan sido empleadas por un tercero que no intervenga en él", posibilitando que en aquellos casos en los que se haya pactado intereses superiores a los establecidos como máximos por ley valiéndose de violencia o intimidación, pueda lograrse la anulación del acto jurídico, lo que, sin embargo, no quiere decir que el delito vaya a quedar impune.

Las formas más veladas de usura, realizadas a través de modalidades de "coacción contractual" suponen, en realidad, un mayor grado de lesividad social pues su eficacia civil es más difícil de extinguir[118].

El condicionamiento de la voluntad del deudor tiene por objetivo que este pague o se comprometa a pagar un interés superior al fijado por la ley. Este elemento, como se indicó anteriormente, obliga a una remisión normativa a los alcances del artículo 1243° del CC y, con ello, a los parámetros establecidos por el Banco Central de Reserva del Perú e, indirectamente, por la Superintendencia de Banca y Seguros. En tal virtud, los indicadores económicos aplicables son la tasa activa de mer-

---

[117] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. Cit., p. 428.

[118] Piénsese en los términos del Op. 215º del C.C. que señala: "Hay intimidación cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros. Tratándose de otras personas o bienes, corresponderá al juez decidir sobre la anulación, según las circunstancias".

cado promedio ponderado en moneda nacional (TAMN) o la tasa activa promedio ponderado en moneda extranjera (TAMEX)[119].

Respecto a la relevancia penal de los supuestos en los que, al momento de producirse el acuerdo respecto al crédito, el interés comprometido o pagado por el deudor fue superior al fijado por la ley pero en los que cambios posteriores en la determinación de la tasa de intereses establecidas por el Banco Central de Reserva del Perú llevan a discutir el merecimiento y la necesidad de pena. En nuestra opinión, desde la perspectiva de la lesividad colectiva atribuida al delito de usura, sería sumamente discutible aceptar aquellas propuestas que cuestionan la relevancia penal de dichos supuestos a partir de los efectos de reestabilización del bien jurídico[120]. Y es que –solo por recurrir al argumento más convincente– es difícil sostener razonablemente que el bien jurídico ya lesionado pueda "reestabilizarse" como consecuencia de un hecho completamente fortuito (el cambio en las tasas de interés).

El legislador ha comprendido dentro de los alcances del tipo penal no solo los supuestos producidos en torno al origen de la relación crediticia (concesión u otorgamiento del crédito), sino también momentos posteriores. Al hacer referencia a la prórroga del plazo del pago o la renovación del crédito, se alude a aquellos casos en los que, habiéndose concretado el crédito sin condicionamiento alguno a la voluntad de la víctima, el impago del mismo o la inminencia del vencimiento de la fecha de pago, resultan circunstancias que permiten al acreedor condicionar la voluntad del deudor.

También se han comprendido dentro de los alcances del tipo penal a la operación financiera del descuento a que se contrae el Art. 221° de la LGSFS que habilita el cobro de un título valor antes de su vencimiento ante la entidad financiera que abona el importe y retiene los intereses. Este supuesto, en virtud a las limitaciones correspondientes a la crimi-

[119] GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., pp. 575-576.

[120] GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., pp. 576-577.

nalización de la usura en el ámbito financiero, solo es aplicable en relación a los particulares[121].

(iii) Consumación

El delito de usura encuentra su punto de consumación en el momento de pago o en el de la promesa de pago de intereses superiores a los establecidos en la ley.

Carece de relevancia si el agraviado sufrió un efectivo perjuicio patrimonial o si el agente obtuvo el respectivo provecho económico, esto debido a que la ventaja patrimonial del autor constituye un elemento subjetivo de tendencia interna. Estamos, en suma, ante un delito de mera actividad[122].

(iv) Tipo Subjetivo

Este delito exige la presencia de dolo, lo que quiere decir que el sujeto activo deberá actuar con conocimiento, directo o eventual, que está realizando los actos configuradores del ilícito reprochado en sede penal.

Además, se incluye como elemento subjetivo adicional el ánimo de lucro al precisarse que la conducta del sujeto activo debe ser realizada "con el fin de obtener una ventaja patrimonial, para sí o para otro"[123].

(v) Agravante

El segundo párrafo del Art. 204º del CP establece una agravante al delito de usura en virtud a la condición de inimputabilidad de la víctima de la conducta o su estado de necesidad.

---

[121] Supuesto planteado en GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 573.

[122] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. Cit., p. 430; SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. Cit., p. 151; RISCO VALERA, Rolando. Op. Cit., p. 103; JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. Op. Cit., p. 79.

[123] De la misma opinión: BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. Cit., p. 429.

Estas circunstancias, a diferencia de la tendencia legislativa comparada de incluirlas como modalidades comisivas de la conducta, a entender del legislador peruano, suponen un mayor desvalor que implica a su vez un aumento del marco penal.

III. EL DELITO DE LIBRAMIENTO Y COBRO INDEBIDO DE CHEQUE (ART. 215º DEL CP)

1. Cuestiones preliminares

El cheque es uno de los instrumentos mercantiles más utilizados en la vida moderna, a través de él se satisfacen necesidades económicas de importancia vital[124]. Se trata de un instrumento de pago que sustituye al dinero, por eso, según indican BEAUMONT CALLIRGOS/ CASTELLARES AGUILAR, se le conoce como "*quasi dinero*", sin embargo, quien lo emite no realiza un pago liberatorio de una obligación causal u original, sino que este queda condicionado a las resultas del pago de su importe por la entidad bancaria[125].

No se tiene certeza respecto al origen histórico del cheque, así es posible observar importantes antecedentes desde 400 años A.C. en Grecia en el uso de órdenes de pago[126]. No obstante, su importancia y configuración actual, conforme ha puesto de manifiesto en nuestra literatura MONTOYA MANFREDI, se debe a la labor de los banqueros ingleses durante el siglo XVIII, quienes al verse privados de la posibilidad de emitir dinero, potestad confiada exclusivamente al Banco de Inglaterra, comenzaron a hacer uso de los cheques como forma de pago[127].

---

[124] MONTOYA MANFREDI, Ulises. Op. Cit., p. 466.

[125] BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo & CASTELLARES AGUILAR, Rolando. *Comentarios a la Nueva Ley de Títulos Valores*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 528; MONTOYA MANFREDI, Ulises. Op. Cit., p. 466.

[126] BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo & CASTELLARES AGUILAR, Rolando. Op. Cit., p. 528.

[127] MONTOYA MANFREDI, Ulises. Op. Cit., pp. 461- 462. Sobre los antecedentes del cheque, véase también: BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo & CASTELLARES AGUILAR, Rolando. Op. Cit., p. 528.

La doctrina penal, más que discutir sobre la necesidad de proteger penalmente el cheque, ha cuestionado la forma en que dicha protección se concreta, así se planteó la posibilidad de recurrir a la tradicional figura de estafa y las defraudaciones[128].

Y es justamente a través del tipo penal de Estafa que se reprimía los libramientos de cheques sin fondos antes de la vigencia del actual CP. El CP de 1924 describía el delito de estafa en su Art. 244º que según la praxis jurisdiccional de la época, servía de base legal para proteger el patrimonio de los particulares frente a los libramientos indebidos[129].

La reforma penal de 1991 supuso un cambio de orientación político-criminal. El legislador peruano atinadamente ha apostado por regular la protección penal del cheque bajo la rúbrica de los "delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios". La razón de tal decisión político-legislativa obedece a la identificación que se hace del bien jurídico tutelado que determina que la lesividad del hecho trascienda el mero daño patrimonial generado a la víctima –que es engañada al transmitírsele la idea de pago de una obligación a su favor[130].

2. El bien jurídico penalmente tutelado

Las discusiones en torno al bien jurídico penalmente tutelado en el delito de libramiento indebido han llevado a identificar al interés jurídico protegido en estos delitos con una variedad de valores, entre las que destacan la fe pública, el patrimonio y el orden económico[131].

---

[128] Esta es la opción que se siguen en algunos ordenamientos penales (como el alemán, por ejemplo); véase: TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit., traducción de Patricia Faraldo Cabana, p. 299.

[129] BRAMONT ARIAS, Luis. *CP anotado*, Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la UNMSM, Lima, 1966, p. 361.

[130] GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 249.

[131] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. Cit., p. 431; expresamente a favor de considerar

Es obvio, conforme la doctrina dominante ha admitido, que la protección penal del cheque ha buscado evitar que su eficacia como medio de pago se vea mermada por el uso indiscriminado de cheques sin sustento patrimonial alguno[132] lo que genera, como es evidente, que la confianza colectiva respecto al mismo como medio de pago resulte afectada[133]. Desde esa perspectiva, BALCARCE señala: "En las figuras penales relativas al cheque, la protección penal se ejerce sobre la confianza pública, y está orientada a evitar, más que directos perjuicios patrimoniales, los trastornos que puede causar la entrada en circulación de un documento espurio"[134].

Por estos motivos podemos decir, sin temor a equivocarnos, que el bien jurídico específicamente tutelado en el delito de libramiento indebido viene constituido por la "*seguridad del tráfico mercantil*", elemento funcional a la estabilidad del sistema crediticio. Esta identificación del bien jurídico vendría, como bien advierte PELÁEZ BARDALES, de la jurisprudencia y doctrina hispana[135]. El bien jurídico genérico provendría a ser la funcionalidad del sistema crediticio.

A este respecto, GARCÍA CAVERO ha refutado la tesis aquí defendida, postulada primigeniamente hace más de diez años[136], califi-

---

al patrimonio: CHIRINOS SOTO, Francisco. *Comentarios al nuevo CP del Perú*, primera edición, Lima, 1993, p. 301.

[132] Inciden sobre dicho aspecto: BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. Cit., pp. 431- 432; BRAMONT ARIAS, Luis & BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. Op. Cit., pp. 386- 387.

[133] GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 231.

[134] BALCARCE, Fabián. "Delitos cometidos con cheques", en: Vásquez, Humberto (Directores). *Derecho penal de los negocios,* Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 121.

[135] PELÁEZ BARDALES, Mariano. *El cheque. protección jurídica y el delito de libramiento y cobro indebido*, segunda edición, Grijley, Lima, 2001, p. 153.

[136] REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de Derecho penal económico. Parte general,* Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 387.

cándola de genérica e impráctica, resaltando una supuesta debilidad del planteamiento consistente en que desde dicha configuración del bien jurídico no permitiría calificar como penalmente relevante un solo supuesto de libramiento o cobro indebido de cheque pues dicho comportamiento aislado sería inidóneo para afectar el bien jurídico. En esa línea argumentativa, GARCÍA CAVERO propone identificar el bien jurídico con la "expectativa normativa de conducta de los agentes económicos referida al uso regular del cheque"[137].

La crítica de GARCÍA CAVERO parte de una incorrecta lectura de mi planteamiento. Conforme a nuestra postura, partiendo de la distinción entre el bien jurídico mediato y el bien jurídico inmediato[138], sostengo que el bien jurídico específicamente tutelado (esto es, el bien jurídico inmediato) es *la seguridad del tráfico mercantil* (y no el sistema crediticio como entiende GARCÍA CAVERO). Mi referencia al sistema crediticio está referida a su condición de bien jurídico genérico o mediato que refleja más bien la *finalidad objetiva de la norma*[139]; desde esa perspectiva, cualquier análisis de mi postura sobre el bien jurídico penalmente tutelado por el delito tendría que partir de la identidad del bien jurídico específico o inmediato que –citando a MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ– es "el que se incorpora al tipo de injusto o tipo de acción de la infracción delictiva de que se trate, en el sentido de que su vulneración (su lesión o su puesta en peligro) por parte de la acción del sujeto activo se erige como un elemento implícito indispensable de la parte objetiva de cualquier delito"[140].

---

[137] GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 250.

[138] Al respecto, véase: MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General,* segunda edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 158 ss.; REYNA ALFARO, Luis Miguel. "Delimitación conceptual del objeto de estudio del Derecho penal económico y de la empresa", en: El mismo (coordinador). *Derecho penal y modernidad,* Ara Editores, Lima, 2010, p. 268.

[139] MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. Cit., p. 159.

[140] MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. cit., p. 159.

Desacreditada la crítica de GARCÍA CAVERO, creemos necesario refutar su defensa de la *expectativa normativa de conducta de los agentes económicos referida al uso regular del cheque* como bien jurídico protegido en el delito de libramientos indebidos. Una de las críticas, entre las múltiples que podrían formularse a una posición funcionalista normativa como a la que adhiere GARCÍA CAVERO[141], es que su perspectiva impediría encontrar criterios de distinción entre los comportamientos penalmente relevantes de aquellos con mera trascendencia administrativa en la medida que tanto las prohibiciones penales como las administrativas parten del reconocimiento de ciertas expectativas normativas de conducta.

3. Tipo de lo injusto

"Art. 215º.- Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cinco años, el que gire, transfiera o cobre un cheque, en los siguientes casos:

1) *Cuando gire sin tener provisión de fondos suficientes o autorización para sobregirar la cuenta corriente;*
2) *Cuando frustre maliciosamente por cualquier medio su pago;*
3) *Cuando gire a sabiendas que al tiempo de su presentación no podrá ser pagado legalmente;*
4) *Cuando revoque el cheque durante su plazo legal de presentación a cobro, por causa falsa;*
5) *Cuando utilice cualquier medio para suplantar al beneficiario o al endosatario, sea en su identidad o firmas; o modi-*

[141] De raigambre jakobsiana y que, por lo tanto, pone en serio entredicho la propia existencia de la noción de bien jurídico y de su trascendencia como fin de la pena; al respecto, véanse nuestros cuestionamientos en: REYNA ALFARO, Luis Miguel. "Derecho penal, ética y fidelidad al Derecho: Una aproximación a las relaciones entre Derecho y Moral en el funcionalismo sistémico", en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo & ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Coordinadores). *Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo,* tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 765 y ss.

fique sus cláusulas, líneas de cruzamiento, o cualquier otro requisito formal del Cheque;

6) Cuando lo endose a sabiendas que no tiene provisión de fondos.

En los casos de los incisos 1) y 6) se requiere del protesto o de la constancia expresa puesta por el banco girado en el mismo documento, señalando el motivo de la falta de pago.

Con excepción delos incisos 4) y 5), no procederá la acción penal, si el agente abona el monto total del cheque dentro del tercer día hábil de la fecha de requerimiento escrito y fehaciente, sea en forma directa, notarial, judicial o por cualquier otro medio con entrega fehaciente que se curse al girador".

(Texto del Capítulo según modificatoria hecha por la Cuarta Disposición Modificatoria de la Ley nº 27287 del 19.06.2000).

i) Sujetos:

El sujeto activo puede ser cualquier persona natural que ejecute el comportamiento reprochable penalmente, incluyendo incluso a quien endose el cheque[142]. Evidentemente, quien ejecuta el libramiento indebido debe encontrarse en posición jurídica de girar el cheque, pero esta circunstancia no hace del delito uno especial[143].

En este caso, si entendemos que el bien jurídico tutelado es la "seguridad en el tráfico mercantil", el sujeto pasivo de la conducta resultaría ser la colectividad[144] que ve mermado su nivel de confianza sobre los instrumentos del tráfico mercantil[145].

---

[142] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. Cit., p. 432.

[143] Como propone GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., pp. 252-253.

[144] De similar opinión: BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. cit., p. 432.

[145] De distinta opinión es PELÁEZ BARDALES, quien al analizar los supuestos propios del Art. 215º C.P. ubica siempre como sujeto pasivo a la persona,

Esa circunstancia, sin embargo, no debe generar confusiones respecto al rol procesal que corresponde al destinatorio del cheque quien ve no satisfecho su derecho de crédito. Procesalmente, el directamente perjudicado por la conducta típica aunque no ostente la condición de *sujeto pasivo del delito* tiene la condición de agraviado y tiene, por tanto, plena legitimidad para intervenir como tal –como agraviado- y, de ser el caso, para constituirse como actor civil en el proceso penal. Lamentablemente –y esto es muy común en el plano de los delitos que tienen por objetivo proteger bienes jurídicos colectivos- nuestros Tribunales y el Ministerio Público suelen negar la intervención procesal del directamente agraviado a partir de la negación a su condición de *sujeto pasivo* del delito. Tal razonamiento incurre en el error de no reconocer los distintos planos en los que dichos conceptos operan: El concepto de *sujeto pasivo* es de naturaleza dogmática, los conceptos de *perjudicado, agraviado u ofendido* tienen naturaleza procesal e incluso criminológica (el concepto de víctima, por ejemplo). Ubicar ambas categorías –sujeto pasivo y agraviado- a un mismo nivel sólo puede generar resultados incorrectos.

ii) Actos Materiales

El delito de libramiento indebido contiene, a partir de la modificatoria operada a través de la Ley de Títulos Valores (en adelante LTV), seis supuestos de hecho diferenciados, los mismos que a continuación analizaremos:

1. Cuando el sujeto activo gire un cheque sin tener provisión de fondos suficientes o autorización para sobregirar la cuenta corriente

Para que este supuesto se concrete será necesario, conforme lo exige el carácter doloso del tipo, que el agente sepa que el cheque girado se encuentra sin un sustento patrimonio suficiente o que no cuenta con la autorización de la entidad bancaria para sobregirarse.

---

natural o jurídica, perjudicada directamente con la conducta típica, dando la impresión que, según su opinión, el interés afectado sería el patrimonio; al respecto: PELÁEZ BARDALES, Mariano. Op. Cit., p. 163 y ss.

Este supuesto supone a su vez una vulneración a la especificación hecha en el Art. 173 de la LTV que señala textualmente: "Para emitir un cheque, el emitente debe contar con fondos a su disposición en la cuenta corriente correspondiente, suficientes para su pago, ya sea por depósito constituido en ella o por tener autorización del banco para sobregirar la indicada cuenta".

Es necesario reconocer que los alcances de este supuesto típico no alcanzan al denominado *cheque de pago diferido,* regulado por el Art. 199° de la LTV. En efecto, dado que respecto a esta clase de cheque se establece en el mencionado precepto de la LTV que la condición para su pago es "que transcurra el plazo señalado en el mismo título", incorporarlo dentro del ámbito de cobertura del tipo penal resultaría contradictorio con los contenidos de la legislación extrapenal[146].

El giro de cheques sin provisión de fondos implica una serie de sanciones civiles, entre las que destacan: el cierre de las cuentas corrientes de quienes lo hubiesen girado (Art. 183.1 de la LTV), la publicación, a cargo de la SBS, en el Diario Oficial "El Peruano" de la relación de cuentas corrientes cerradas (Art. 183.2 de la LTV), la prohibición de ser beneficiario de créditos en cuenta corriente y sobregiros[147].

La doctrina se ha planteado algunas interrogantes respecto al momento en que la insuficiencia de fondos debe darse. Así, por ejemplo, GARCÍA CAVERO[148] y VALENCIA estiman que lo relevante es la ausencia de inmediatez de la cobertura al tiempo de su presentación. Por su parte, PEÑA CABRERA sostiene que es el momento del giro lo relevante, toda vez que, aun cuando al momento de su presentación el cheque puede tener provisión de fondos, ello no elimina la ilicitud de la conducta[149].

---

[146] En ese sentido GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., pp. 256-257.

[147] Con mayor detalle: BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo & CASTELLARES AGUILAR, Rolando. Op. Cit., p. 548 y ss.

[148] GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 255.

[149] Citados por: PELÁEZ BARDALES, Mariano. Op. Cit., pp. 165-166.

Es de remarcar que si bien, conforme al sentido literal posible, el tipo penal plantea que la ausencia de fondos o de autorización para sobregiro debe producirse al momento de giro del cheque, la práctica bancaria demuestra que lo trascendente para la efectiva comprobación de la comisión del hecho será el impago del cheque, lo que solo se verifica con la puesta cobro del mismo[150]. Este razonamiento es también aplicable a los supuestos de sobregiro que, en ocasiones, puede obtener autorización con posterioridad al giro del cheque[151].

Siendo cuestión problemática habitual en este tipo de delitos, debe discutirse la trascendencia penal de los supuestos en los que el giro del cheque (o el sobregiro) ha sido realizado cuando este carecía parcialmente de fondos. Ahora, desde la perspectiva estrictamente legal, es evidente que la referencia a la suficiencia de fondos alude a la cobertura total del importe del cheque, lo que determina que el pago parcial del cheque no implique la irrelevancia penal del hecho[152]. Este razonamiento, sin embargo, nada dice sobre los supuestos de bagatela, esto es, aquellos casos en los que el importe no cubierto del cheque es ínfimo.

En estos casos, en nuestra opinión, la solución, más que tratarse de supuestos de ausencia de tipicidad objetiva, podría ser hallada en el ámbito de la tipicidad subjetiva, al tratarse de casos en los que la escasa cuantía del importe no cubierto del cheque puede llevar a sostener el desconocimiento de la falta de fondos del mismo.

2. Cuando el agente frustre maliciosamente, por cualquier medio, su pago

Esta modalidad se produce cuando el sujeto activo, no obstante haber girado un cheque contando con la correspondiente provisión de

---

[150] Similar: GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 255.

[151] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. Cit., p. 432; MONTOYA MANFREDI, Ulises. Op. Cit., p. 522.

[152] En esa línea GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 257.

fondos, frustra su pago mediante una contra orden, retirando los fondos, bloqueando abonos, etc[153].

En estos casos, conforme resulta evidente, será responsable penalmente aquella persona que frustre el pago, así, cuando el título valor sea emitido por dos personas o más y solo una de ellas frustre el pago del mismo, solo esta resultara responsable, en la medida que los cofirmantes hayan desconocido de su accionar[154].

Ahora, es evidente que la obligación del girador respecto a la viabilidad del pago del cheque tiene límites temporales, los que están establecidos en el Art. 207° de la LTV[155]. Este razonamiento se sustenta en el hecho de que precisamente dicho dispositivo establece el plazo (treinta días) en que el girador debe necesariamente contar con fondos disponibles. Fuera de este plazo, la tutela penal del cheque se relativiza, como se desprende del cuarto supuesto del Art. 215° del CP que, al aludir al "plazo legal de presentación a cobro" del cheque, reconoce que la protección penal se limita al plazo en que sea legalmente exigible al girador que el cheque posea fondos.

3. Cuando gire un cheque a sabiendas que al tiempo de su presentación no podrá ser pagado legalmente

La conducta reprochable se concreta cuando el agente emite un cheque que si bien al momento de ser girado cuenta con provisión de fondos al momento de ser presentado a la correspondiente entidad bancaria, no podrá ser pagado legalmente. Desde esa perspectiva, se trata de una ley penal en blanco, en la medida que es requerida la complementación de la ley penal con normas extrapenales que establecen supuestos de impago del cheque[156].

---

[153] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. "Libramiento y cobro indebido", en: *Gaceta Jurídica*, tomo 82-B, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2000, p. 63.

[154] PELÁEZ BARDALES, Mariano. Op. Cit., p. 167.

[155] De la misma opinión GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., pp. 258-259.

[156] GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 260.

Un ejemplo típico es el de aquella persona que gira un título valor a sabiendas que se ha iniciado un proceso de quiebra o insolvencia[157], el embargo sobre las cuentas del girador o la suscripción del cheque por persona no autorizada para aquello o la suscripción del cheque por solo uno de los titulares de la cuenta (supuestos de cheque que requieren doble firma)[158].

4. Cuando el agente revoque el cheque durante su plazo legal de presentación a cobro, por causa falsa

El plazo legal para la presentación de un cheque es, en virtud a lo dispuesto en el Art. 207 de la LTV, de treinta días, sin importar si ha sido emitido dentro o fuera del territorio nacional. Si no existe revocatoria del cheque, este puede ser viabilizado hasta un año luego de emitido el título valor, en la medida que existan fondos disponibles, conforme precisa el Art. 208.4 de la LTV[159].

En el supuesto referido, el sujeto activo, dentro del plazo legal de presentación a cobro del cheque deberá haberlo revocado, argumentado causa falsa. La revocación del cheque solo podrá hacerse, a tenor de lo estipulado en el Art. 208 de la LTV, cuando haya vencido el plazo para su presentación, salvo mandato judicial.

A simple vista es posible observar que esta conducta se subsume en la "frustración maliciosa de pago", por lo que no vemos razones valederas para una tipificación independiente[160].

---

[157] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. Cit., p. 434; PELÁEZ BARDALES, Mariano. Op. Cit., p. 169; GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 261.

[158] GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 261.

[159] Con mayor precisión BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo & CASTELLARES AGUILAR, Rolando. Op. Cit., p. 588.

[160] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. Op. Cit., p. 63.

5. Cuando el agente utilice cualquier medio para suplantar al beneficiario o al endosatario, sea en su identidad o firmas; o modifique sus cláusulas, líneas de cruzamiento, o cualquier otro requisito formal del cheque

Este supuesto reprime una modalidad específica de falsedad, por lo que aun si no existiese dicha figura la punición sería alcanzada a través de los figuras contra la fe pública[161].

Como se aprecia, estamos ante una modalidad de medios indeterminados, por lo que suplantación del beneficiario o el endosatario puede ser realizada por cualquier mecanismo que sirva para producir error en la institución financiera respecto a la identidad o firma del beneficiario, o se afectan las cláusulas del cheque u otros elementos del mismo.

Es de precisar que este supuesto solo abarca los casos en los que, una vez girado el cheque, su beneficiario o el endosatario ven afectado su derecho a cobro como consecuencia de la suplantación de su identidad y firmas. No se comprende los supuestos en los que el cuentacorrentista ha sufrido la sustracción –no advertida– del cheque y se produce el llenado del cheque y posterior cobro del cheque, pues en estos casos no existe *beneficiario suplantado*.

6. Cuando el agente lo endose a sabiendas que el cheque no tiene provisión de fondos

El cheque resulta ser un título valor transmisible por endoso[162]. Es obvio que quien endosa un cheque sin provisión de fondos no hace

---

[161] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. Op. Cit., p. 64. No creemos, como GARCÍA CAVERO (GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 265), que la estafa pudiese da cobertura a estos supuestos pues en estos casos el engaño no recae sobre el titular de la cuenta corriente sino sobre la institución financiera.

[162] Al detalle sobre los artículos 204º y 205º de la LTV: BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo & CASTELLARES AGUILAR, Rolando. Op. Cit., pp. 583- 585.

sino mantener en el tráfico comercial un título valor sin sustento patrimonial alguno, con lo que, evidentemente, afecta el bien jurídico tutelado[163].

(iii) Consumación:

El delito de libramiento indebido encuentra su punto de consumación de manera diferenciada, según el supuesto de hecho que se maneje, aunque cada uno de ellos constituye por sí solo delito.

En el caso de los supuestos comprendidos en los párrafos 1, 3 y 5 del Art. 215° del CP, el delito se consuma en el momento en que se gira o se endosa el título valor sin provisión de fondos, constituyendo la imposibilidad de pago tan solo la verificación de peligrosidad de la conducta. Ahora, aunque existe la posibilidad de que un cheque sea girado sabiendo que carece de fondos pero este, por una circunstancia fortuita (el ingreso de un depósito no previsto en la cuenta corriente), es pagado por el banco, dicho supuesto, en mérito al contenido del derecho al secreto bancario no podría ser conocido por nadie más que el girador del cheque[164].

En cuanto al supuesto previsto en el párrafo 4° del Art. 215° del CP, el delito encuentra su momento de consumación cuando el agente realiza la conducta tendente a evitar el pago del título valor (revocación por causa falsa), es decir, cuando el autor formula la contraorden de pago y, como consecuencia de ello, el cheque pierde sus efectos cancelatorios al ser conocida por la entidad bancaria[165].

El segundo supuesto del Art. 215°del CP, por el contrario, al utilizar la expresión "frustrar", alude, conforme a su sentido literal posible, al "dejar sin efecto un propósito contra la intención de quien

---

[163] PELÁEZ BARDALES, Mariano. Op. Cit., p. 172.

[164] De distinta opinión BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. Cit., p. 434.

[165] BALCARCE, Fabián. Op. Cit., p. 131.

procura realizarlo", lo que constituye un resultado. El momento de consumación de este supuesto será cuando el autor produzca dicho resultado[166].

En la doctrina argentina, algunos autores sostienen que la consumación del delito no se produciría en el momento en que se gira el cheque ni en el momento en que este es puesto a cobro, sino cuando vence el plazo que otorga la ley para el abono del cheque luego del requerimiento de pago (en la legislación argentina es de 24 horas y en la nuestra tres días hábiles de la fecha de requerimiento escrito y fehaciente, sea en forma directa, notarial, judicial o por cualquier otro medio con entrega fehaciente que se curse al girador)[167]. Esta posición, sin embargo, debe ser refutada.

En primer lugar, porque consideramos que una tesis de este tipo sería contraproducente respecto a los fines de protección del cheque como medio de pago. La expectativa ciudadana respecto a la validez del cheque como medio de pago se debilita severamente si la ley habilita que el autor luego subsane su infracción.

En segundo lugar, la improcedencia de la acción penal –establecida en la parte final del Art. 215° del CP– en los casos en los que el agente abone el monto total del cheque dentro del tercer día hábil de la fecha de requerimiento escrito y fehaciente, responde a que, en dichos casos, opera una circunstancia de exclusión de pena fundada en consideraciones político criminales. El abono del importe del cheque dentro del plazo de tres días de formulado no opera, así las cosas, como una causa de atipicidad, sino como una causa de no punibilidad.

---

[166] De la misma opinión: GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 260.

[167] Así, autores como PARMA, BALCARCE, BREGLIA ARIAS Y GAUNA; al respecto: PARMA, Carlos. *CP de la nación argentina comentado*, tomo 3, Mediterránea/ Universidad Católica de Cuyo, Córdoba, 2005, p. 280; BALCARCE, Fabián. Op. Cit., p. 128.

(iv) Tipo Subjetivo

Este delito exige la presencia de dolo, esto es, el sujeto activo debe actuar con conciencia y voluntad que está realizando el comportamiento reprochado penalmente**.**

Es necesario advertir que en ciertos supuestos –como en los supuestos segundo y tercero del Art. 215° del CP– la represión del comportamiento se encuentra limitada a la concurrencia del dolo directo, debido a la utilización de referencias a la actuación "a sabiendas" o la realización del comportamiento "maliciosamente"[168].

IV. CUESTIONES PROCEDIMENTALES DEL DELITO DE LIBRAMIENTO INDEBIDO

Desde la entrada en vigencia del CP, ha sido tema recurrente en la persecución penal del delito de libramiento indebido la posibilidad de interponer, como medio de defensa, la cuestión previa[169], en la medida que el derogado Art. 215° del CP establecía: "En los casos de los incisos 1, 2 y 4 el agente debe ser informado de la falta de pago mediante protesto u otra forma documentada de requerimiento". La actual redacción del citado precepto ha omitido referirse expresamente al requerimiento previo, aunque la lógica nos lleva a afirmar su presencia pues aunque a primera vista pareciese que no es necesario requerir previamente al agente para la procedencia de la acción penal, al precisarse, con excepción de los incisos 4 y 5, que "no procederá la acción penal, si el agente abona el monto total del cheque dentro del tercer día hábil de la fecha de requerimiento escrito y fehaciente, sea en forma directa, notarial, judicial o por cualquier otro medio con entrega fehaciente que se curse al girador", resulta evidente la necesidad de un previo requerimiento que permita al agente abonar el monto total del cheque dentro del tercer día hábil.

---

[168] En ese sentido: PARMA, Carlos. Op. Cit., p. 280.

[169] Sobre dicha cuestión, previamente a la modificación del artículo 215 del CP: SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. I, reimpresión de la primera edición, Edit. Grijley, Lima, 1999, p. 264-266.

Ahora bien, el pago del cheque dentro del tercer día hábil del requerimiento constituye, conforme la doctrina penal mayoritaria ha afirmado, una excusa absolutoria o causa personal de exclusión de pena[170], lo que determinaría que se trataría de una circunstancia que tiene eficacia en clave de punibilidad.

La exigencia de requerimiento, según ha venido afirmando de manera reiterativa la jurisprudencia nacional, da la posibilidad de recurrir, en caso del incumplimiento de dicha exhortación, a la cuestión previa como medio de defensa. Para algún sector de la doctrina, entre los que destaca SAN MARTÍN CASTRO, dicha solución resulta incorrecta pues el requerimiento de pago está configurado más bien como una causa de exclusión de pena y no como presupuesto procesal, por lo que el medio de defensa a aplicar sería más bien la excepción de naturaleza o improcedencia de acción[171].

Por otra parte, el Art. 215° del CP exige que "en los casos de los incisos 1) y 6) se requiere del protesto o de la constancia expresa puesta por el banco girado en el mismo documento, señalando el motivo de la falta de pago". Esta exigencia, según la jurisprudencia, ha dado lugar a la procedencia de la cuestión previa[172], lo que para SAN MARTÍN CASTRO resulta también incorrecto en la medida que "constituye una exigencia que integra el tipo penal, que define la antijuridicidad penal de la conducta"[173], siendo procedente, por el contrario, la excepción de naturaleza de acción (en el CdPP) o de improcedencia de acción (en el CPP).

---

[170] SAN MARTÍN CASTRO, César. Op. Cit., p. 265.

[171] SAN MARTÍN CASTRO, César. Op. cit., p. 265.

[172] Así, entre otras, las ejecutorias de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reo Libre: Exp. 2103-97 (04.07.1997), Exp. 3464-97-A (29-08-1997); véase: LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel. *Jurisprudencia del Proceso Penal Sumario 1996-1997*, Grijley, Lima, 1999, pp. 381-383.

[173] SAN MARTÍN CASTRO, César. Op. Cit., p. 266.

CAPITULO V
LOS DELITOS CONCURSALES EN EL DP PERUANO

I. GENERALIDADES

Como su patrimonio se habría reducido a menos de la tercera parte por las pérdidas asumidas en los últimos ejercicios fiscales, la Compañía Industrial Oleaginosa S.A. (CINOLSA) solicitó el 26 de agosto de 1997 su declaración de insolvencia. El 2 de septiembre, TRANSUR S.A. también solicitó la insolvencia de CINOLSA porque sería acreedora de una obligación superior a 50 UITs, representada en una letra de cambio por S/.146.000,00 en la que CINOLSA habría avalado al aceptante. La Comisión de Calificación Empresarial del Colegio de Contadores Públicos de Lima resolvió ambos pedidos simultáneamente, solo amparó la solicitud de TRANSUR S.A. y CINOLSA fue declarada insolvente[174]. Sin embargo, el Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI constató una maquinación fraudulenta, ambas empresas estaban económicamente vinculadas y la letra de cambio se refería a un crédito inexistente[175]. Se declaró la nulidad de la Resolución de insolvencia y se puso el caso a consideración del Ministerio Público, pero los delitos de quiebra fraudulenta de los Arts. 209º y ss. del texto original del CP de 1991 no sancionaban estas formas de criminalidad concursal.

---

[174] Resolución Nº 003-96-CCE-CCPL/Exp. 035-96 de 12 de septiembre de 1996, D.O. El Peruano de 29-03-1997.

[175] Resolución Nº 079-97-TDC de 24 de marzo de 1997, D.O. El Peruano de 29-03-1997, fundamentos III.3 y III.4.

El Documento de Trabajo Nº 002-1999 del Área de Estudios Económicos del Indecopi, titulado "Fortalecimiento del sistema de reestructuración patrimonial: diagnóstico y propuesta"[176], precisa que no estamos ante casos aislados, la simulación de créditos es un instrumento utilizado por acreedores y deudores para obtener una declaración de insolvencia fraudulenta o para lograr una posición favorable en la junta de acreedores, en perjuicio del funcionamiento del mercado de créditos. Incluso se recurre a medios sofisticados de uso defraudatorio del sistema de reestructuración patrimonial, difíciles de detectar como el falseamiento de un crédito en un procedimiento judicial a fin de obtener una sentencia que, en calidad de cosa juzgada, se utiliza luego en un procedimiento concursal.

En el Derecho comparado es común controlar estas actuaciones fraudulentas con los medios del ordenamiento civil y mercantil, por ejemplo la nulidad de los negocios jurídicos que disminuyen ilícitamente el patrimonio del deudor. En Perú también podía recurrirse al Derecho administrativo, con mayores expectativas desde la vigencia de la Ley Nº 27146 de 24 de junio de 1999, de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial, cuya 11ª Disposición Complementaria por primera vez otorgó a la Comisión de Reestructuración Empresarial del Indecopi la facultad de sancionar hasta con 100 UITs las conductas fraudulentas que se realicen en un procedimiento concursal[177]. La capacidad de imponer sanciones administrativas de hasta 200 UITs por infracciones semejantes, fue otorgada luego a las Comisiones Ad-hoc a cargo de los Procedimientos Transitorios regulados por el Decreto de Urgencia Nº 064-99 de 1 de diciembre de 1999, aprobado por el Poder Ejecutivo con rango de Ley en virtud del Art. 118.19 de la Constitución, bajo el rótulo "Normas transitorias para el desarrollo de programas de saneamiento y fortalecimiento patrimonial de las empresas".

---

[176] Diario Oficial El Peruano de 17-03-1999, p. 10.

[177] La Ley Nº 27146 modificó principalmente el D. Leg. Nº 845 de 21-09-1996, Ley de Reestructuración Patrimonial. Ambas normas fueron luego integradas en un Texto Único Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial, aprobado mediante el D.S. Nº 014-99-ITINCI de 01-11-1999.

Posteriormente, el Art. 125º de la LGSC N° 27809 de 8 de agosto de 2002 vigente en octubre de 2002, reconoció a la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi, así como a las Comisiones creadas mediante convenios, la posibilidad de imponer multas de hasta 100 UITs, entre otros comportamientos puramente formales como la omisión de entrega de información (Art.. 125.1.a-b) o el incumplimiento de deberes legales del Presidente o Vicepresidente de la Junta de Acreedores (Art. 125.1.d). También se sancionan conductas de mayor gravedad como la violación de deberes de reserva (Art. 125.1.c) y la realización de fraudes por parte del deudor y de quien actúa en su nombre (Art. 125.2). De modo similar se prevé sanciones para el acreedor beneficiado, o quien actúa en su nombre, o que exige coercitivamente el cobro de un crédito inexigible (Art. 125.3).

El recurso al DP para proteger el sistema crediticio ha estado marcado por un profundo conservadurismo, debido a la vigencia hasta 1999 de tipos penales de estructura decimonónica, inmunes al desarrollo de la legislación administrativa sobre reestructuración patrimonial o concursal. Frente a ello, la 8ª Disposición Final de la Ley Nº 27146 modificó sustancialmente los tipos de insolvencias punibles de los Arts. 209º al 213º del CP de 1991. Posteriormente, la 1ª Disposición Final de la Ley Nº 27295 de 29 de junio de 2000 amplió el contenido de los tipos de los Arts. 209 y 211 del CP a fin de incorporar como contexto típico los procedimientos transitorios que instauró el Decreto de Urgencia Nº 064-99 de 1 de diciembre de 1999, y todo otro "procedimiento de reprogramación de obligaciones, cualesquiera fuera su denominación". La LGSC N° 27809 de 8 de agosto de 2002 no ha traído consigo modificaciones de los tipos previstos en el CP aunque, como consecuencia de la complementariedad penal administrativa, afecta de modo importante la regulación penal.

II. FUNDAMENTOS DE LA REFORMA PENAL CONCURSAL

La regulación penal de la quiebra fraudulenta en el CP de 1991 mantuvo las principales características del CP de 1863, texto que regulaba estos ilícitos dentro de los "Delitos contra la propiedad parti-

cular" (Sec. Duodécima del Libro Segundo), bajo la rúbrica "De los deudores punibles" (Tít. III), entre los Arts. 339º y 344º. Similar orientación asumió el CP de 1924 al incardinar en la Sec. Sexta del Libro Segundo, dedicada a los delitos contra el patrimonio, los "Delitos en la quiebra y en las deudas", criminalizando la quiebra fraudulenta del "comerciante declarado en quiebra" (Art. 252), la quiebra culposa del comerciante (Art. 253), la cooperación del director, administrador, gerente, contador o tenedor de los libros (Art. 254), la actuación fraudulenta del deudor no comerciante concursado civilmente (Art. 255) y la connivencia del acreedor para obtener un trato ventajoso por parte del deudor (Art. 256).

Ocho años después se promulgó la Ley Procesal de Quiebras Nº 7566 de 2 de agosto de 1932 que, sin derogar expresa o tácitamente los tipos penales del Código de 1924, introdujo en el Tít. Sexto denominado "Del procedimiento para calificar la quiebra y de las infracciones penales en materia de quiebra", una serie de disposiciones procesales y de derecho sustantivo, caracterizadas por un innecesario casuismo y la utilización de presunciones *iuris tantum* (Arts. 187º-192º) de responsabilidad penal, opuestas a los principios de culpabilidad[178] y presunción de inocencia. La conjunción entre las normas del CP de 1924 y los recelos en la aplicación estricta del desarrollo previsto en la Ley Procesal de Quiebras, además de factores vinculados a la selectividad en la persecución de estos hechos principalmente empresariales, pueden explicar la escasa relevancia jurisprudencial de estos delitos[179].

Los Proyectos de CP de septiembre de 1984, octubre/noviembre de 1984, agosto de 1985, marzo/abril de 1986, julio de 1990 y enero de 1991, no pretendieron la superación de estos inconvenientes. Este

---

[178] ROY FREYRE, Luis. *Derecho penal peruano. Parte Especial*, tomo III, Lima, 1983, pp. 273-274; GARCÍA RADA, Domingo. *Sociedad anónima y delito*, 2ª ed., Lima 1985, pp. 275 y ss.; UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José Carlos. "Quiebra fraudulenta", en: *Revista de Derecho de la empresa*, Nº 29, Lima, 1988, pp. 94-95.

[179] ESPINO PÉREZ, Jorge. *Código Penal*, 7ª ed., Lima 1988, pp. 330-332.

conformismo quedó reflejado en la regulación del CP de 1991, en el que se observa solo un cambio formal en la ubicación sistemática de estos ilícitos, que definitivamente abandonaron su sede entre los delitos patrimoniales para integrarse, conjuntamente con los delitos de usura y libramiento indebido, en el Tít. VI del Libro Segundo denominado "Delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios", en el Cap. I rotulado como "Quiebra".

Los Arts. 209º al 213º del texto de 1991, mantuvieron la estructura de los tipos del Código Maúrtua, se sancionaba la quiebra fraudulenta dolosa del "comerciante declarado en quiebra" que disminuía ilícitamente su patrimonio, simulaba tal disminución o favorecía indebidamente a un acreedor (Art. 209º). La criminalización se extendía al deudor no comerciante (Art. 212º) y al comerciante que por negligencia causaba su quiebra (Art. 210º). Estas conductas se sancionaban igualmente si las realizaba el director, administrador, fiscalizador, gerente o liquidador de la persona jurídica (Art. 211º), y eran penalmente perseguibles previa declaración de quiebra a nivel judicial, la cual operaba como requisito de procedibilidad[180]. El CP de 1991 también sancionaba la connivencia entre el acreedor y el deudor o un tercero, siempre que el convenio o transacción perjudicare a otros acreedores (Art. 213º), la criminalización se extendía al representante de la persona jurídica "en estado de quiebra" que participaba en el pacto ilícito. Al no haberse derogado la Ley Procesal de Quiebras, sus presunciones y casuismo estuvieron "formalmente en vigor" hasta fines de 1992, pese a que el Art. VII del CP de 1991 ya había proclamado el principio de culpabilidad[181].

---

[180] PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho penal. Parte Especial*, tomo II. Lima 1992, p. 420. Para GARCÍA RADA, Domingo. Op. Cit., p. 274, UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José Carlos. Op. Cit., p. 93, y SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*, volumen I, Grijley, Lima 1999, p. 262, se trataba de una condición objetiva de punibilidad. En igual sentido la SCS de 09-06-1903.

[181] PEÑA CABRERA, Raúl. Op. Cit., pp. 415-416.

Su derogación expresa operó recién con la 2ª Disposición Final del D. Ley Nº 26116 de 30 de diciembre de 1992, Ley de reestructuración empresarial vigente entre el 31 de diciembre de 1992 y el 21 de septiembre de 1996. Pero con esta Ley la realización de los delitos de quiebra fraudulenta del texto original del CP de 1991 era prácticamente imposible[182]. Desde la vigencia del D. Leg. N° 845 de 21 de septiembre de 1996, Ley de reestructuración patrimonial, a la quiebra antecede una declaración administrativa de insolvencia, en sede de la entonces denominada Comisión de Reestructuración Patrimonial, solo de optarse por la liquidación del deudor sus activos son aplicados al pago de las obligaciones conforme a la prelación legal, luego de lo cual se abre la posibilidad a una declaración judicial de quiebra. La quiebra se convirtió así en la medida a adoptar cuando los activos no satisfacen suficientemente las obligaciones, es decir en un momento en que tampoco existe patrimonio que permita realizar las conductas típicas que describía originalmente el CP de 1991[183]. De allí el claro sentido simbólico del Art. 23 de la original Ley de reestructuración empresarial, el D. Ley Nº 26116, según el cual "Las conductas punibles referidas a la quiebra de las empresas, se sujetarán a lo dispuesto en el Capítulo I del Título VI del Libro Segundo del CP".

El legislador no se preocupó en lo inmediato por superar esta situación. La 11ª Disposición Final del D. Leg. Nº 861 de 22 de octubre de 1996, Ley del Mercado de Valores (en adelante LMV), introdujo como circunstancia agravante de las conductas incriminadas en los Arts. 209º, 210º y 212º del CP, el supuesto de fraude en el marco de un proceso de titulización. También amplió el objeto material del delito del Art. 211º para incluir el patrimonio fideicometido, e incorporó el Art. 213-Aº que sanciona una especie de "malversación" de

---

[182] PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho penal. Parte Especial*, tomo II-B, Lima, 1995, p. 691.

[183] Área de Estudios Económicos del Indecopi. Documento de Trabajo Nº 002-1999, en Diario Oficial El Peruano de 17-03-1999, p. 12.

un patrimonio fideicometido o de los fondos de una sociedad de propósito especial. Por su parte, el D. Leg. Nº 845 de 21 de septiembre de 1996, Ley de reestructuración patrimonial, sustituyó y perfeccionó la regulación administrativa del D. Ley Nº 26116, pero sin prever la necesaria reforma de la ley penal, a diferencia, por ejemplo, de otras normas de relevancia socioeconómica, como la Ley de Derechos de Autor, D. Leg. Nº 822 de 24 de abril de 1996, que modificó completamente los Arts. 216º al 221º del CP de 1991. Por ello, también era simbólico el mandato del Art. 90 del D. Leg. Nº 845, a fin de que el juez que declare una posible quiebra fraudulenta oficie al Fiscal Penal de Turno, para que inicie las investigaciones por los delitos de quiebra del CP.

La reforma del DP concursal tuvo que esperar hasta la modificación del D. Leg. N° 845, a través de la Ley Nº 27146 de 24 de junio de 1999, cuya 8ª Disposición Final reformó los Arts. 209º al 213º del CP a fin de criminalizar conductas de insolvencia fraudulenta realizadas en el marco de los procedimientos administrativos de reestructuración patrimonial, contenido que fue ampliado a través de la Ley N 27295 de 29 de junio de 2000. Como se adelantó, este contenido penal no ha sido reformado por la LGSC N° 27809 de 8 de agosto de 2002 vigente desde octubre de 2002.

III. EL "SISTEMA CREDITICIO" COMO BIEN JURÍDICO-PENAL

La reforma de 1999 ha sustituido la denominación del Cap. I del Tít. VI del Libro Segundo del CP, por la expresión "Atentados contra el sistema crediticio". Teniendo en cuenta el actual contenido y estructura de los tipos de los Arts. 209º, 210º y 211º, el bien jurídico penalmente protegido es el sistema crediticio, como integrante del orden socio-económico. Esta concepción es central para la delimitación de los comportamientos criminalizados, caracterizar las técnicas de tipificación instrumentadas y evaluar el sentido de la regulación penal premial prevista en el Art. 212º y las disposiciones procesales del Art. 213º del CP y la 9ª Disposición Final de la Ley Nº 27146.

Dejando de lado las posturas que concretan el bien jurídico en la fe pública o la administración de justicia[184], el debate principal gira en torno al carácter patrimonial o socioeconómico de estos delitos. Desde una perspectiva estrictamente patrimonialista, se sostiene que el bien jurídico es el derecho del acreedor a la satisfacción de su crédito con el patrimonio del deudor, derecho de garantía que se reconoce al acreedor sobre todos los bienes, presentes y futuros del deudor. El sistema de protección y garantía del crédito en el ordenamiento civil está constituido por cauciones o garantías, de carácter personal o real, por medidas coercitivas y ejecutivas[185], al DP corresponde una intervención secundaria frente a los atentados graves contra el derecho de crédito del acreedor, de modo que el contenido de injusto vendrá representado por el peligro o daño que tal derecho pueda sufrir como consecuencia de la propia insolvencia del deudor[186].

Frente a esta tesis, se ha señalado que la bancarrota o insolvencia tiene incidencia en las relaciones económicas y no solo en las mercantiles, por lo que se trataría de un delito netamente socioeconómico[187],

---

[184] Vid. GÓMEZ PAVÓN, Carmen. "Las insolvencias punibles en el CP actual", en *CPC*, N° 64, 1998, pp. 38-39.

[185] DIEZ-PICAZO, Luis/GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho civil*, volumen II, 7ª ed., Madrid, 1995, pp. 172 y ss.

[186] LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Las quiebras punibles*, Barcelona, 1970, p. 145; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. "Las insolvencias punibles, a través del delito de alzamiento de bienes, en el CP", en: *ADPCP*, 1994, pp. 11-12; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995, p. 140; GONZÁLES RUS, Juan José. "Las insolvencias punibles", en: Cobo del Rosal (Dir). *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, volumen I, Madrid, 1996, p. 726; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte Especial*, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 392, 397, 398; VIVES ANTÓN, Tomás/GONZÁLES CUSSAC, José Luis. "De las insolvencias punibles", en: Vives Antón, Tomás (Coord). Comentarios al CP de 1995. Vol II. Valencia 1996, pp. 1274-1275; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "De las insolvencias punibles", en: Quintero Olivares (Coord). *Comentarios a la PE del DP*, Pamplona, 1996, pp. 533, 537-538.

[187] Esta es la postura prácticamente unánime en Alemania, Vid. TIEDEMANN, Klaus. *Insolvenz-Strafrecht*, 2a. ed., Berlin-New York, 1996, vor §283/1ss. En

planteamiento cuyo origen suele atribuirse a CARRARA[188]. El DP económico protege un conjunto de intereses que, pese a tener en algunos casos como punto de partida un interés estrictamente individual, como sucede con los derechos de autor o la propiedad industrial, están dotados de una dimensión colectiva o supraindividual porque permiten el funcionamiento del sistema económico. Esta conjunción entre lo individual y lo colectivo se observa en los delitos concursales. De un lado se tienen los intereses de los acreedores que, ante el fraude, reclaman la satisfacción de su crédito valorable en dinero. Pero existe un interés ulterior de carácter colectivo relacionado con la credibilidad en el sistema crediticio[189], el cual queda de lado bajo una concepción patrimonialista del interés protegido.

El crédito no es simplemente la suma de los derechos de los acreedores concretos, sino un instrumento de la economía en su conjunto que se concreta en un sistema crediticio, lo que se evidencia tomando en cuenta la entidad del daño económico que origina la sucesión de situaciones de insolvencia en el sistema económico[190]. Como señala BAJO FERNÁNDEZ, la importancia criminológica de las insolvencias puni-

---

la doctrina hispana, BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Barcelona, 1986, p. 314; QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª ed., Barcelona, 1992, p. 419-420; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Manual de Derecho penal. Parte especial (Delitos patrimoniales y económicos),* Madrid, 1989, p. 132, 395; PUGA VIAL, Juan Esteban. *Derecho concursal. Delitos de la quiebra*, Santiago, 1994, pp. 64 y ss.

[188] CARRARA, Francisco. *Programa de Derecho criminal. Parte Especial*, Vol. VII, Reimp. de la 4ª ed., Bogotá 1982, §3359.

[189] Documento de Trabajo Nº 002-1999, cit., p. 12.

[190] MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit., p. 396. En esa línea se insertan los considerandos del Decreto de Urgencia N° 064-99 de 1 de diciembre de 1999, cuando señala "el impacto que las crisis internacionales han tenido en nuestra economía, sumado al alto nivel de endeudamiento y la baja capitalización del sector empresarial, vienen produciendo crecientes dificultades para el acceso de las empresas a nuevos créditos, lo que a su vez afecta el flujo normal de la cadena de pagos de nuestra economía".

bles estriba en uno de sus efectos característicos: la reacción en cadena, pues se van transmitiendo de unos comerciantes a otros las dificultades de pago y las crisis, los despidos de trabajadores, el alza de interés en las instituciones crediticias, etc[191]. Un orden económico en el que es posible beneficiarse de un crédito y evitar el pago a los acreedores mediante actos fraudulentos, pierde la confianza de los operadores económicos y carece de viabilidad. Por ello precisa TIEDEMANN que el DP de la "bancarrota", tiene un objeto de tutela mixto, de una parte los intereses de los acreedores actuales a una satisfacción completa de sus pretensiones jurídico-patrimoniales, así como los intereses crediticios de los acreedores potenciales que ya mantienen una relación con el deudor, pero por otro lado se protege también la funcionalidad de la economía crediticia como un sistema de prestación de servicios, bienes y dinero[192].

Contra la consideración de la quiebra fraudulenta como delito socioeconómico, se ha señalado que los tipos penales suelen sancionar el alzamiento de bienes de poca relevancia o la quiebra de pequeños empresarios, casos en los que no se aprecia una afectación importante al orden socioeconómico o a la economía nacional. Este problema no se presentaría con la tesis patrimonialista que, además es compatible con la exigencia de requisitos de procedibilidad que obstaculizan la persecución penal directa de algunos de estos delitos, como se aprecia por ejemplo en la declaración de quiebra que requiere el Art. 260.1 del CP español. Asimismo, se ha sostenido que solo la presencia de un interés concreto individualizado puede dar lugar a la eficacia justificante del consentimiento de los acreedores[193], el cual sería irrelevante desde su consideración como ilícito socioeconómico.

---

[191] BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Op. Cit., p. 132.

[192] TIEDEMANN, Klaus. *Insolvenz-Strafrecht*, vor §283/57; EL MISMO. *Lecciones de Derecho penal económico,* Barcelona, 1993, pp. 217-218.

[193] DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Op. Cit., p. 13. MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit., pp. 396-397.

Estas críticas pueden matizarse en el sistema jurídico peruano. Contra el argumento de la sanción de comportamientos que por su poca relevancia no afectan el orden socioeconómico, cabe oponer de inicio el principio de insignificancia que implícitamente recoge el Art. IV del CP, según el cual la imposición de la pena está condicionada a la lesión o puesta en riesgo de un bien jurídico-penal, lo que excluye de plano la sanción de las conductas de bagatela o que afectan de modo insignificante el interés tutelado, pues en tales casos no existe merecimiento de pena[194]. Como se desarrollará posteriormente, la concreción del bien jurídico en el orden socioeconómico no enerva la necesidad de que los tipos penales se refieran concretamente a la lesión o puesta en riesgo del bien macrosocial, pues en tales casos cobra relevancia el uso de objetos con función representativa.

El entendimiento de que el carácter patrimonial del bien jurídico logra explicar la existencia de requisitos de procedibilidad, como la previa declaración judicial de quiebra a iniciativa del acreedor, constituye un matiz ajeno a la estructura de los delitos contra el sistema crediticio del CP peruano. La reforma de 1999, mediante la Ley Nº 27146, ha renunciado definitivamente a la exigencia de declaración de quiebra y establece como contexto típico de los delitos de los Arts. 209º al 211º, la existencia de un procedimiento concursal -de insolvencia, simplificado o concurso preventivo- que puede ser iniciado directamente por el propio deudor[195]. La misma orientación prevé la LGSC, como puede observarse en los Arts. 24.1º y 103.1º de la Ley N° 27809.

La reforma de 1999 sigue planteando importantes inconvenientes para aceptar la eficacia justificante del consentimiento del acreedor, la única forma de que uno o más titulares de un derecho crediticio puedan otorgar un consentimiento eficaz en el marco de un procedimiento con-

---

[194] CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, Lima, 1999, p. 44ss.

[195] Vid. Arts. 5, 91 y 105 del T.U.O. de la LRP, D.S. Nº 014-99-ITINCI de 01-11-1999.

cursal, es respetando los cauces previstos en las normas de reestructuración patrimonial, como por ejemplo la reprogramación de obligaciones por parte de la junta de acreedores, o la aprobación de un convenio de liquidación o convenio concursal. Como establece el Art. 209, el deudor que dispone de los bienes según dicha reprogramación o convenio no realiza un acto típico, el presupuesto básico de estos delitos viene dado por la violación fraudulenta del régimen concursal al que están sometidos el deudor y sus bienes. De esta manera, un "consentimiento" del acreedor conforme al marco legal vigente, no determina la presencia de una causa de justificación según los términos del Art. 20.10º del CP, lo que concuerda con el carácter colectivo e indisponible del bien jurídico. En tales casos no existe siquiera tipicidad objetiva, no existe el perjuicio para los acreedores que exige el pf. 1 del Art. 209º del CP.

El carácter socioeconómico de los delitos concursales en nuestro ordenamiento obedece asimismo a su no regulación en el Título V del Libro Segundo relativo a los delitos patrimoniales, sino en el Título VI rubricado como "Delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios". Pese a la vaguedad de esta rúbrica, la doctrina nacional ha venido entendiendo que la confianza y la buena fe en los negocios constituye un principio fundamental que rige las relaciones negociales pero entabladas en el marco socioeconómico[196].

Debe tenerse también en cuenta que las infracciones concursales eran sancionadas en primer término por órganos administrativos como la ex Comisión de Reestructuración Empresarial del INDECOPI y antes también por las Comisiones Ad-hoc; *de lege ferenda* con la LGSC po-

[196] PEÑA CABRERA, Raúl. Op. Cit., II-B, p. 642; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto/ GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho penal. Parte especial,* 4ª ed., Lima, 1998, pp. 400-401; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico*, Lima, 1997, p. 33; ANGELES GONZÁLES, Fernando/FRISANCHO APARICIO, Manuel/ROSAS YATACO, Jorge. *Código Penal. Parte especial*, Vol. III, Lima, pp. 1364-1365; NOGUERA RAMOS, Iván. *Delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios,* Lima, 1998, p. 52.

drán imponer sanciones la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi y las Comisiones creadas mediante convenios. Ello refleja que la tutela del crédito no se concibe como un asunto estrictamente civil o mercantil, sino desde una perspectiva netamente pública. Esta intervención del poder sancionador administrativo no es otra cosa que una injerencia estatal en la economía en orden a proteger un interés colectivo. Es cierto que contra esta concepción puede oponerse que el Art. 213 condiciona la persecución penal a la voluntad individual del acreedor, configurándose un modelo de ejercicio privado de la acción, pero tampoco cabe olvidar que el propio Art. 213 prevé una regla de intervención subsidiaria en el sentido que, con o sin el consentimiento de los acreedores, el INDECOPI puede denunciar el hecho directamente ante el Ministerio Público, con lo que se acentúan las posibilidades de persecución oficial.

Partiendo del planteamiento de SCHÜNEMANN en torno a los "delitos con bien jurídico intermedio espiritualizado"[197], se sostiene que en el DP económico es posible identificar la protección de un bien jurídico mediato que se concreta en el orden socioeconómico y múltiples bienes jurídicos inmediatos o intermedios, como la libre competencia, la competencia leal, los derechos de los consumidores, los derechos intelectuales, etc., que dotan de contenido a los tipos penales y respecto de los cuales debe exigirse la lesión o puesta en riesgo[198]. En todo caso,

---

[197] SCHÜNEMANN, Bernd. "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits-und Gefährdungsdelikte", en: *Juristische Arbeitsblätter,* 1975, p. 798; ROXIN, Claus. *Strafrecht. AT.,* T I. 3ª ed., München 1997, §11/126; JAKOBS, Günther. *Strafrecht. AT*, 2ª ed., Berlin-New York, 1991, 6/88.

[198] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, pp. 300-304, propone esta técnica para la tutela de los bienes jurídicos supraindividuales, institucionalizados o espiritualizados, o "intereses difusos" no reconducible a bienes individuales, sino que se refieren a estructuras o instituciones básicas en el funcionamiento del Estado o del sistema social, como ocurre en los delitos socieconómicos o contra el ambiente natural. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico. Parte General,* Tirant lo Blanch, Valencia 1998, pp. 98-

quizás es más propio referirse a "objetos con función representativa" u "objetos representantes de bienes jurídicos colectivos", y no a la existencia de "bienes jurídicos intermedios", pues la finalidad del planteamiento consiste en instaurar una tutela más eficaz de los bienes colectivos a través de sus objetos representantes, lo que no equivale a convertir a estos últimos en bienes jurídicos intermediarios (intermedios) entre los colectivos y los individuales[199].

La protección del sistema crediticio no opera pues como un fin en sí mismo, sino por su función para el mantenimiento del orden socioeconómico como bien colectivo. El sistema crediticio, entendido como el conjunto organizado de relaciones jurídico-crediticias, se erige como uno de los pilares básicos del modelo de economía social de mercado que adopta la Constitución (Art. 58), porque multiplica las relaciones de intercambio de bienes y servicios en el sistema económico. En ese contexto, el único bien jurídico merecedor y necesitado de protección penal, al ser complementario de bienes individuales, es el orden socioeconómico, compuesto además por otros sectores de gran trascendencia como la libre competencia o el sistema de recaudación tributaria. Consecuentemente, el sistema crediticio es instrumento u objeto al servicio de este bien jurídico colectivo y, de ese modo, al servicio de los bienes individuales complementados que se concretan en el patrimonio de los acreedores reales y potenciales.

Como veremos luego, los tipos de los Arts. 209º y ss. del CP están configurados como de lesión del sistema crediticio, aunque vistos desde el patrimonio de los acreedores se observa que no sancionan la incobra-

---

100, considera que esta construcción sería "perfectamente trasladable a los delitos económicos en sentido estricto" y explica que la técnica para tutelar aquellos bienes jurídicos inmateriales dignos de tutela penal consiste en construir la figura delictiva sobre la base de un bien jurídico intermedio "representante" o con función representativa.

[199] KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdungals Straftat*, Frankfurt am Main, 1989, p. 310; JAKOBS, Günther. Op. Cit., 6/88; CARO CORIA, Dino Carlos. Op. Cit., pp. 510 y ss.

bilidad de las acreencias, sino una situación de riesgo de incobrabilidad que se acrecienta con las conductas incriminadas. En ese sentido, los delitos comentados sancionan la lesión del sistema crediticio pero adquieren justificación material, en orden al merecimiento de pena, porque sirven a intereses patrimoniales individuales, como se aprecia en la propia redacción del Art. 209 que vincula el hecho a un perjuicio, real o potencial, para los acreedores, exigencia ausente para la realización de la tipicidad administrativa que regula la 11ª Disposición Complementaria de la LRP y *de lege ferenda* el Art. 125.2-3 de la LGSC.

IV. PROBLEMAS RELATIVOS A LA COMPLEMENTARIEDAD ADMINISTRATIVA

1. La complementariedad normativa-conceptual

La reforma de 1999 satisfizo la necesidad de articular la tutela administrativa y penal[200]. El distanciamiento de los delitos de quiebra de la regulación administrativa en materia concursal, prevista primero en el D. Ley N° 26116, luego en la LRP y finalmente en la LGSC, había determinado la imposibilidad de realizar estos ilícitos. Si al DP le corresponde una intervención de *ultima ratio* y si la eficacia de su tutela está vinculada al concurso de otros mecanismos de control, de modo que al DP no lo quede "todo por hacer", entonces es necesario que la regulación de los delitos concursales tome en cuenta el sentido de los preceptos administrativos. Esta consecuencia del principio de unidad del ordenamiento jurídico se expresa a través de las técnicas de complementariedad administrativa[201].

Los problemas que trae consigo la simultanea protección administrativa y penal en el ordenamiento socioeconómico, son de plena

---

[200] Documento de Trabajo Nº 002-1999, cit., p. 12.

[201] CORCOY BIDÁSOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia 1999, pp. 122 y ss.; GONZÁLEZ GUITIAN, Carlos. "Sobre la accesoriedad del Derecho penal en la protección del ambiente", en: *EPC*, N° XIV, p. 117ss.

actualidad en nuestro sistema jurídico. Obedecen a diversos factores, entre ellos la proliferación en los últimos años de entidades administrativas con poder sancionador –como el INDECOPI–, sobre la base de infracciones genéricamente descritas y en muchos casos semejantes a las de carácter penal, sin que existan criterios claros de delimitación o incluso permitiéndose la acumulación de estas sanciones en una lógica de *bis in idem*[202].

La Ley N° 27146 que reformó los delitos concursales del CP en 1999 tuvo en cuenta estos inconvenientes, pero solo de modo parcial. Sin adoptar un modelo extremo se decantó por una relativa complementariedad administrativa[203], los tipos penales describen el contenido esencial de las conductas típicas y la pena, pero guardando relación con los preceptos administrativos de la Ley de Reestructuración Patrimonial, mediante la instauración de elementos normativos como "acreedor", "crédito", "insolvencia", "suspensión de la exigibilidad de las obligaciones", entre otros. Este modelo se conoce como complementariedad normativa-conceptual, se basa en la introducción de conceptos administrativos en el DP[204], pero tiene como principal inconveniente la movilidad de los términos mediante meras reformas administrativas, más flexibles y preparadas para ello, con los consiguientes desajustes en el ámbito penal[205].

Este problema se presentó en la regulación de los delitos contra el sistema crediticio, la Ley N° 27146 de 24 de junio de 1999 señaló como contexto típico los procedimientos de insolvencias, el simplificado y el

---

[202] DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. "Notas sobre la potestad sancionadora de la administración pública", en: *Ius et Veritas* , N° 10, Lima, 1995, pp. 149 y ss; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. Cit., p. 185.

[203] HEINE, Günther. "Accesoriedad administrativa en el Derecho penal del medio ambiente", en: *ADPCP*, 1993, pp. 295-297.

[204] DE LA MATA BARRANCO, Norberto. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa,* Barcelona, 1996, p. 78; GONZÁLEZ GUITIAN, Carlos. Op. Cit., p. 121.

[205] GONZÁLEZ GUITIAN, Carlos. Op. Cit., pp. 121-122.

concurso preventivo. Cinco meses más tarde, el Decreto de Urgencia N° 064-99 de 1 de diciembre creó un nuevo procedimiento concursal denominado "transitorio", a través de los cuales no era posible cometer los delitos de los Arts. 209º y ss. del CP. Como consecuencia de esta reforma administrativa, los tipos penales presentaban un déficit de complementariedad administrativa, el cual solo pudo superarse siete meses después mediante la reforma de los Arts. 209º y 211º del CP a través de la Ley N° 27295 de 29 de junio de 2000, aunque no sin críticas como se verá luego. Dicha Ley incorporó en el CP, como contexto típico de los Arts. 209º y 211º, los procedimientos transitorios y todo "otro procedimiento de reprogramación de obligaciones cualesquiera fuera su denominación", cláusula general de gran utilidad a fin de mantener actualizados los tipos penales. De este modo, aunque la LGSC no trae reformas penales específicas, los citados tipos del CP no perderán eficacia pues tanto el nuevo "procedimiento concursal ordinario" como el nuevo "procedimiento concursal preventivo" pueden subsumirse en esa expresión "otro procedimiento de reprogramación de obligaciones".

2. Criterios de delimitación de la infracción penal frente a la administrativa

El principal problema se plantea con relación a los límites del poder sancionador administrativo. Antes de la Ley N° 27146 que reformó la LRP los órganos administrativos del INDECOPI a cargo de los procedimientos concursales carecían de facultades sancionatorias, lo que contrastaba con el poder otorgado por ejemplo a las Comisiones de Competencia Desleal y Libre Competencia para imponer multas a las personas naturales o jurídicas ante la infracción de los preceptos administrativos. Por otra parte, la concepción del DP como *ultima ratio* debía extender la criminalización solo contra los graves atentados al sistema crediticio, de forma que la ausencia de un régimen sancionador para los comportamientos de menor relevancia podía permitir una inconveniente zona de impunidad. Sin un previo control administrativo, los riesgos de ineficacia de la intervención penal serían mayores, de allí que la 11ª Disposición Complementaria de la Ley Nº 27146 otorgó poder a la Comisión de Reestructuración Patrimonial para imponer multas

de hasta 100 UITs al deudor, a la persona que actúa en su nombre, así como al administrador o liquidador que realiza actos fraudulentos en un proceso concursal.

Los tipos administrativos de los numerales 1, 2 y 3 de esta 11ª Disposición guardan particular semejanza con el texto reformado del Art. 209 del CP, lo que obliga a delimitar el ámbito de las infracciones penales y administrativas para evitar el *bis in idem*. Este problema se mantendrá *de lege ferenda* porque los nums. 2 y 3 del Art. 125º de la LGSC prácticamente reproducen el texto de los tipos administrativos de la 11ª Disposición Complementaria de la Ley N° 27146. Pues bien, la Ley N° 27146 establece una cláusula general de gravedad que excluye, de plano, la criminalización de la bagatela, el último pf. de la 11ª Disposición Complementaria establece que cuando a criterio de la Comisión de Reestructuración Patrimonial "la infracción observada revista especial gravedad", esta debe inhibirse y poner los actuados a disposición del Ministerio Público para que evalúe la existencia de responsabilidad penal. Del mismo modo se pronuncia el Art. 131 de la LGSC aunque en el contexto de la Comisión de Procedimientos Concursales y las Comisiones creadas en virtud de Convenios. Así, la tipicidad penal precisa de un mayor disvalor de acción y/o de resultado, cuya verificación debe obedecer a criterios objetivables como los montos defraudados, el grado de disminución de la masa del deudor, la entidad del medio fraudulento desplegado, la capacidad de recuperación de los créditos o el grado de afectación de la cadena de pagos.

No se comprende por qué la valoración de la gravedad y el carácter penal de la infracción, corresponde a un ente administrativo (la Comisión) que no pocas veces puede ser reticente a una "intromisión judicial" por un hecho suscitado en su "ámbito de poder". Por esa vía se relaja el principio de legalidad procesal a favor de una suerte de "oportunidad administrativa", no siempre vinculada a las consecuencias del principio de igualdad. El principal antecedente de esta tendencia en nuestra legislación se manifiesta en el ámbito penal tributario, conforme al Art. 7 del D. Leg. N° 813 de 20 de abril de 1996, la capacidad de instaurar un proceso penal está condicionada a un

requisito de procedibilidad consistente en la denuncia ante el Ministerio Público por parte del órgano administrador del tributo (SUNAT). Esta decisión ha sido objeto de importantes críticas: la administración "puede elegir a sus víctimas", se incrementa el riesgo de una actuación arbitraria frente al particular, el carácter colectivo del bien jurídico no se condice con una persecución semi-pública, ello implica un sometimiento del Poder Judicial a las decisiones de la Administración que socava la división de poderes, y de la complejidad técnica de la materia no se deduce la necesidad de una renuncia a la calificación del hecho por parte del Ministerio Público[206].

Ahora bien, junto a este criterio de la gravedad el pf. 1 *in fine* del Art. 209º del CP exige la realización de las conductas "en perjuicio de los acreedores". La consumación del tipo administrativo, tanto en la Ley de RRP como en la LGSC, no precisa de tal perjuicio, aunque genera confusión que la 11ª Disposición Complementaria de la LRP tenga por rótulo "Facultades de la Comisión para sancionar actos fraudulentos *en perjuicio de los acreedores*". Pero esta rúbrica no forma parte del tipo administrativo, es una declaración que no vincula la interpretación del contenido de la infracción, especialmente porque el Derecho administrativo sancionador no es tributario del principio de lesividad, solo persigue la ordenación de sectores de la actividad o la tutela de un modelo de gestión sectorial[207]. De esta manera, la evitación de perjuicio para los acreedores a que se refiere este rótulo, debe entenderse como la meta final de la intervención administrativa que, en lo inmediato, no persigue más que controlar los comportamientos disfuncionales dentro del sistema de reestructuración patrimonial. Más adecuada por ello es la expresión neutral "Infracciones y sanciones" del Art. 125º de la LGSC.

---

[206] SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*, Vol II, Lima, 1999, pp. 976-977.

[207] HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, Valencia, 1999, p. 39 ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "¿Política criminal moderna? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo CP español", en: *AP*, 1998, p. 442.

La exigencia de perjuicio para los acreedores debe entenderse como una condición específica de la mayor gravedad que otorga carácter penal a la infracción, es decir como fundamento del merecimiento de pena. El perjuicio puede ser real o potencial, el primer caso equivale a la incobrabilidad de los créditos, por ejemplo cuando el deudor enajena onerosamente todos sus bienes registrables a favor de terceros que obran con buena fe registral e inscriben su derecho, lo que impide definitivamente el cobro por el amparo legal de estas transferencias[208]. El perjuicio potencial se manifiesta mediante el aumento no permitido del riesgo de incobrabilidad, si el deudor celebra contratos simulados que son jurídicamente nulos o si paga violando la prelación legal a uno de sus acreedores a cambio de una condonación del 50% de la deuda. Aunque es posible imaginar casos en los que el medio defraudatorio utilizado por el autor puede lesionar gravemente las legítimas expectativas o la confianza de los acreedores, el perjuicio penalmente relevante en el contexto del pf. 1 *in fine* del Art. 209º debe ser de carácter patrimonial, en el sentido de afectar las posibilidades de satisfacción de las acreencias. Con esta línea de interpretación se adopta el presupuesto político criminal que legitima la protección de los bienes jurídicos colectivos como complementarios de los bienes individuales[209].

Con ello no debe perderse de vista que el bien jurídico protegido en estos delitos es el orden socioeconómico en el ámbito del sistema crediticio. La "especial gravedad" que delimita el ilícito penal frente al administrativo, no radica solo en la afectación de los intereses patrimoniales de los acreedores. Este único criterio es insuficiente pues los ilícitos administrativos que tipifica la 11ª Disposición Complementaria de la LRP, también contemplan situaciones de desmedro patrimonial mediante el "ocultamiento de bienes", "simulación de deudas", etc.

---

[208] Art. 2014º del Código Civil y Art. 19 *in fine* de la LRP.

[209] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Los bienes jurídicos colectivos", en: El mismo. *Control social y sistema penal,* Barcelona, 1987, pp. 196-197; MATA Y MARTÍN, Ricardo. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro,* Granada 1997, p. 71; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Op. Cit., p. 208.

3. La lesión del "sistema crediticio" como condición del ilícito penal

Es necesario por ello, como se advertía anteriormente, que la especial gravedad se exprese en un mayor disvalor de acción y/o de resultado, para lo cual cuenta el grado de afectación del sistema crediticio o la afectación de la cadena de pago a través de los acreedores, entre otros criterios. Esta perspectiva valorativa conduce a calificar el delito del Art. 209º del CP como uno de lesión del sistema crediticio, condición que lo diferencia de la infracción administrativa, puramente formal y ajena al principio de lesividad.

Uno de los principales problemas en los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos, radica en identificar el disvalor de resultado. Se ha señalado que si estamos ante bienes jurídicos de gran entidad como el ambiente natural, la libre competencia o la recaudación tributaria, la afectación no puede ser consecuencia de un comportamiento individual sino de la pluralidad de comportamientos que solo conjuntamente ponen en riesgo o lesionan el interés supraindividual[210]. En esa línea, si la vinculación al principio de lesividad exige en el caso del Art. 209º del CP la afectación del "sistema crediticio", ella difícilmente podrá ser producto de un único comportamiento defraudatorio, el alzamiento de bienes (inc. 1) en una gran empresa no acarrea el colapso del sistema crediticio, las personas no dejarán de otorgar préstamos, los deudores no dejarán de pagar sus créditos ni se romperán todas las cadenas de pago del país.

Esta situación ha motivado, entre otros, dos planteamientos poco conciliables: la asunción de la categoría de los delitos de acumulación (*Kumulationsdelikte*) y el escepticismo –cuando no la renuncia– a la intervención penal frente a estos comportamientos. La primera dirección apuesta por la instauración de tipos delictivos que describen

[210] SCHÜNEMANN, Bernd. "¿Ofrece la reforma del DP económico alemán un modelo o un escarmiento?", *en: A.A.V.V. Jornadas sobre la reforma del Derecho penal en Alemania,* Madrid, 1991, pp. 35-36.

comportamientos cuya realización múltiple se espera con certeza y no solo hipotéticamente, de modo que el efecto de la acumulación es nocivo para el bien jurídico[211]. De esa manera, la sanción penal de los comportamientos del Art. 209º del CP se justificaría como medio de control de lo verdaderamente perjudicial para el bien jurídico, es decir la reiterancia o acumulación. Las críticas contra este planteamiento son inmediatas, se trata de grandes riesgos que no deben contemplarse como consecuencia de actos individuales sino como un problema sistémico, las conductas típicas no afectan por sí mismas el bien jurídico, se relajan los principios de culpabilidad y proporcionalidad porque al autor no se atribuye solo el injusto propio sino además el ajeno, y se sanciona la bagatela antes que los comportamientos de entidad suficiente para la intervención penal[212]. Estos problemas surgen pues de la pretensión de imputar problemas sistémicos a individuos concretos[213].

Estas consideraciones, consecuentes con una vinculación estricta al principio de lesividad, han conducido a la revisión de los fundamentos de la intervención penal en el terreno de los bienes jurídicos colectivos y plantear como hipótesis la derivación del control hacia el Derecho administrativo sancionador o hacia un Derecho de intervención (*Interventionsrecht*), ubicado entre el DP y el Derecho administrativo sancionador, entre el Derecho civil y el Derecho Público con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del DP, pero a su vez con sanciones menos intensas para los sujetos[214]. Aunque no es po-

---

[211] KUHLEN, Lothar. "Umweltstrafrecht auf der Suche einer neue Dogmatik", en: *ZStW*, 105, 1993, pp. 716-717.

[212] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del Art. 325 del CP", en: *LL 1997/3;* EL MISMO. "¿Política criminal"moderna?", p. 1717.

[213] MÜLLER-TUCKFELD, Jens. "Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts", en: *Vom Unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt, 1995, p. 478.

[214] HASSEMER, Winfried. Op. Cit., cit., p. 72; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "¿Política criminal moderna?", pp. 447-448; LÜDERSSEN, Klaus. "Zurück

sible detenernos ahora en una valoración detallada de este interesante planteamiento de *lege ferenda*, debe quedar claro que la búsqueda de alternativas fuera del DP exige agotar las posibilidades de concretar un disvalor de resultado en los delitos que pretenden "proteger bienes jurídicos colectivos", de modo que la intervención penal en tales ámbitos, concretamente en el sector de los atentados contra el sistema crediticio que aquí interesa por sus problemas de *lege lata*, pueda delimitarse aún conforme al principio de lesividad.

En esa perspectiva, no debe olvidarse que la lesión del bien jurídico, colectivo o individual, no solo puede alcanzarse mediante la destrucción del interés sino también mediante su menoscabo o deterioro[215]. La lesión de un bien propio del DP económico no tiene porqué acarrear la destrucción de toda la economía de mercado, esta puede verse afectada si la gerencia general de una empresa con miles de trabajadores y varios millones de soles en pérdidas y deudas, decide ante la inminente declaración de insolvencia y posible quiebra, ocultar gran parte de su patrimonio y derivarlo mediante operaciones bancarias difíciles de descubrir a una nueva empresa creada mediante testaferros.

Tampoco debe pasarse por alto que, como se indicó anteriormente[216], la tutela del bien colectivo puede realizarse mediante la tipificación de su lesión o puesta en concreto peligro en función de "objetos con función representativa". Como precisa MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, la protección de todo bien colectivo debe operar mediante delitos erigidos en relación a un objeto con función representativa, que es el que ha de resultar inmediatamente lesionado o puesto en concreto peligro por el

---

zum guten alten, liberalen, anständigen Kernstrafrecht?", en: Bollinger/ Lautmann. *Vom Guten, das noch stets das ßöse schafft,* Frankfurt, 1993, p. 268 y ss.

[215] BARBERO SANTOS, Marino. "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto", en: *ADPCP*, 1973, p. 488; TORÍO LÓPEZ, Ángel. "Los delitos de peligro hipotético", en: *ADPCP,* 1981, p. 826; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Op. Cit., p. 213 ss.

[216] Vid. Supra III.

comportamiento típico individual, y sin que sea necesario verificar esa efectiva lesividad para el bien colectivo mediatamente tutelado, dado que la "abstracta peligrosidad" de la conducta típica para este último reside en la lesión o peligro concreto reiterado y generalizado para el objeto representante. Por ello, para la imputación subjetiva es suficiente que la imprudencia o el dolo del agente abarquen únicamente el conocimiento de los elementos típicos, es decir la vulneración del objeto con función representativa inmediatamente protegido y sin que sea necesario probar el conocimiento en torno al bien colectivo. De esa manera, el menoscabo del bien jurídico "representado no posee relevancia directa alguna ni en el tipo objetivo, ni en el subjetivo"[217].

De la necesidad de proteger el orden socioeconómico como fundamento de la criminalización de los "atentados contra el sistema crediticio", no se deriva que los tipos deban erigirse en función de la lesión o puesta en peligro de todo el sistema socioeconómico. Si la intervención penal opera en este caso a través del objeto con función representativa "sistema crediticio", entonces la lesividad debe buscarse en el grado de afectación de dicho sistema.

Esta perspectiva conduce por otra parte a dejar de lado la "necesidad" de instrumentar fórmulas de mera peligrosidad *ex ante* del comportamiento o de peligro abstracto[218]. El alegato a favor de los tipos de abstracta peligrosidad en este sector suele obedecer a la configuración del injusto sobre la base de los bienes jurídicos individuales y no en función de la autónoma consideración de los bienes jurídicos colectivos que se pretende proteger. El principal fundamento para la exclusión de los delitos de mera peligrosidad radica, como precisa

---

[217] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. Cit., pp. 98-99. Similar, RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. Op. Cit., pp. 301-302; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Delitos de peligro y criminalidad económica,* inédito, Jerez, 1985, pp. 67-69; FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios,* Valencia, 1996, pp. 87-88; ARROYO ZAPATERO, Luis. "Derecho penal económico y Constitución", en: *Revista Penal*, N° 1, 1996, pp. 7-8.

[218] CARO CORIA, Dino Carlos. Op. Cit., pp. 506 y ss.

BUSTOS RAMÍREZ, en que "desde una debida caracterización del bien jurídico colectivo se pueden construir en relación a él –y no al bien jurídico complementado (*individual*)– delitos de lesión o de peligro concreto"[219].

El carácter complementario de los bienes colectivos no implica que los delitos que se configuren para protegerlos hayan de ponerse, para definir su estructura, en relación a los bienes jurídicos individuales complementados. La tutela del interés colectivo no equivale a la protección de la suma de intereses individuales sino de las condiciones que permiten garantizar en el caso concreto su indemnidad, como objeto diferenciado y anticipado de tutela y única forma posible de prevenir su lesión[220]. Donde a primera vista podría afirmarse la mera peligrosidad abstracta para un bien individual y por consiguiente la crítica por la violación del principio de lesividad[221], deberá observarse más bien la lesión o la puesta en concreto peligro de un bien colectivo[222] y, consecuentemente, la salvaguarda de dicho principio.

---

[219] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. Cit., p. 198.

[220] MAQUEDA ABREU, María Luisa. "La idea de peligro en el moderno Derecho penal", en: *AP*, 1994, p. 492; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos", en: *CPC*, N° 39, 1989, p. 741; LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en Derecho penal*, Valencia, 1992, pp. 120-121.

[221] FIANDACA, Giovanni. "La tipizzazione del pericolo", en: *Materiali per una reforma del diritto penale*, Milano, 1987, pp. 455 y ss.

[222] TIEDEMANN, Tiedemann. *Poder económico y delito*, Barcelona, 1985, p. 36; OTTO, Harro. "Rapport national", en: *RIDP*, 1983, p. 550; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993, pp. 159-161; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho penal. Parte general,* 4ª ed., Barcelona, 1994, p. 264; ESCRIVÁ GREGORI, José. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, Barcelona, 1976, p. 115; LAURENZO COPELLO, Patricia. Op. Cit., p. 121; MAQUEDA ABREU, María Luisa. Op. Cit., p. 492; GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Delito ecológico*, Barcelona, 1998, p. 116; FARALDO CABANA, Patricia. Op. Cit., p. 87.

El riesgo de asumir una argumentación puramente gramatical que legitime el peligro abstracto para bienes individuales, mediante la introducción de la categoría "bienes colectivos" y la "conversión" del peligro abstracto en un resultado lesivo o peligroso[223], puede superarse a través de tres exigencias que evitan una tutela demasiado anticipada o con límites materiales poco reconocibles. Por una parte el bien colectivo debe determinarse de acuerdo con los principios de merecimiento y necesidad de pena, lo que excluye la administrativización de la intervención penal o el deseo de proteger meras unidades funcionales de valor[224]. En segundo término, la peligrosidad de la conducta para un bien individual no equivale a la lesión o puesta en peligro concreto de un bien colectivo, la imputación objetiva de un resultado lesivo o de peligro para el bien colectivo precisa de una verificación *ex post* ajena a los delitos de mera conducta peligrosa. Como precisa GARCÍA RIVAS, para la imputación objetiva del resultado típico que afecta al bien colectivo debe analizarse el fin de protección de la norma, lo que restringe considerablemente la tipicidad a diferencia de un delito de peligro abstracto para un bien individual[225].

Estos criterios de imputación permiten tomar distancia de la criminalización del riesgo abstracto pero, al igual que en los delitos que afectan bienes individuales, el principio de insignificancia debe excluir la tipicidad de aquellos comportamientos que se realizan en resultados bagatelares de lesión o puesta en concreto peligro del objeto representante del bien colectivo[226]. A esta interpretación favorece no solo el

---

[223] Así, críticamente SANTANA VEGA, Dulce. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid, 2000, pp. 175-176.

[224] CARO CORIA, Dino Carlos. Op. Cit., p. 41 ss.

[225] GARCÍA RIVAS, Nicolás. Op. Cit., p. 111 ss.

[226] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. Cit., p. 99. Este correctivo no es ajeno a los defensores de la técnica del peligro abstracto a fin de adecuarla al principio de *ultima ratio*, pero pese a que acarrea una incongruencia sistemática es instrumentado a nivel procesal pues, en sentir del Tribunal Federal Constitucional Alemán "la prohibición constitucional contra el

contenido del Art. IV del CP, sino también la exigencia de la 11ª Disposición Complementaria de la LRP, en el sentido que el ilícito penal conlleve "especial gravedad", exigencia que *de lege ferenda* mantiene el Art. 131 de la LGSC.

De acuerdo con estas consideraciones debe entenderse que el Art. 209 del CP tipifica un delito de lesión del "sistema crediticio". En un sistema jurídico que garantiza la no prisión por deudas (Art. 2.24.c de la Constitución), la existencia de un crédito impago no determina por sí mismo la presencia de un riesgo penalmente relevante. En ese marco, desde el punto de vista del patrimonio de los acreedores las conductas del Art. 209º del CP implicarían la superación del riesgo penalmente permitido y a lo sumo una puesta en peligro concreto del patrimonio por el riesgo de incobrabilidad. La norma no exige una situación de irrecuperabilidad del crédito, ni siquiera como condición objetiva de punibilidad, que permita apreciar la lesión del bien[227].

Pero lo relevante para el tipo penal no radica en la afectación del bien individual complementado a cuyo servicio se encuentra el "sistema crediticio". Es la afectación de este sistema lo que dispensa de contenido antijurídico a las conductas del Art. 209º, a diferencia de la 11ª Disposición de la Ley de Reestructuración Patrimonial o del Art. 125º de la LGSC, aquí no se sanciona la mera violación de las reglas de funcionamiento de los procedimientos concursales. Aunque los supuestos de la infracción administrativa y penal son semejantes, es de exigirse para la ilicitud penal la lesión del sistema crediticio, según lo antes expuesto ello no debe implicar la destrucción del bien, es suficiente su menoscabo. De esta manera, por ejemplo, si el representante del deudor sometido a un procedimiento de insolvencia oculta bienes por un

---

exceso permitiría tanto una solución material como una formal (procesal)", Vid. sentencias de 17-1-1979 y 9-3-1994 sobre el caso del Cannabis.

[227] Solo desde una concepción personal del patrimonio, en el sentido defendido por OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 5ª ed., Berlin-New York, 1998, §38/I1, podría apreciarse un delito de lesión patrimonial.

valor que no repercute en la capacidad de pago de su representado o no ahonda profundamente su incapacidad, solo realiza el ilícito administrativo de la 11ª Disposición Complementaria de la LRP o del Art. 125.2.a de la LGSC. La infracción administrativa se consuma con el mero ocultamiento sin necesidad de repercusiones negativas para los fines del procedimiento concursal. Por el contrario, si el ocultamiento o la simulación de pérdidas determinan o agravan la incapacidad de pago se realiza el ilícito penal, en ese caso se menoscaba el sistema crediticio en tanto se frustran los fines del sistema concursal orientado a permitir una recuperación ordenada hasta donde el patrimonio del deudor lo permita.

4. Regulación del *ne bis in ídem*

La discusión relativa a la identidad de garantías en el ordenamiento administrativo sancionador y el penal como expresiones de un mismo *ius puniendi*, es relativamente reciente en Perú[228]. El debate tampoco está terminado en el Derecho comparado, se acepta que el ejercicio sancionador por parte de la Administración debe someterse básicamente a los límites del DP[229], pero se evalúa aún la intensidad de dicho sometimiento, en el sentido de si las sanciones administrativas suelen ser menos graves que las penales (al menos no pueden acarrear la privación de libertad) y si las necesidades de eficacia de la intervención administrativa, pueden fundamentar la exigencia de garantías más flexibles que las del sector penal[230]. Por ese camino se resguardaría un núcleo básico de garantías para el *ius puniendi* administrativo, como los principios de

---

[228] DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. Op. Cit., pp. 149 y ss; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. Cit., p. 185.

[229] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "La autotutela. Los límites del poder sancionador de la administración pública y los principios inspiradores del DP", en: *RAP*, N° 126, 1991, pp. 253 y ss.

[230] CID MOLINE, José. "Garantías y sanciones (argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas", en: *RAP*, N° 140, 1996, pp. 131 y ss. En la misma línea se expresó PEÑA CABRERA, Raúl. Op. Cit., Parte especial III, pp. 167-168.

legalidad y culpabilidad, pero se renunciaría a otras como la lesividad o la legalidad procesal, en pro de una mayor eficacia.

Este debate no afecta la vigencia del principio de *ne bis in idem* en el ámbito administrativo; reina acuerdo en que la interdicción de la sanción o persecución múltiple por un mismo contenido de injusto es una garantía irrenunciable en todo ejercicio punitivo[231]. Uno de los aspectos más controvertidos, especialmente de cara al sentido de la legislación, radica en la vinculación a este principio cuando la persecución o sanción operan en distintos ordenamientos sancionatorios, es decir en el penal y el administrativo[232]. La legislación peruana por lo general ha expresado reticencias a reconocer expresamente que el *ne bis in idem* debe regir también en estos casos, incluso se ha acudido no pocas veces, sobre todo en las normas administrativas, a declaraciones de que la sanción administrativa se impondrá "sin perjuicio de la penal", lo que obliga a limitar esta posibilidad a aquellos casos en los que no se viola el *ne bis in idem*, es decir a los supuestos de concurso ideal entre una infracción administrativa y otra penal en los que la sanción múltiple se sustenta en injustos de diferente contenido[233].

Antes de la Ley N° 27444 del Procedimiento Administrativo General de 11 de abril de 2001, solo excepcionalmente se reconocía la interdicción del *bis in idem*, un ejemplo importante se observaba en los Arts. 12 y 30 de la Ley N° 26821 de 26 de junio de 1997, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, cuyo texto permitía deducir la imposibilidad de acumular consecuencias penales y administrativas. No obstante, pese a que el Art. 230.10 de la Ley N° 27444 establece bajo la rúbrica *Non bis in idem* que, con carácter general no se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción

---

[231] TRAYTER JIMÉNEZ, Joan/AGUADO I CUDOLÀ, Vicenc. *Derecho administrativo sancionador,* Barcelona, 1995, pp. 71 y ss.

[232] *Ibid.*, pp. 77-79.

[233] CARO CORIA, Dino Carlos. Op. Cit., pp. 128-129.

administrativa por el mismo hecho cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento, la problemática subsiste en cuanto a la determinación de las reglas que deben regir las no siempre coordinadas relaciones entre el poder administrativo y penal.

El Art. 159.5 de la Constitución establece que el ejercicio de la acción penal compete al Ministerio Público y el Art. 139.2 pf. 2 reconoce la primacía de la jurisdicción, por lo que solo en apariencia hace falta una regulación general que zanje a nivel legislativo a quién corresponde, por ejemplo, evaluar el carácter administrativo o penal de la infracción, o qué posibilidades tiene la Administración si el Juez penal absuelve de la acusación por ausencia de tipicidad, pero da el hecho por acreditado[234]. El primer intento de regular estos aspectos, aunque solo para el ámbito de los procedimientos concursales, se observa en el último pf. de la citada 11ª Disposición Complementaria de la LRP, según el cual si se ha impuesto una sanción administrativa al infractor, ya no cabe el inicio de la acción penal por tales hechos. Luego precisa que si a criterio de la Comisión de Reestructuración Empresarial la infracción reviste especial gravedad, esta debe inhibirse de pronunciarse sobre el caso y poner los actuados a disposición del Ministerio Público para los fines correspondientes. Siguiendo esta misma orientación, el Art. 131º de la LGSC establece que tras una sanción administrativa no cabe el ejercicio de la acción penal, y si la Comisión de Procedimientos Concursales o las Comisiones creadas por convenio consideran que la infracción es de especial gravedad, corresponde derivar los autos al Ministerio Público.

Con ello se regula principalmente la garantía procesal del *ne bis in idem*, aunque es posible derivar de allí consecuencias compatibles con el *ne bis in idem* material, las que en todo caso rigen en virtud del Art. 230.10 de la Ley N° 27444. En efecto, un aspecto positivo de la 11ª

[234] Cuestiones planteadas por DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier. *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, Barcelona, 1998, pp. 583 y ss.

Disposición Complementaria de Ley de Reestructuración Patrimonial y del Art. 131 de la LGSC es que se orientan a evitar la doble persecución frente al mismo contenido de injusto con lo que se establece, aunque con cierta timidez, la regla básica del *ne bis in idem* procesal. Esta garantía se fundamenta en la libertad y seguridad de la persona, en virtud de las cuales no se puede someter a esta a un múltiple riesgo real mediante la persecución, el Estado tiene una sola oportunidad para perseguir y sancionar al ciudadano por la realización de un injusto, si la pierde, ya no puede ejercerla, así se invoquen defectos técnicos o perspectivas jurídicas diversas para resolver el asunto[235].

De esta premisa se derivan un conjunto de consecuencias que la LRP y la LGSC regulan parcialmente. Si se parte de la vinculación al principio de legalidad y la supremacía del Poder Judicial frente a la Administración Pública, esta última debe abstenerse de intervenir o proseguir el procedimiento sancionador si los hechos pueden calificarse como delito o falta, debiendo archivar la causa y derivarla al Ministerio Público[236]. Las citadas leyes no asumen expresamente esta deseable consecuencia, como se criticó anteriormente se distancian de la legalidad procesal y abren paso a una lógica de "oportunidad administrativa", al permitir que sea la Comisión de Reestructuración Patrimonial o fuera la Comisión de Procedimientos Concursales y las Comisiones creadas por convenio, quienes califiquen la relevancia penal del hecho. Este problema tampoco se supera con la regulación del Art. 230.10 de la Ley N° 27444.

Otros corolarios del *ne bis in idem* procesal se relacionan con la cosa juzgada, si la jurisdicción penal concluye que los hechos son inexistentes o no están probados, ningún otro órgano puede pretender acreditar lo contrario mediante una nueva investigación, debiendo tenerse por inocente al ciudadano por tales hechos[237]. Cuando los hechos están

---

[235] SAN MARTÍN CASTRO, César. Op. Cit., vol. 1, pp. 62, 64.

[236] *Ibid.,* p. 62.

[237] VIVES ANTÓN, Tomás. *La libertad como pretexto*, Valencia, 1995, p. 361.

probados y la absolución penal obedece a razones jurídicas, tampoco es posible el inicio de alguna investigación por el mismo injusto porque implicaría someter al sujeto a un riesgo múltiple[238]. Pero la LRP y la LGSC regulan de modo inverso estos casos, establecen que si la Comisión respectiva impuso sanción administrativa ya no es posible iniciar acción penal por tales hechos, con lo que parecen consolidar una regla de supremacía administrativa frente a la titularidad de la acción penal que compete de modo exclusivo al Ministerio Público, según el Art. 159.5 de la Constitución.

Aunque no se recoge expresamente, es posible deducir de la Ley aspectos relacionados con la garantía de *ne bis in idem* material, tradicionalmente entendida como la prohibición de la sanción múltiple ante la triple identidad de sujetos, hecho y fundamento o bien jurídico[239], lo que sí reconoce en esos precisos términos el Art. 230.10 de la Ley N° 27444. En sentido normativo, la prohibición surge cuando el contenido del injusto administrativo puede subsumirse en el injusto penal, de modo que nos encontramos ante un supuesto semejante al concurso aparente de delitos o unidad de ley[240]. Sin embargo, cuando ambos injustos tienen contenido distinto, debe admitirse la sanción múltiple por el mismo hecho, bajo la misma lógica del concurso ideal de delitos. Esta posibilidad no ha sido contemplada en la LRP ni en la LGSC pese a lo cual es posible defender esta conclusión mediante la extensión a este ámbito de las reglas concursales que rigen en el DP. A ello no se opone el Art. 230.10 de la Ley N 27444 porque en tales supuestos no se aprecia identidad de fundamento; lo mismo cabe deducir del Art. 230.6 que regula el "Concurso de infracciones".

Pero el principal problema que aquí se plantea deriva de lo antes criticado. Si la Comisión de Reestructuración Empresarial o las Comi-

---

[238] *Ibid.,* p. 364.

[239] DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier. Op. Cit., pp. 455 y ss.

[240] GARCÍA ALBERO, Ramón. *Non bis in ídem material y concurso de leyes penales*, Barcelona, 1995, p. 64.

siones a cargo de los Procedimientos Concursales evalúan y deciden la gravedad característica de la infracción penal, de no recurrirse a criterios normativos como los aquí planteados[241], es posible que supuestos de trascendencia penal sean directamente sancionados por la Administración aun en contra del principio de legalidad. La regulación examinada establece que aun en tales casos no es posible la acumulación de sanciones, lo que en rigor es correcto en tanto que al particular no le corresponde asumir las consecuencias negativas de un "error administrativo". No obstante, estos problemas de calificación jurídico-penal de los hechos investigados por la autoridad administrativa deben resolverse según el mandato constitucional del Art. 159.5 que otorga al Ministerio Público la facultad de determinar la relevancia penal de los hechos y formular la respectiva denuncia ante el Poder Judicial.

Estos criterios deben regir *de lege ferenda* para delimitar las infracciones penales frente a los ilícitos administrativos de la LGSC, no contemplados en la actual LRP. Las formas de incumplimiento de entrega de información a la autoridad administrativa (Art. 125.1.a-b de la LGSC) puede revestir relevancia penal dentro de los alcances del Art. 242 del CP cuando la omisión es imputable al director, administrador o gerente de una empresa deudora, acreedora, administradora o liquidadora en el procedimiento concursal, y siempre que la información tenga carácter económico, industrial o mercantil. De modo similar, la ilicitud administrativa consistente en la violación del deber de reserva por parte del acreedor (Art. 125.1.c de la LGSC) puede implicar consecuencias penales dentro de los alcances del tipo de violación del secreto profesional del Art. 165 del CP.

5. Inicial desvinculación a los "procedimientos transitorios"

Los delitos contra el sistema crediticio no se extendían originalmente a las infracciones cometidas en los "procedimientos transitorios", creados posteriormente mediante el Decreto de Urgencia Nº 064-99 de

[241] Vid. Supra IV.2.1.

1 de diciembre de 1999 y que no correspondían a los procedimientos de insolvencia, simplificado o concurso preventivo. Este Decreto fue aprobado por el Poder Ejecutivo con rango de Ley en virtud del Art. 118.19 de la Constitución, precepto que limita este poder extraordinario del Presidente de la República a asuntos económicos y financieros, dentro de los cuales no se incardina la materia penal, de allí que dicho Decreto de Urgencia no podía acarrear una nueva reforma del CP, lo que generó cierto debate relativo a los medios de prevención de los fraudes realizados mediante estos procedimientos.

Debe tenerse presente que los pfs. 1 y 2 del Art. 17º del Decreto facultaron a las Comisiones Ad-hoc a cargo de los procedimientos (concursales) transitorios a imponer multas de hasta 200 UITs por las mismas infracciones administrativas previstas en la 11ª Disposición Complementaria de la LRP. Esta solución presentó tres inconvenientes para un Derecho administrativo sancionador vinculado a las garantías básicas del *ius puniendi*[242], primero se apreciaba un alejamiento de la reserva de ley en tanto se establecieron sanciones mediante un instrumento jurídico limitado a la materia económica y financiera. En segundo término se relajó el principio de certeza porque se recurrió a una remisión estática a la LRP, sin establecerse el contenido esencial de la conducta infractora, exigencia mínima para la constitucionalidad de una norma sancionadora en blanco. Finalmente, se dejó de lado el principio de proporcionalidad fundado en la "prohibición del exceso", pero también el de igualdad, porque la sanción fijada en el Decreto de Urgencia podía alcanzar el doble de la prevista en la LRP tras su reforma a través de la Ley N° 27146, de forma que dos injustos similares y orientados al mismo fin se sancionaban de manera muy distinta.

La intervención penal frente a los fraudes cometidos en estos procedimientos transitorios se limitaba, en consecuencia, a la que podía

[242] TRAYTER JIMÉNEZ, Joan/AGUADO I CUDOLÀ, Vicenc. Op. Cit., pp. 37 y ss., 62 y ss., 89 y ss.

derivar del DP patrimonial, concretamente de tipos como la apropiación indebida (Art. 190º), la estafa (Art. 196º) o el fraude en la administración de personas jurídicas (Art. 198º). Pese a estas posibilidades, el Decreto de Urgencia no reguló el *ne bis in idem*, solo se limitó a señalar en el pf. 4 del Art. 17º que las sanciones administrativas podían imponerse "sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar", lo que significó un retroceso frente al avance en esta materia previsto en la Ley N° 27146.

Estos problemas no se han superado totalmente a través de la Ley N° 27295 de 29 de junio de 2000, la que se limitó a extender la prohibición penal específica de los Arts. 209º y 211º del CP frente a los fraudes cometidos mediante procedimientos transitorios u otros de reprogramación de obligaciones, sin ampliar la eficacia del *ne bis in idem* por lo que solo cabrá recurrir a la regla general del Art. 230.10 de la Ley N° 27444. Tampoco se adecuó el poder sancionador administrativo, conforme al principio de proporcionalidad, en los procedimientos transitorios, a los que pudieron acogerse los deudores hasta el 31 de marzo de 2001, en virtud de la ampliación prevista por el Art. 1 del Decreto de Urgencia N° 116-2000 de 27 de diciembre.

Sin embargo, un importante aporte de la Ley N° 27295 radica en la incorporación de esa cláusula general en los Arts. 209º y 211º del CP, relativa a "*otro procedimiento de reprogramación de obligaciones cualesquiera fuera su denominación*", expresión que como bien se advirtió permite la actualidad de los tipos penales frente a los esperados cambios de la legislación concursal administrativa, la que puede variar con facilidad los nombres de los procedimientos, instaurar nuevos o derogar otros. Ello ha quedado demostrado con la LGSC que elimina los procedimientos de reestructuración patrimonial, el concurso preventivo y los procedimientos simplificados, instaurando un "*procedimiento concursal ordinario*" y un "*procedimiento concursal preventivo*", de modo que los fraudes concursales que pudieran cometerse a través de los mismos quedarán conminados por los tipos de los Arts. 209º y siguientes del CP puesto que se trata de "*procedimientos de reprogramación de obligaciones*".

V. DELITOS CONCURSALES

1. *Nomen iuris* y ubicación sistemática

La reforma de 1999 reemplazó la denominación original del Cap. I del Tít. VI del Libro Segundo del CP de 1991, por la expresión "Atentados contra el sistema crediticio". Esta rúbrica es suficientemente descriptiva del objeto afectado por los comportamientos típicos de los Arts. 209º y ss., pero puede plantear confusiones frente al ámbito de regulación de los "Delitos financieros" tipificados por los Arts. 244º y ss., orientados en general a proteger relaciones crediticias enmarcadas en el orden socioeconómico[243].

Esta posible coincidencia se limita al plano formal, los delitos de los Arts. 209º, 210º y 211º solo pueden cometerse en el marco de un procedimiento concursal seguido ante el INDECOPI o sus órganos afiliados, mientras que los delitos financieros se realizan a través de entidades bancarias, financieras o que operan con fondos del público, es decir las reguladas por la Ley N° 26702, LGSFS. Las situaciones de insolvencia o quiebra de dichas entidades no se regulan mediante los procedimientos concursales de la LRP, tampoco quedarán abarcadas por la LGSC, de allí que los tipos de los Arts. 209º y ss. del CP no protegen las relaciones crediticias especialmente tuteladas por la LGSFS.

Pese a estos diferentes niveles de protección, es importante tener en cuenta la relevancia que se aprecia en el Derecho comparado de recurrir a otras denominaciones que permiten advertir, ya desde el *nomen iuris*, la presencia de un interés distinto al de los delitos bancarios[244]. Teniendo en cuenta la estructura de los nuevos delitos que tienen como con-

---

[243] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto/GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. Cit., p. 447; TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho penal económico*, pp. 35-36.

[244] Delitos de insolvencia (*Insolvenzstraftaten*) en el CP alemán, Insolvencias punibles en el CP español, Organización fraudulenta de la insolvencia (*Organisation frauduleuse de l'insolvabilité*) en el CP francés o Delitos concursales (*Reati fallimentari*) en el CP italiano.

texto de realización los procedimientos concursales de la Ley de reestructuración patrimonial, una denominación más adecuada podría ser la de "Delitos concursales", la que coincide plenamente con los alcances de la LGSC que regula procedimientos concursales. La rúbrica "Delitos de insolvencia" expresaría de modo parcial el contenido de los tipos del CP que extienden la tutela a las conductas realizadas mediante procedimientos ajenos a la insolvencia, es decir el procedimiento simplificado y el concurso preventivo. Asimismo, el rótulo "Insolvencias punibles" sería además impreciso porque la 11ª Disposición Complementaria de la LRP establece tipos administrativos que también prevén conductas de insolvencias punibles.

Como se advirtió anteriormente, el CP excluyó los delitos de quiebra fraudulenta de los ilícitos patrimoniales, pero tampoco los incardinó dentro de los "Delitos contra el orden económico" del Tít. IX, optando por regularlos, junto con la usura y los libramientos indebidos, bajo el rótulo "Delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios" del Tít. VI, no exento de críticas por su vaguedad pero perteneciente al orden socioeconómico a juicio de la doctrina[245]. La necesidad de renunciar al contenido original de los Arts. 209º y ss. del CP, fue quizás la razón más inmediata para que la reforma de 1999 solo sustituyera su contenido mediante los nuevos delitos contra el sistema crediticio, sin derivarlos directamente al Título de delitos económicos o regularlos como parte de la LRP.

A la vista de la expansión del DP complementario y el no excepcional alejamiento de las garantías mediante una legislación que tiende hacia la administrativización[246], resulta adecuada la elección de tratar estos delitos dentro del CP, aunque quizás hubiera sido más conveniente su inclusión en el Tít. IX de ilícitos contra el orden económico, decisión que tampoco ha adoptado la nueva LGSC. Una razón de esta conve-

---

[245] Vid. Supra III.

[246] CARO CORIA, Dino Carlos. *Legislación complementaria sistematizada,* Lima, 2002, p. 5.

niencia radica en que la reforma tuvo que mantener la vigencia del Art. 213º-A introducido entre los delitos de quiebra fraudulenta en 1996 por el D. Leg. N° 861, LMV, tipo penal que persigue una meta muy distinta a la protección del sistema crediticio.

2. Disminución del patrimonio concursal

El Art. 209º del CP ya no criminaliza un supuesto de "quiebra fraudulenta"como aún se sostiene en la doctrina nacional[247], desde la reforma de 1999 el tipo no se refiere más a la quiebra, la cual implica una etapa judicial posterior a los procesos concursales administrativos (Art. 88º de la LRP, Arts. 88.7 y 99.1 de la LGSC), que es donde se sitúa la prohibición penal. Tampoco es acertada la denominación "insolvencias punibles" porque el tipo contempla la posibilidad de que el ilícito se consume en el ámbito de procedimientos distintos a la insolvencia, como el procedimiento simplificado, el concurso preventivo y, mientras subsistan sus efectos, el transitorio. *De lege ferenda*, con la LGSC, solo se tienen los procedimientos concursales ordinarios y preventivos.

Se prevé un delito especial, el tipo señala como autor a quien tiene la calidad de deudor, quien actúa en su nombre, al administrador y al liquidador. Estas calidades deben entenderse en el contexto de los procesos concursales, regidos por la LRP y sus múltiples modificaciones, normas administrativas que imponen a estos sujetos deberes especiales cuya violación fundamenta el disvalor de la acción típica. Actualmente el concepto de deudor no está expresamente definido en la regulación administrativa, podría plantearse su deducción, a *contrario sensu*, a partir de la definición de "acreedor impago" prevista en el Art. 1º de la LRP. Entonces, deudor sería quien tiene deudas exigibles y no pagadas dentro de los 30 días desde el vencimiento. Sin embargo, no debe perderse de vista que el citado Art. 1º de la LRP establece el concepto de acreedor solo "para efectos de la declaración de insolvencia", por ello es muy limi-

[247] BRAMONT ARIAS, Luis/ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. *Código penal anotado*, 4ª ed., Lima, 2001, p. 382.

tada la noción de deudor que de allí pueda derivarse. No es conveniente asumir una definición *a contrario* si se piensa, por ejemplo, en el inicio fraudulento de un procedimiento de insolvencia, en el que el deudor simula obligaciones vencidas para evitar el futuro pago de otras deudas que aún no son exigibles.

La incertidumbre se mantiene en la LGSC, el Art. 1.c tampoco establece una definición precisa del concepto de deudor, limitándose a señalar qué tipo de personas pueden asumir dicha condición. Asimismo, aunque podría deducirse una noción de deudor a raíz de la exigencia del Art. 24.1.a-b para que este inicie un procedimiento concursal ordinario ("Que más de un tercio del total de sus obligaciones se encuentren vencidas e impagas" por más de 30 días naturales; "que tenga pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor al tercio del capital social pagado"), dicha noción tendría que complementarse con la que deriva del Art. 103º para efectos del procedimiento concursal preventivo (deudor ajeno a los supuestos del Art. 24º antes citado).

Por ello puede resultar más apropiado vincular la noción de deudor a la prevista en el CC, es decir como el sujeto jurídicamente obligado a satisfacer una prestación de dar[248], carecen de relevancia en todo caso las obligaciones de hacer o de no hacer, salvo que se conviertan en una prestación económica, por ejemplo por sentencia judicial o reconocimiento de deuda, porque el objeto material del delito del Art. 209º se concreta en los bienes del deudor. En esa línea de ideas, puede considerarse autor del delito a quien pretende evadir el pago de una deuda que se devengará en el futuro, sometiéndose a un procedimiento concursal a través de la simulación de deudas.

A esta conclusión corrobora que el Art. 1º de la LRP no exigía que el crédito esté vencido para considerar acreedor a quien participa en la Junta de Acreedores una vez declarada la insolvencia, lo que conducía a considerar deudor a quien debe satisfacer el crédito en estos casos, con-

[248] Vid. Art. 1132 y ss. del CC.

clusión que deriva de igual forma del Art. 1.c de la LGSC. Del mismo modo, para el procedimiento simplificado y el concurso preventivo de la LRP o para el procedimiento concursal preventivo de la LGSC, tampoco se exige que las deudas estén vencidas, interpretación acorde con la consideración de que el bien jurídico protegido no es el patrimonio de los acreedores sino el sistema crediticio.

Aunque tal vez hubiera resultado más conveniente reformar con carácter general los términos del actuar por otro del Art. 27º del CP, el Art. 209º amplía su alcance para el ámbito de los delitos concursales, atribuye la calidad de autor a todo aquel que actúa por cuenta del deudor, quien puede ser una persona natural o jurídica. De ese modo, el Art. 209º sanciona también el actuar en nombre de una persona natural deudora, extensión que no permite la actual redacción del Art. 27º que se limita a la representación de personas jurídicas[249]. El concepto de administrador corresponde en el contexto concursal a quien está a cargo de ejecutar el plan de reestructuración patrimonial del insolvente aprobado por la junta de acreedores (Arts. 43º y ss. de la LRP) o del deudor en el marco del procedimiento concursal ordinario de la LGSC (Art. 61º), al ejecutor del convenio de reprogramación de pagos en el procedimiento simplificado (Art. 100.1 de la LRP) o al administrador especial en los casos de concurso de acreedores (Art. 117º de la LRP). En cuanto al liquidador, una vez decidida la disolución de la empresa por la Junta de Acreedores este ejecuta la liquidación patrimonial del insolvente mediante el pago a los acreedores conforme a lo acordado en el convenio respectivo (Arts. 60º y ss. de la LRP), régimen que se extiende a las personas naturales y personas jurídicas que no realizan actividad empresarial (Art. 114º) y deciden la liquidación (Art. 117º). Similar función asume el liquidador según la nueva LGSC (Arts. 74º y ss.) dentro del procedimiento concursal ordinario.

---

[249] Críticamente, MEINI MÉNDEZ, Iván. "El 'actuar en lugar de otro' en el Derecho penal peruano", en: *NFP,* N° 62, 1999, pp. 135-136, quien propone un texto *de lege ferenda* (p. 150).

Las conductas típicas deben realizarse en el marco de uno de los procedimientos concursales previstos en la LRP o, de *lege ferenda* en la LGSC. Ya han quedado sin efecto los procedimientos transitorios que instauró el D.U. N 064-99. El procedimiento de insolvencia puede iniciarlo uno o más acreedores si la deuda vencida supera las 50 UITs (Art. 4º de la LRP), también puede iniciarlo el deudor si más de dos tercios de sus obligaciones están impagas por más de 30 días, o si tiene pérdidas acumuladas mayores a dos tercios de su capital social pagado (Art. 5º). Debe tenerse en cuenta que la insolvencia como tal constituye una situación económico-financiera declarada administrativamente por la Comisión de Reestructuración Patrimonial (Art. 1º), de allí que el contexto que describe el pf. 1 del Art. 209º del CP no es el de una declaración de insolvencia, sino el procedimiento que conduce a la misma.

Por otro lado, el procedimiento simplificado solo puede iniciarlo el deudor considerado empresa cuando sus pasivos no superan las 200 UITs (Art. 91º). El concepto de empresa está previsto en el Art. 1 como toda organización económica y autónoma en la que confluyen los factores de producción, capital y trabajo, con el fin de producir bienes o prestar servicios. A su vez, el concurso preventivo puede iniciarlo el deudor, persona natural o jurídica, o entidad no constituida legalmente, que prevea una imposibilidad o dificultad para pagar oportunamente sus obligaciones, de modo que se somete a concurso con el fin de lograr un acuerdo de refinanciamiento oponible a todos sus acreedores (Art. 105º).

Tras la reforma a través de la Ley N° 27295 de 29 de junio de 2000, la protección penal prevista en el Art. 209º se extiende a los procedimientos transitorios del D.U. N° 064-99, a los cuales pudieron acogerse hasta el 31 de marzo de 2001 todas las empresas, independientemente de sus pasivos o de su situación patrimonial a la fecha de inicio del procedimiento (Art. 4), y que en algunos casos continuaron tramitándose hasta fines de 2001. Este régimen transitorio, conforme a su exposición de motivos, perseguía dentro del grave contexto de crisis nacional e internacional, crear las condiciones necesarias para el desarrollo de programas de saneamiento y fortalecimiento patrimonial de las empresas

económicamente viables a fin de facilitar su recuperación y, por ese medio, la recuperación del flujo normal de recursos en la economía. Sin embargo, los efectos de este dispositivo no fueron los esperados, estos trámites sumarios no fueron tales, entre otras razones por el alto formalismo impuesto por las partes y las propias autoridades encargadas en orden a evitar el fraude, y no podía esperarse razonablemente una aceleración de la economía en un contexto político de grave crisis política (año 2000) y transición (año 2001) como el que vivió el Perú (año 2002), ni pueden soslayarse las consecuencias de la crisis económica internacional que se había agudizado desde el año 2001.

La modificación a través de la Ley N° 27295 acentuó además la remisión dinámica a la legislación extrapenal, al sancionar el fraude en cualquier otro "procedimiento de reprogramación de obligaciones", lo que es positivo desde la perspectiva de una complementariedad administrativa acorde con los cambios muchas veces veloces del ordenamiento administrativo. Por esa vía es posible que los fraudes cometidos en los procedimientos concursales ordinarios (Arts. 23º y ss.) y preventivos (Arts. 103º y ss.) de la LGSC puedan sancionarse según los Arts. 209º y ss. del CP sin necesidad de una reforma específica.

Esta remisión dinámica suscita sin embargo cuestiones importantes, por ejemplo, si dentro de esos "procedimientos de reprogramación de obligaciones" pueden incardinarse otros medios administrativos de naturaleza bancaria o financiera en general de reprogramación de pagos, es decir al margen de las reglas de reestructuración patrimonial o concursal, mecanismos de carácter judicial o, inclusive, los procedimientos que pudieran instaurarse sin intervención heterónoma, como la conciliación. Frente a estas opciones a nuestro juicio debe imponerse una interpretación restrictiva que incorpore solo aquellos mecanismos de reprogramación de obligaciones con intervención estatal (INDECOPI, el Poder Judicial), es decir en aquellos espacios en los que la injerencia heterónoma demuestra o exhibe la necesidad de proteger no solo al patrimonio del particular, sino especialmente el sistema crediticio que es lo relevante para efectos de la tutela penal.

En esa perspectiva adquieren relevancia penal por ejemplo los fraudes cometidos en los procedimientos de reprogramación de pagos a cargo de entidades bancarias o financieras y supervisadas por la SBS, hechos frente a los cuales no existe una figura penal específica en el marco de los delitos financieros, ni se halla razón para bloquear la tutela penal frente a hechos que revisten la misma o mayor entidad lesiva para el sistema crediticio. Como contraparte, deben quedar al margen los fraudes cometidos en procedimientos donde las partes conservan su autonomía, como la negociación o la conciliación, allí la existencia de intereses netamente privados sugiere recurrir tan solo a la protección penal del patrimonio prevista en el CP.

Puede en todo caso cuestionarse que las reformas de 1999 y 2000 del Art. 209º del CP han limitado la protección del sistema crediticio al ámbito de los procedimientos oficiales, teniendo además en cuenta que en el Derecho comparado no es inusual que esta se extienda hacia la prevención de los comportamientos del deudor orientados a disminuir su patrimonio realizable, aun antes de verse sometido a algún requerimiento administrativo o judicial. En esa perspectiva se incardinan, por ejemplo, el Art. 257º del CP español de 1995 que sanciona el alzamiento de bienes sin necesidad de que se haya iniciado algún procedimiento concursal[250], así como el § 283 del StGB alemán que criminaliza la bancarrota con el mismo carácter general[251]. Se ha sostenido en nuestro medio que la intervención penal limitada reposa en la confianza en la adecuada protección que dispensan la legislación civil y mercantil, así como las nulidades señaladas en la LRP, pero también en la intención de evitar una sobrecriminalización contraria a la eficacia penal[252].

Pero la relevancia de estos argumentos, loables en un contexto de expansionismo penal, es de relativa estimación, una tutela integral del

---

[250] MUÑOZ CONDE, Francisco. *El delito de alzamiento de bienes*, segunda edición, Barcelona, 1999, pp. 91 y ss.

[251] TIEDEMANN, Klaus. *Insolvenz-Strafrecht*, §283/14 y ss.

[252] Documento de Trabajo Nº 002-1999, p. 12.

sistema crediticio consecuente con el principio de *ultima ratio* no precisa de la renuncia a la intervención penal frente a comportamientos graves que pueden suscitarse antes del inicio de un procedimiento concursal, de allí que condicionar la tutela al inicio de tal procedimiento podría expresar un modo de proteger los intereses de la administración antes que la propia funcionalidad del sistema crediticio, lo cual no podría justificarse.

Sin embargo, tampoco debe aceptarse, sin más, el recurso penal específico si antes no se ha previsto el deber de someterse al régimen concursal en situaciones de incapacidad de pago o sobreendeudamiento, lo que sí se observa por ejemplo en el Derecho alemán, en el § 64.1 de la regulación sobre sociedades por cuotas de responsabilidad limitada (GMBH) y en el § 92.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (AktG), que obligan a los gerentes y miembros del directorio de dichas entidades a someterlas a régimen concursal ante la insolvencia o la incapacidad de pago[253].

Ello también puede deducirse del § 26 de la Ley de Insolvencia alemana (*Insolvenzordnung*) en vigor desde el 1 de enero de 1999[254]. Visto el argumento de otro modo, significa que si bien existen argumentos importantes a favor de criminalizar las conductas fraudulentas previas al inicio de un procedimiento concursal, sería conveniente que las mismas adquieran previa relevancia en el plano administrativo a través de deberes positivos de protección de los bienes que integrarán la futura masa concursal. Por el contrario, si *de lege lata* en ese ámbito rigen únicamente las obligaciones privadas de satisfacer el pago a los acreedores, entonces parece suficiente la tutela que deriva de los delitos contra el patrimonio, en particular el fraude en la administración de personas jurídicas del Art. 198º del CP.

---

[253] BERGER, Dora. *A insolvência no Brasil e na Alemanha,* Porto Alegre, 2001, p. 77.

[254] SMID, Stefan. en: *Insolvenzordnung*, Stuttgart, 1999, § 26/5 y ss.

Las conductas típicas del Art. 209º del CP se encuentran reguladas en tres numerales. El núm. 1 sanciona el ocultamiento doloso de bienes, entendido como cualquier comportamiento que disminuye de facto el patrimonio del deudor quien, en todo caso, debe mantener el dominio sobre los mismos. Así, lo que se sanciona es el ocultamiento, es decir poner los bienes fuera del alcance fáctico y control jurídico de los acreedores y de las propias autoridades administrativas, no la pérdida o destrucción de estos ni su transferencia o puesta a disposición de terceros, lo que más bien podrá ser abarcado por los nums. 2 y 3 del Art. 209º. Debe tenerse pues en cuenta que desde la solicitud de insolvencia o de sometimiento a cualquiera de los procesos concursales, el deudor queda vinculado a una relación de derecho público que restringe el ejercicio del derecho de propiedad, en el sentido de someter su patrimonio a las decisiones de los acreedores en el marco regulatorio de la LRP y ahora de la LGSC.

El núm. 2 del Art. 209º contempla dos modalidades, la primera es de orden defraudatorio y por ello necesariamente dolosa, consiste en simular deudas, gastos o enajenaciones, supuestos en los que se simula instrumentalmente la existencia de un título jurídico gratuito u oneroso que determina la disminución de la masa concursal. Con un ejemplo, el deudor exhibe letras de cambio "de favor" que reflejan una deuda irreal logrando que el supuesto acreedor lidere la junta de acreedores y tenga un orden preferente en la cadena de pagos, limitando o frustrando el legítimo derecho de cobro de los verdaderos acreedores.

En estos casos deberá recurrirse a los criterios de imputación objetiva para determinar si la simulación o engaño es idóneo para alterar los fines del procedimiento concursal y, por esa vía, los derechos de los acreedores, si el administrador de una empresa que ha solicitado su insolvencia simplemente indica que tiene entendido que muchos de los bienes han sido transferidos por el anterior gerente, omitiendo explicaciones y la exhibición de los documentos que acreditan esa transferencia, no se tratará de un engaño suficiente dentro del ámbito del Art. 209.2, de manera que tal comportamiento podría subsumirse bajo los alcances del núm. 1, o sea como un simple ocultamiento de bienes. La

simulación también puede referirse a situaciones no motivadas en un título jurídico siempre que el resultado de disminución patrimonial se alcance, son los casos que el núm. 2 denomina "pérdidas", por ejemplo alegar que determinados bienes se quemaron en un falso incendio o señalar falsamente que los mismos fueron robados, exhibiéndose en cada caso la copia de una denuncia policial del hecho. En todos estos supuestos del núm. 2, los comportamientos pueden ir acompañados de un delito contra la fe pública (Arts. 427º y ss.) y dar lugar a un concurso ideal (Art. 48º) por tratarse de bienes jurídicos distintos.

La segunda modalidad del núm. 2 no lleva consigo la simulación pero exige también dolo, se trata de la efectiva adquisición de deudas o la realización verdadera de enajenaciones, gastos o pérdidas. La interpretación de esta cláusula sería muy problemática si, como es común en otros ordenamientos, la conducta típica se situara fuera del ámbito concursal, en ese caso, es común la exigencia de una valoración normativa más allá de la mera realización de los gastos, etc., en el sentido de entender que la disminución patrimonial debe poner en riesgo el patrimonio del deudor y concretamente su capacidad de satisfacer las acreencias asumidas, pues de lo contrario se estaría criminalizando el uso permitido del patrimonio individual.

Pero este no es el caso de la legislación peruana, la ubicación de las conductas en el contexto concursal ya implica, per se, que existe un riesgo efectivo de no satisfacer las obligaciones del deudor, de manera que los actos de disminución adquieren relevancia porque incrementan ese riesgo a través de comportamientos no tolerados ya desde la perspectiva administrativa que, como se dijo, somete el patrimonio del deudor a la decisión del colectivo de acreedores, regla esencial para el funcionamiento del sistema crediticio.

La modalidad típica del Art. 209.3 ratifica la orientación de la LRP y de la LGSC, desde el inicio del proceso concursal el patrimonio del deudor queda sometido a las decisiones de la junta de acreedores, se sanciona por ello la disposición patrimonial directa por parte del deudor a favor de los acreedores, así como el acto "generador de obligacio-

nes". La literalidad de la norma permite comprender la mera asunción de obligaciones sin una efectiva disminución del patrimonio tangible del deudor, por ejemplo el giro de un cheque con cargo a una cuenta sin fondos o aceptar una letra de cambio que deberá ser pagada a ciento ochenta días. En estos casos podría estimarse una exclusión de la tipicidad porque no ha existido una disminución efectiva de la capacidad de pago del deudor, este no tiene menos bienes por haber asumido tales obligaciones.

Sin embargo debe aceptarse en estos casos la solución contraria porque tales actos de disposición no solo rompen con el régimen de ordenación del patrimonio del deudor conforme a reglas de la LRP y de la LGSC, sino que además pueden incidir directamente en la capacidad de cobro de los otros acreedores, por ejemplo el que carece de acreencias especialmente garantizadas o protegidas, no tiene una prenda, una hipoteca o un título valor que le otorguen preferencia en el cobro. Desde esa perspectiva, y en orden a excluir precisamente aquellos casos en los que no se frustran los fines del régimen concursal, el Art. 209.3 exige un resultado ulterior a la asunción de obligaciones, es decir que se posponga "el pago del resto de acreedores".

El núm. 3 *in fine* regula los casos de participación necesaria ("connivencia"), extendiendo la punibilidad al acreedor beneficiado, o quien actúa en su nombre, y que participa dolosamente en el hecho. JESCHECK precisa que "Existe participación necesaria cuando un tipo se halla configurado de manera que para su realización se necesita conceptualmente la intervención de más de una persona"[255] y que tales casos de participación se clasifican en delitos de convergencia y de encuentro. En estos últimos, "las manifestaciones de voluntad de los intervinientes se dirigen también a una misma meta, pero desde ángulos distintos, de forma que, en cierta manera, las acciones tienden a encontrarse"[256].

---

[255] JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Comares, Granada, 1993, p. 636.

[256] *Ibid*. p. 636.

En palabras de MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, los delitos de encuentro "presuponen la pluralidad de personas activamente intervinientes, cuyas acciones, sea con una dirección de voluntad coincidente o no, se acercan mutuamente; es decir, el encuentro de las diversas actuaciones de voluntad tiene efecto constitutivo para el tipo"[257]. De este modo, el Art. 209º núm. 3 *in fine* del CP no sanciona el mero hecho de ser beneficiario del acto del deudor sino el acuerdo de voluntades ejecutado en el que interviene el acreedor u otro en su nombre y beneficio.

El penúltimo pf. Del Art. 209º establece "supuestos legales" de atipicidad en los casos del núm. 3. Si la Junta de acreedores reprograma la ejecución de las obligaciones, aprueba un convenio de liquidación o un convenio concursal, es esperable que la conducta no se incrimine en tanto las disposiciones patrimoniales se ajusten a dicho convenio o reprogramación. En rigor se trata de supuestos de acto permitido por la LRP, o en su caso por la LGSC, y su reconocimiento en una norma penal es superfluo, primero porque ni siquiera se realiza el elemento del tipo objetivo "en perjuicio de los acreedores" que exige el pf. 1 del Art. 209º, y segundo porque como corolario de lo anterior no hará falta recurrir al Art. 20.8 del CP que justifica los casos de ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo en tanto realicen la prohibición penal, lo que no acontece en estos supuestos de atipicidad objetiva. El mismo juicio merece la previsión del Art. 209º penúltimo pf. *in fine* que indica la ausencia de responsabilidad penal allí donde una liquidación se realiza sin violar lo previsto para el desarrollo de dicha liquidación.

El Art. 209ºúltimo pf. prevé una agravante por existir un mayor disvalor de resultado. La cualificación consiste en realizar los comportamientos típicos cuando, en el proceso concursal respectivo, el deudor ha sido beneficiado con la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones. Así acontece, por ejemplo, con la publicación de la resolución que declara la insolvencia (Art. 8º pf. 4 de la LRP), a partir de la cual

[257] MAURACH, Reinhart /GÖSSEL, Karl Heinz/ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte General II*, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 402.

se suspende la exigibilidad de todas las obligaciones que el insolvente tuviera pendientes de pago a dicha fecha, régimen que se extiende hasta la aprobación del Plan de Reestructuración, Convenio de Liquidación o Convenio Concursal respectivo (Art. 16º pf. 1 de la LRP). De modo similar, la LGSC establece que a partir de la publicación prevista en el Art. 32º ("Difusión del procedimiento") dando a conocer que el deudor ha quedado sometido a un determinado procedimiento concursal, se suspende la exigibilidad de todas las obligaciones pendientes de pago a dicha fecha, sin que ello implique una novación de las mismas (Art. 17.1), suspensión que se extiende hasta que la Junta de Acreedores apruebe el plan de reestructuración, el acuerdo global de refinanciación o el convenio de liquidación (Art. 17.2).

En concordancia con el sentido del Art. 12º pf. 1 del CP todos los comportamientos típicos del Art. 209º deben ejecutarse dolosamente, incluyendo el agravado del último pf. Como hemos señalado en otra ocasión[258], está en tela de juicio el papel de la voluntad como dato distintivo del comportamiento doloso, como precisa RAGUÉS I VALLÈS la concepción de la voluntad como fundamento del dolo "ha sido abandonada –explícita o tácitamente– por la mayor parte de la doctrina"[259]. Un sector de la doctrina alemana y española concreta el dolo mediante la renuncia al elemento volitivo (voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo).

Este se circunscribe, en los delitos de resultado como el enriquecimiento ilícito y conforme a la teoría del riesgo, al solo conocimiento del peligro concreto, no dominable o controlable por el autor, creado a través de su comportamiento ilícito[260]. De esta forma, obra con dolo quien

---

[258] CARO CORIA, Dino Carlos/SAN MARTÍN CASTRO, César. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales,* Lima, 2000, pp. 126-128.

[259] RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999, p. 18.

[260] Con diversos matices, FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko,* Köln, 1983, pp. 97 y ss.; JAKOBS, Günther. *AT*, 8/5ss; PUPPE, Ingeborg. *Vorsatz*

conoce el peligro típico, mientras que actúa imprudentemente el que no se representa el peligro de su acción o se lo representa pero, debido a una errónea apreciación, no lo considera un peligro concreto[261]. Desde este punto de vista, lo que el sujeto "espere", "confíe" o "desee" carece de relevancia cuando se prueba que sabe que está realizando la conducta típica o, respecto del resultado, la ha previsto[262]. Con esta teoría cognitiva se supera pues la diferencia entre culpa consciente y dolo eventual, se limita el ámbito de la culpa solo a la inconsciente y el dolo eventual se erige como mero conocimiento de la probabilidad de afectación del bien jurídico, pero además se resta ya importancia a la diferencia entre las clases de dolo[263].

---

und Zurechnung, Heidelberg, 1992, pp. 71, 74; BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., Madrid, 1997, pp. 224 y ss; LAURENZO COPELLO, Patricia. "El concepto y la prueba del dolo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español", en: *El Derecho penal español de fin de siglo y el Derecho penal latinoamericano. Estudios en homenaje a Enrique Bacigalupo*, Bogotá, 1999, pp. 174 y ss.; LA MISMA. *Dolo y conocimiento*, Valencia, 1999, passim; RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Op. Cit., p. 357 y ss; EL MISMO. "La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo", en: *ADPCP*, 1996, p. 795 y ss.; FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. "La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo", en: *CPC*, N° 65, 1998, p. 269 y ss; CORCOY BIDÁSOLO, Mirentxu. "Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva", en: *ADPCP*, 1996, p. 289 ss. En la doctrina nacional, GARCÍA CAVERO, Percy. "Consideraciones críticas a la reforma penal de los delitos concursales", en: *Cáthedra*, N° 5, 1999, p. 241-242. Críticamente, ROXIN, Claus. *AT*, §12/55.

[261] CORCOY BIDÁSOLO, Mirentxu. "Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva", p. 297; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 401.

[262] FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo*, pp. 279 y ss.

[263] BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho penal. Parte General*, pp. 230-232.

Algunas normas del CP peruano parecen otorgar al dolo un contenido volitivo, como se observa por ejemplo en la definición de la tentativa (Art. 16º) como el comienzo de la ejecución de un delito que se "decidió cometer" sin consumarlo. Pero estas referencias a la intención del autor solo demuestran que el CP es compatible con las teorías volitivas del dolo, de ello no se deduce que las concepciones cognitivas sean inadmisibles *de lege lata*. De ser así, *mutatis mutandi*, como en su día objetara GIMBERNAT ORDEIG a CEREZO MIR, se estaría dando "por supuesto lo que precisamente hay que demostrar"[264]. En tal virtud, no puede afirmarse que el CP adopta una determinada concepción dogmática respecto al dolo, los modelos dogmáticos son solo métodos de interpretación para precisar el alcance de la ley[265]. En todo caso, si bien el CP peruano no establece una definición de dolo, de la regulación del error de tipo (Art. 14 pf. 1 del CP) se deduce que su base mínima radica solo en el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, de allí que no pueda exigirse condiciones volitivas bajo el argumento del "imperio de la ley".

El tratamiento del error en el ámbito de los delitos concursales es problemático. Desde el punto de vista formal, en tanto los elementos normativos están integrados al tipo, puede defenderse la aplicación de las consecuencias del error de tipo, así se destaca en el DP económico en relación a los elementos normativos y las leyes penales en blanco, aunque se añaden otras consideraciones dogmáticas y de política criminal propias de ese sector[266]. Pero hasta donde alcanzo a ver, la orientación dogmática predominante renuncia a un tratamiento homogéneo de todos estos casos, admitiéndose que pueden dar lugar a casos de error de tipo o de prohibición, dependiendo del significado del desconocimiento

---

[264] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Recensión a Welzel: el nuevo sistema de DP", en: *Revista de Estudios Penitenciarios,* 1966, p. 479.

[265] SANTA CRUZ CAHUATA, Julio César. *Notas sobre interpretación y dogmática en la aplicación de la ley penal,* Inédito, Lima 2000, p. 3.

[266] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico. Parte General*, pp. 187-188; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. Cit., pp. 131-132.

para la comprensión de la situación socialmente desvalorada o de la valoración jurídica de aquella.

En esa perspectiva, se ha puesto de relieve que el criterio general parte de comprender que el dolo, desde la perspectiva del saber, debe abarcar el conocimiento de la situación social y no de la prohibición jurídica, así cuando el sentido social de la circunstancia del hecho es comprensible aun al margen del conocimiento del concepto jurídico que la caracteriza, las falsas interpretaciones jurídicas o subsunciones erróneas solo podrían provocar un error de prohibición, dejando intacto el dolo, pero si la errada concepción jurídica impide apreciar el sentido social de la actuación, el error sobre el elemento normativo excluye el dolo[267]. Esta ampliación del dolo, que se acerca a un *dolus malus* en orden a regular más casos como error de tipo, es reconocida también en la doctrina italiana y española.

En esta última suele estimarse que el dolo debe concebirse como objetivamente malo, de forma que el elemento cognitivo abarque la concurrencia en el hecho concreto de aquellos datos que la ley considera necesarios y suficientes para que el hombre medio ideal reconozca desde la perspectiva del Derecho que su conducta está prohibida. Así, lo que el sujeto debe conocer es la concurrencia en el hecho del sentido o significado material auténtico del elemento típico, al margen de que sepa o no que ello es un elemento típico en todo su sentido o significado material auténtico[268]. En consecuencia, los casos de error sobre los elementos normativos pueden calificar como error de tipo cuando se refieren a la concurrencia en el hecho del elemento típico así comprendido, o como error de subsunción irrelevante o conducente a un error de prohibición que sí afecta la culpabilidad[269].

---

[267] ROXIN, Claus. *AT*, § 12/91-92.

[268] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. "¿Error de tipo o error de hecho?", en: Quintero Olivares, Gonzalo/Morales Prats, Fermín. *El nuevo Derecho penal español*, Pamplona, 2001, pp. 210-211.

[269] *Ibid*., p. 211, 213-214, 216. Vid. además DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO,

Para la tipicidad subjetiva es suficiente el dolo, el Art. 209 no establece elementos subjetivos diferentes. Ello es así incluso en los supuestos del num. 3 *in fine*, donde el acreedor actúa en su beneficio y sin que ello implique la exigencia de un especial ánimo de lucro a favor propio, o a favor de tercero en el caso del deudor o quien actúa en nombre del acreedor beneficiado. Por imperio del principio de legalidad la exigencia de una especial intención requeriría una previsión expresa, como la intención de provecho en el hurto simple ("para obtener provecho", Art. 185º), que no se observa en el Art. 209º del CP.

Finalmente, en cuanto a las consecuencias jurídicas, para los supuestos simples de los nums. 1, 2 y 3, se establece pena privativa de libertad de 3 a 6 años, lo que puede considerarse proporcionado dentro del marco de los delitos económicos previstos en el CP y en la legislación complementaria. Lo mismo cabe decir sobre la pena de inhabilitación para el ejercicio de actividades públicas (Art. 36.2), o de la profesión, comercio o industria (num. 4), la que puede extenderse por un periodo de 3 a 5 años. En el caso agravado del Art. 209º pf. Final, la privación de libertad se extiende de 4 a 8 años y la inhabilitación de 4 a 5 años, lo que en este último caso otorga un margen muy estrecho para la individualización judicial de la pena, especialmente si el tipo básico fija la inhabilitación entre 3 y 5 años. Si bien el legislador no podía en principio superar el límite máximo de 5 años previsto en la parte general del CP para esta pena cuando opera como accesoria (Arts. 39º*in fine* y 38º), era necesario establecer con criterio de proporcionalidad los límites de la inhabilitación en el tipo básico y en la fórmula agravada.

3. Modalidad imprudente

Se ha justificado la instauración de una figura imprudente porque los alegatos de error de tipo, ausencia de dolo, "buena fe" o mera negligencia, son comunes en el DP económico, los mismos que bajo un

---

Miguel. "Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error", en: *Estudios Jurídicos en memoria del Prof. José Ramón Casabó Ruíz,* Valencia, 1997, pp. 676 y ss.

sistema de *numerus clausus* como el peruano en materia de delitos imprudentes (Art. 12º pf. 2 del CP), podría dar lugar a la impunidad si la ley solo sanciona la realización dolosa. Se defiende pues la necesidad de instrumentar tipos culposos a fin de evitar que el "defraudador doloso pase por descuidado" y logre la impunidad[270]. Este argumento no es totalmente satisfactorio porque no todo error, y menos cualquier alegato de error, genera consecuencias penales[271] dentro del marco del Art. 14º del CP, más aún sí como se ha visto anteriormente el error sobre los elementos normativos no necesariamente origina un error de tipo (Art. 14º pf. 1), pudiendo presentarse situaciones fundamentadoras de un error de prohibición cuya vencibilidad solo podría implicar una atenuación de la pena (Art. 14º pf. 2).

Sí debe reconocerse una función de tutela subsidiaria a través de la tipificación excepcional de la imprudencia, como se viene sosteniendo con carácter general dentro del DP económico cuando existe un especial deber de diligencia[272], como concretamente se aprecia en el terreno de los delitos concursales[273], lo que se ha admitido por ejemplo en el § 283 nums. 4 y 5 del StGB alemán que sancionan comportamientos culposos de bancarrota, y en § 283b núm. 2 que sanciona la ejecución imprudente de infracciones contables que afecten la visión general del patrimonio del deudor[274]. En esa perspectiva, la orientación del Art. 210º del CP peruano es adecuada porque, partiendo de los especiales deberes de cuidado de la masa concursal que vinculan al deudor, a

---

[270] Documento de Trabajo Nº 002-1999, p. 12.

[271] FELIP I SABORIT, David. *Error iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del CP*, Barcelona, 2000, pp. 255 y ss.; NIETO MARTÍN, Adán. *El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición,* Barcelona, 1999, p. 159 y ss.

[272] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico. Parte general*, p. 162.

[273] TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho penal económico*, p. 224.

[274] TIEDEMANN, Klaus. *Insolvenz-Strafrecht*, § 283/204ss, § 283b/9 y ss.; WEYAND, Raymund. *Insolvenz-delikte*, 5ª ed., Bielefeld, 2001, pp. 115-117.

quien actúa en su nombre, al administrador y al liquidador en su caso, ampliamente descritos en la LRP y en la LGSC, es justificado sancionar el comportamiento imprudente que determina resultados perjudiciales para los acreedores.

Ahora bien, la tipificación de la imprudencia en el Art. 210º plantea problemas de interpretación no privativos de este sector del ordenamiento y algunos de carácter particular. En cuanto a los primeros, la ausencia de una delimitación positiva de la culpa en el CP peruano mantiene convenientemente activo el debate (tipo abierto) sobre la estructura típica del delito imprudente, sobre lo cual solo parece reinar acuerdo en torno a la necesidad de vincular, desde la perspectiva de la imputación objetiva, la infracción del deber de cuidado y el resultado típico[275] que, en el caso del Art. 210º se remite a la descripción del Art. 209º que contempla un resultado de disminución patrimonial. Sin embargo, el debate sobre la delimitación del deber de cuidado, en términos objetivos y/o subjetivos[276], la noción de evitabilidad[277], la relevancia de los conocimientos especiales o la distinción entre dolo de peligro e imprudencia consciente[278], entre otras cuestiones directamente relacionadas con la imputación, adolece de un consenso general[279].

En cuanto aquí interesa poner de relieve, el problema particular para la aplicación del Art. 210º se cifra en determinar si todos los supuestos del Art. 209º admiten la realización imprudente. De plano

---

[275] CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona, 1998, p. 28.

[276] KREY, Volker. *Deutsches Strafrecht. AT 2*, Stuttgart, 2002, §51/529 y ss.

[277] GIUNTA, Fausto. *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa,* Padova, 1993, pp. 384 y ss.

[278] CANESTRARI, Stefano. *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Milano, 1999, pp. 69 y ss; RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 134 y ss.

[279] MÜLLER, Gerd. *Fahrlässige Tätigkeitsübernahme und personale Zurechnung,* München, 2001, pp. 111-116.

deben excluirse todos los supuestos defraudatorios del núm. 2 en los que se exige la simulación, en tales casos el autor deberá desplegar una conducta orientada al engaño que, por definición, solo podrá ejecutar conscientemente. Lo mismo cabe aseverar de las disminuciones patrimoniales del núm. 2 logradas mediante actos de disposición patrimonial que, por definición, exigen que el autor conozca y acepte la disposición, son los casos de adquisición de deudas y realización de enajenaciones o gastos.

No cabe incardinar en este grupo aquellas deudas adquiridas a raíz de una conducta negligente, por ejemplo porque una sentencia judicial declaró que el sujeto debe indemnizar a quien generó daño mediante un accidente de tráfico. En similar situación se encuentran los supuestos del núm. 3, el pago adelantado a los acreedores o el compromiso de hacerlo solo pueden pactarse dolosamente, de lo contrario no podría siquiera pensarse en la celebración de un acto jurídico por ausencia de declaración de voluntad. Asimismo, el supuesto del num. 3 *in fine* tampoco puede ejecutarse imprudentemente, no se admite la participación necesaria ("connivencia") culposa del acreedor. De esta manera, las posibilidades de admitir la imprudencia en tales supuestos de los núms. 2 y 3, son prácticamente nulas, quizás podría pensarse en ejemplos poco frecuentes de error de tipo evitable, por ejemplo el administrador de una empresa que no tiene un inventario físico exacto de los bienes, vende parte del mobiliario bajo la falsa creencia que son de su propiedad pues durante años había comprado múltiples objetos que no puede identificar con exactitud.

Especialmente problemático es el supuesto del núm. 2 relativo a la realización de pérdidas, aquí es comprensible la criminalización del comportamiento doloso, por ejemplo el deudor apuesta sin éxito su escaso dinero en un casino o destruye sus bienes para evitar que "caigan en manos de los acreedores". Pero admitir la relevancia de conductas imprudentes podría extender la punición a casos que se hayan fuera del ámbito de protección de la norma, con un ejemplo, el deudor por un descuido grave incendia su casa que era el único bien con el que podía enfrentar sus obligaciones, este caso apenas podría ser abarcado

por los delitos de peligro común (Arts. 273º y 278º). Aceptar además la comisión culposa (Art. 210º) del delito de realización de pérdidas (Art. 209.2 *in fine*), sino no se quiere soslayar el *ne bis in idem* y ser más bien respetuoso de las reglas básicas de la imputación objetiva, debería presuponer que el sujeto no solo pudo prever las consecuencias lesivas para su patrimonio personal sino, y sobre todo, que le era asequible el conocimiento (cognoscibilidad, no conocimiento) del perjuicio para los acreedores que exige el Art. 209º como resultado material.

La extensión de la imprudencia a los casos del num. 1 del Art. 209º tampoco es pacífica, solo si entendemos el ocultamiento en términos puramente objetivos –exclusión de los bienes de la esfera de los acreedores o autoridades respectivas–, podría admitirse el comportamiento culposo, por ejemplo el liquidador de una empresa extravía los documentos que representan acciones al portador de compañías extranjeras en las que dicha empresa tiene inversiones.

Como puede apreciarse, la relevancia político criminal de la tipificación de las conductas imprudentes, más allá de la posible necesidad de contar con una fórmula que permita superar determinados vacíos de punibilidad, puede ser casi nula debido a la remisión general a una serie de conductas, las del Art. 209º, estrechamente vinculadas a la actuación dolosa. En tal sentido, *de lege ferenda* sería oportuno revisar el contenido del Art. 210º, de forma tal que sin renunciar a la previsión de conductas culposas, pueda recurrirse a una tipificación más precisa y acorde con la realidad criminológica de los procedimientos concursales.

En cuanto a las consecuencias jurídicas, el Art. 210º fija el marco penal en la mitad de la extensión de las penas previstas en el Art. 209º. De ello puede deducirse que si la imprudencia operó antes de la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones (Art. 209º nums. 1, 2 y 3), la pena privativa de libertad es de 18 meses a 3 años y la inhabilitación de 18 meses a 30 meses, lo que no concuerda con una mínima lógica de proporcionalidad si se recuerda que el homicidio culposo simple (Art. 111º pf. 1) prevé pena privativa de libertad no mayor de 2 años. El mismo juicio se extiende a los casos de imprudencia agravada, es decir bajo

la remisión a los supuestos del último pf. del Art. 209º, cuando la exigibilidad de las obligaciones está suspendida, aquí la pena privativa de libertad se extiende de 2 a 4 años y la inhabilitación de 2 años a 30 meses.

4. Suspensión fraudulenta de la exigibilidad de obligaciones

El Art. 211º del CP tipifica la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones lograda a través de medios fraudulentos. Aquí no se sanciona la simple violación de la presunción de veracidad, conducta directamente abarcada por el Art. 411º del CP e incoada con una pena menor debido a que no exige un resultado sino la simple violación del deber de veracidad[280]. Tampoco existe una identidad estructural entre el tipo del Art. 211º y el llamado "fraude procesal" del Art. 416º, para el cual es suficiente que el autor induzca a error al funcionario, siendo irrelevante para la consumación que este formule un pronunciamiento indebido[281]. Aun en el ámbito concursal la decisión podría no ser adoptada por la autoridad, como acontece por ejemplo en el procedimiento simplificado, donde el Convenio de Reprogramación de pagos que suspende la exigibilidad de las obligaciones es aprobado por la Junta de Acreedores (Arts. 98º, 99º de la LRP). En tal virtud, la norma peruana se diferencia de otras fórmulas del Derecho comparado, como la del Art. 261º del CP español que se erige como una forma especial de fraude procesal, contra el procedimiento de quiebra, concurso y suspensión[282].

El tipo no describe a un sujeto determinado, por lo que desde el punto de vista formal no se trata de un delito especial. Sin embargo, la vinculación del autor al uso de información, documentos, etc., en el marco de un procedimiento concursal y en el que debe obtener la suspensión de las obligaciones, expresa una restricción importante del

---

[280] FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la administración de justicia,* Lima, 2000, p. 121.

[281] *Ibid*., p. 150.

[282] CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *Insolvencias punibles*, en: *CPC,* N° 67,1999, p. 48.

núcleo de posibles autores. En tal sentido, el sujeto activo deberá ser parte activa en el procedimiento concursal, calidad que solo puede corresponder al deudor, a quien actúa en su nombre, y al acreedor. En determinados casos la actuación fraudulenta puede corresponder al administrador o liquidador, también vinculados a deberes de veracidad.

La conducta típica se concreta en la utilización de información o documentación falsa, el Art. 211º del CP acude aquí a un excesivo casuismo, se refiere a "información, documentación o contabilidad falsas o la simulación de obligaciones o pasivos". El concepto de contabilidad falsa se incardina dentro de los alcances de documentación, mientras que la simulación de obligaciones o pasivos podría realizarse bien a través de documentos o información falsos. Desde esa perspectiva, puede entenderse la vinculación de estas conductas a los delitos contra la fe pública, el uso de documentos falsos trae consigo la ilicitud de la falsificación del documento y de su uso (Arts. 427º y 428º), mientras que el uso de información falsa no documental podría calificar como falsedad genérica (Art. 438º), con lo que no será infrecuente el concurso ideal de delitos que podrá admitirse bajo los alcances del Art. 48º del CP, por tratarse de bienes jurídicos distintos, la funcionalidad del documento dentro del tráfico jurídico[283] y el sistema crediticio. Sería inconveniente desde el punto de vista político criminal aceptar que el delito contra la fe pública se subsume en el tipo del Art. 211 bajo las reglas del concurso aparente, así se llegaría a admitir que la pena de 10 años de privación de libertad por la utilización de un documento público falsificado (Art. 427º) se subsume en la pena no mayor de 6 años del Art. 211º, lo que sería absurdo.

Pero más allá de la propia problemática de los delitos de falsedad[284], aquí es relevante establecer el concepto de documento dentro del con-

[283] GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Falsedades documentales (en el CP de 1995)*, Valencia, 1997, pp. 40-43.

[284] Vid. BACIGALUPO, Enrique. *El delito de falsedad documental*, Madrid, 1999.

texto del Art. 211º del CP, no solo deberá tratarse de un documento idóneo para causar perjuicio, como suelen exigir los delitos contra la fe pública, sino que deberá serlo en el marco de los procedimientos concursales, lo que desde ya implica una restricción importante del ámbito de conductas punibles. Con un ejemplo, el Art. 92º de la LRP establece con detalle qué documentos e información debe presentar la empresa para acogerse al procedimiento simplificado y se apruebe el Convenio de Reprogramación de Pagos; aquellos documentos que se encuentren al margen de estos requerimientos legales son irrelevantes para la consumación del delito concursal porque de ellos no depende la decisión de suspender la exigibilidad de las obligaciones.

Es más, aun partiendo de la idoneidad de los documentos e información legalmente establecida cabría, desde la perspectiva de la imputación objetiva, distinguir entre aquellos de carácter puramente formal, de otros que sí inciden en la decisión material de suspender la exigibilidad de los pagos. Dicho de otro modo, la documentación y la información falsa debe ser idónea o suficiente para alterar dicha decisión, por ejemplo en el citado procedimiento simplificado, es relevante para el tipo del Art. 211º que el deudor utilice documentos falsos para acreditar gravámenes sobre sus bienes (Art. 92.4 de la LRP) porque ello incide directamente en la percepción de su estado patrimonial y consecuentemente en la decisión de los acreedores de aprobar el Convenio de Reprogramación. Por el contrario, si el representante de una empresa falsifica el acta de la Junta de Accionistas donde consta la decisión de sometimiento al procedimiento simplificado (Art. 92.1), siendo que dicho acuerdo efectivamente se adoptó, no existe motivo para extender la responsabilidad más allá de la correspondiente al delito de falsificación (Art. 427º), aunque allí todavía habría que determinar si existió "posibilidad de perjuicio" tras el uso del documento.

Esta línea de ideas conecta directamente con la delimitación del resultado típico en el Art. 211º del CP. La consumación opera con la efectiva suspensión de la exigibilidad de las obligaciones del deudor, lo que varía en cada procedimiento concursal, por ejemplo en el procedimiento de insolvencia ello acontece con la publicación de la resolución

que declara la insolvencia (Art. 16º de la LRP), mientras que en el concurso preventivo desde que se publica la admisión a trámite (Arts. 111º y 8º pf. 4 de la LRP). En los procedimientos concursales ordinarios y preventivos de la nueva LGSC, la suspensión se produce desde la difusión del procedimiento (Art. 17.1), es decir desde la publicación de que el deudor se ha sometido a un procedimiento concursal (Art. 32.1).

Como se indicó antes, la suspensión podría derivar de la decisión de quienes no son funcionarios públicos, en el procedimiento simplificado el Convenio de Reprogramación de pagos que suspende la exigibilidad de las obligaciones es aprobado por la Junta de Acreedores (Arts. 98º, 99º de la LRP). En ese sentido, los funcionarios o acreedores respectivos deben actuar como consecuencia de la falsedad del autor, la decisión de suspensión debe ser directamente imputable a un despliegue idóneo de documentación y/o información falsa en el marco del procedimiento concursal.

El tipo subjetivo se agota en la exigencia de dolo, sin necesidad de elementos diferentes de especial intención. El sujeto debe conocer que la documentación o información falsa que presenta al procedimiento concursal es idónea para lograr la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones.

Finalmente, en cuanto a las sanciones, se prevé pena privativa de libertad de 4 a 6 años, lo que es razonable en términos de proporcionalidad, teniendo en cuenta las previstas para la violación de la presunción de veracidad (Art. 411º) y el fraude procesal (Art. 416º), cuyas menores consecuencias se justifican por la no exigencia de una decisión como producto de la conducta fraudulenta o de falsedad. El Art. 211º también prevé pena de inhabilitación, en los términos ya explicados, de 4 a 5 años, con lo que equipara los márgenes de esta sanción accesoria a la prevista en el tipo agravado del Art. 209º*in fine*.

VI. REGULACIÓN PENAL PREMIAL

La expansión de la reglas creadas para enfrentar la llamada "criminalidad organizada" al DP común, no es reciente ni excepcional en el

ordenamiento peruano. Las normas de colaboración eficaz y sus consecuencias premiales son conocidas en nuestro medio sobre todo a raíz de la legislación antiterrorista de los años ochenta[285], cuya principal fuente de inspiración fue la regulación italiana relativa a los *pentiti* o arrepentidos[286], prevista en la Ley 304 de 29 de mayo de 1982[287] que despertó una serie de críticas tanto por razones estrictamente jurídicas (renuncia a la culpabilidad e igualdad penal, pérdida de la función preventivo general de la pena, déficit del acusatorio y restricción del carácter cognoscitivo del proceso) como de orden práctico (aplicación discriminatoria), que condujeron a advertir la existencia de una "crisis del pentitismo"[288]. Pese a ello, las reglas premiales se extendieron en la década de los noventa a la llamada regulación italiana antimafia, a partir del Decreto Ley de 15 de enero de 1991, no habiéndose superado las críticas contra esta forma de "pragmatismo" procesal[289], y observándose más bien su ampliación a otras formas de criminalidad organizada, como se observa en la legislación de estupefacientes[290].

---

[285] Primero a través del Art. 85º-A del CP de 1924 incorporado por el Art. 2º de la Ley N° 24651 de 19-03-1987, luego mediante la Ley N° 25103 de 05-10-1989, el Art. 324º del CP de 1991 y finalmente mediante el D. Ley N° 25499 de 20-06-1992, reglamentado por el D.S. N° 015-93-JUS de 08-05-1993 y complementado por la Ley N° 26220 de 30-08-1994, Vid. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Comentarios al CP de 1991*, Lima, 1993, p. 161. Críticamente sobre las actuales consecuencias del régimen premial, RIVERA PAZ, Carlos. *Veinte propuestas de modificación de la legislación antiterrorista*, Lima, 1999, pp. 36-38.

[286] PEÑA CABRERA, Raúl. *Delito de terrorismo,* Lima, 1992, p. 123.

[287] Vid. los comentarios generales de LAUDI, Maurizio. *I casi di non punibilità dei terroristi "pentiti",* Varese, 1983; EL MISMO. *Terroristi "pentiti" e liberazione condizionale*, Varese, 1984; MADDALENA, Marcello. *Le circostanze attenuanti per i terroristi "pentiti",* Varese, 1984; NENCINI, Alessandro. *Le altre norme sui terroristi "pentiti"*, Milano, 1986.

[288] MELLINI, Mauro. *Il giudice e il pentito. Dalla giustizia dell'emergenza all'emergenza della giustizia,* Milano, 1986, p. 148 y ss.

[289] MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza*, 2ª ed.,Napoli, 1997, p. 180.

[290] INSOLERA, Gaetano. *Diritto penal e criminalità organizzata*, Milano, 1996, p. 134.

Aunque suele apreciarse como un instrumento esencial en la persecución del crimen organizado[291], las críticas contra el modelo penal premial y su expansión al DP ordinario son el lugar común de la doctrina hispanoamericana, tanto por objeciones de tipo jurídico-material, como por objeciones de orden procesal y constitucional[292]. Se cuestionan las dificultades de credibilidad que ofrecen las declaraciones de los "arrepentidos" guiados por el deseo de alcanzar una importante reducción de pena[293] o que con la cooperación del "arrepentido" apenas se logra "una prueba de confesión contra otros coimputados"[294] carente en sí misma de valor si no va acompañada de otras pruebas. Asimismo se critica que conduce a la condena de un mayor número de personas con precario material probatorio, su aplicación frente a sujetos o modalidades delictivas que no causan grave daño social, su ineficacia para resquebrajar organizaciones delictivas mientras "los jefes" de esas organizaciones pueden definir las pautas de sus sanciones[295], o que implica el uso de medios inmorales por parte del Estado para evitar la impunidad[296].

---

[291] MAPELLI CAFFARENA, Borja y otros. *Estudios sobre delincuencia organizada*, Sevilla, 2001, p. 100, ítem 12.

[292] MUÑOZ CONDE, Francisco. "Los arrepentidos en el caso de la criminalidad o delincuencia organizada", en: Gutierrez-Alviz Conradi, Faustino. (Coord.). *La criminalidad organizada ante la justicia.* Sevilla, 1996, p. 155.

[293] GRANADOS PÉREZ, Carlos. "Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado", en: *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos,* Madrid, 2001, p. 97.

[294] MUÑOZ CONDE, Francisco. "Los arrepentidos en el caso de la criminalidad o delincuencia organizada", p. 155.

[295] Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Estudio evaluativo sobre la justicia regional. Bogotá, 1995, pp. 25-26.

[296] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El crimen organizado: una categoría frustrada*, Bogotá, 1995, p. 78, el "falso "arrepentido" no es más que un delincuente que negocia un beneficio a cambio de información, o sea un delator. El Estado se está valiendo de la cooperación de un delincuente comprada al precio de su impunidad, para 'hacer justicia' (p. 79).

Esa expansión del régimen premial también se observa en el Perú, no solo en sectores específicos vinculados a la criminalidad organizada violenta, como el tráfico de drogas (D. Leg. N° 824) y las llamadas "normas de seguridad ciudadana" (D. Leg. N° 901). A partir del procesamiento del grupo criminal cuya dirección se atribuyó a los Sres. Montesinos y Fujimori, se implementó un régimen general de colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada a través de la Ley N° 27378 de 21 de diciembre de 2000, y que permite abarcar delitos cometidos en general por organizaciones criminales, delitos de peligro común, contra la administración pública, contra los Derechos Humanos, etc[297].

Asimismo, el régimen premial se extiende a delitos vinculados al DP económico, como se aprecia en el ordenamiento penal tributario (D. Leg. N° 815) o en los delitos concursales (Art. 212º del CP). El Derecho premial también opera en el ordenamiento administrativo sancionador, como se aprecia en el Art. 20º pf. 4 del D. Leg. N° 701 en materia de protección de la libre competencia. Esta realidad legislativa del sector penal-económico ha conducido a ABANTO VÁSQUEZ a plantear la renuncia a estas manifestaciones del "testigo principal" y asumir las consecuencias del principio de oportunidad del Art. 2º del CPP, cimentado en reglas de no necesidad de pena[298].

Pues bien, en cuanto aquí interesa, la primera parte del Art. 212º del CP establece reglas premiales a favor de los participantes de un delito concursal. En el caso del partícipe, instigador (Art. 24º) o cómplice (Art. 25º), se establece la posibilidad de eximirlo de pena, lo que otorga al juzgador un amplio margen de posibilidades ya que si la información proporcionada no es suficiente para evitar la sanción del partícipe, cabe la posibilidad de una atenuación, aún por debajo del mínimo legal, en

---

[297] Críticamente, REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Comentarios a la legislación anticorrupción,* Lima, 2002, pp. 56-58. Con matizaciones PEÑA CABRERA FREYRE, Raúl Alonso. *Comentarios a la legislación anti-corrupción,* Lima, 2002, pp. 3 y ss.

[298] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico*, pp. 180-181.

virtud del argumento *a fortiori*, pues quien puede lo más (eximir) puede lo menos (atenuar); es decir sobre la base de una analogía *in bonam parte* que no prohíbe la Constitución. En cuanto al autor, sea este directo, mediato o coautor, las posibilidades son más limitadas, solo se permite una atenuación hasta por debajo del mínimo legal, se excluye la exención de pena, pero en la práctica se alcanza un efecto similar respecto de la pena privativa de libertad, porque según el Art. 29º del CP la pena privativa de libertad tiene una duración mínima de 2 días, de modo que el Juez podrá sancionar al autor con pena privativa de libertad de 2 días hasta el máximo previsto en el tipo que subsume el hecho. No es lo mismo en cuanto a la pena de inhabilitación, porque según los Arts. 38º y 39º*in fine*, la inhabilitación como pena accesoria tiene un límite mínimo de 6 meses.

La llamada información eficaz debe ser proporcionada, según la norma, durante la investigación a cargo del Ministerio Público, es decir antes de la etapa judicial, o en el desarrollo del proceso penal. Pese a que no se fija hasta qué momento puede el autor o partícipe entregar la información[299], para efectos de la exención o atenuación de la pena debe limitarse esa posibilidad hasta antes de la acusación fiscal, tanto porque ello incidirá directamente en el sentido de dicha acusación (o dictamen final), como en la sentencia.

La ley tampoco regula cuales son los efectos de la información otorgada en la etapa policial o ante otras autoridades administrativas, como la Comisión de Reestructuración Patrimonial o las Comisiones de Procedimientos Concursales. Estos y otros vacíos relevantes están vinculados a la ausencia de una regulación procesal como la que se aprecia en el D. Leg. N° 815 que regula los aspectos materiales y procesales de la colaboración eficaz en el ámbito de los delitos tributarios. En todo

[299] Críticamente GARCÍA CAVERO, Percy. *"Consideraciones críticas a la reforma penal de los delitos concursales"*, en: Cátedra 5/1999, p. 243, porque entonces la información será utilizada por el imputado según su suerte en el proceso penal, "como un 'as' bajo la manga". Le sigue, REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de Derecho penal económico,* Lima, 2002, p. 360.

caso, para efectos de los delitos concursales podría admitirse la relevancia de la información otorgada ante autoridades administrativas como la Policía o el INDECOPI, siempre que en el término de la distancia esta sea puesta en conocimiento del Ministerio Público para los fines correspondientes.

Respecto al contenido de la "información eficaz", se exige alternativamente que esta permita evitar la continuidad o consumación del delito (Art. 212.1 del CP), conocer las circunstancias en las que se cometió el delito e identificar a los autores y partícipes (Art. 212.2), o conocer el paradero o destino de los bienes objeto material del delito y su restitución al patrimonio del deudor, en cuyo caso los bienes serás destinados al pago de las obligaciones del deudor según la ley de la materia (Art. 212.3), es decir la LRP o *de lege ferenda* la LGSC. Con ello se recurre, con algunas adaptaciones propias del régimen concursal, a reglas similares a las del Art. 2º del D. Leg. N° 815 de exclusión o reducción de pena en delitos tributarios, inspirada a su vez en las normas sobre reducción, exención, remisión o atenuación de la pena a los autores del delito de terrorismo previstas en el D. Ley N° 25499.

En todo caso no son pocas las dudas que plantean los supuestos de terminación anticipada del Art. 212º del CP, de inicio parece exigirse que la información permita alcanzar necesariamente los resultados descritos en los nums. 1, 2 y 3 ("información eficaz que permita"), no siendo suficiente el esfuerzo serio por parte del colaborador de entregar la mayor información para que por ejemplo se descubra a los autores del delito (num. 2), con lo que el otorgamiento del beneficio depende en gran medida de la actuación de los funcionarios que conocen la información, de modo que su negligencia u omisión puede perjudicar la concesión del mismo.

En esa misma perspectiva, no queda claro si el núm. 3 exige simplemente que la información permita conocer el paradero o destino de los bienes, o si además debe lograrse la efectiva restitución de los mismos como parece deducirse de la conjunción "y" prevista en la norma, resultado cuyo alcance difícilmente dependerá del informante, salvo que

se piense en supuestos de colusión con el poseedor de los bienes objeto del delito.

VII. EFECTOS DE LA REPARACIÓN ESPONTÁNEA

En un sistema como el peruano donde la reparación en el proceso penal es una aspiración difícilmente satisfecha[300], el Art. 212º*in fine* ordena reducir la pena del autor en dos tercios del máximo legal y la exención del partícipe (instigador o cómplice) cuando, en la investigación fiscal o judicial, dicho autor o partícipe "restituye voluntariamente los bienes o entrega una suma equivalente a su valor", bienes que deberán someterse al pago de las obligaciones del deudor según la LRP o *de lege ferenda* conforme a la LGSC. La última parte de la norma citada reproduce las consecuencias del principio de incomunicabilidad de las circunstancias modificativas de responsabilidad del Art. 26º del CP, que precisa que la "reducción o exención solo se aplicarán a quien o quienes realicen la restitución o entrega del valor señalado".

Con ello se establecen reglas de sustitución de la pena a través de la reparación espontánea, es decir mecanismos propios de la llamada "tercera vía" del DP, aunque cabe advertir que en cualquier caso se trata de una reparación parcial porque la devolución de los bienes o la entrega de su valor no incluye el pago del posible lucro cesante ni daños extra patrimoniales. Este otorgamiento de consecuencias antipunitivas a la reparación espontánea fue puesto de relieve por la exposición de motivos del Proyecto de marzo de 1999 de Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial, según el cual "Su fundamento obedece a la concepción de la reparación civil como la tercera vía del DP. Se entiende que los objetivos de prevención general y especial no solo pueden realizarse mediante la instrumentación de penas y medidas de seguridad, sino también, como tercera vía, a través de la reparación civil. Esta relación entre reparación y medida de la pena, obedece

[300] GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *La reparación civil en el proceso penal,* Lima, 1999, pp. 276 y ss.

a una perspectiva victimológica que, frente a la necesidad de imponer una pena como medida de prevención general, privilegia la satisfacción patrimonial de la víctima y evidencia una carencia de necesidad de prevención especial respecto del agente que voluntariamente repara el daño cometido"[301].

Efectivamente, como describe ROXIN esta concepción tiene la ventaja de ofrecer al autor un incentivo mayor para la reparación (atenuación obligatoria, condena condicional o exención de pena en caso de delitos menores, sin renunciar a la declaración de culpabilidad) y a la víctima un resarcimiento veloz y antiburocrático[302]. Vista de ese modo la reparación no se erige como un nuevo fin del DP (un *dritter Zweck*), este sigue sometido a fines de protección social a través de la prevención y la reparación puede contribuir sustancialmente a la realización de esos fines desde perspectivas de subsidiariedad, al lado de la pena y la medida de seguridad, como una tercera vía (*dritte Spur*)[303].

De esa forma, si el autor por su propio interés, se esfuerza en resarcir rápidamente a la víctima, tiene que relacionarse con ella, confrontarse interiormente con su conducta y con el daño causado y dar una prestación constructiva, entendida como socialmente razonable y justa de modo inmediato, lo que puede contribuir significativamente a la resocialización, es decir a la prevención especial, pero también a la prevención general, porque el trastorno social causado por el hecho punible recién queda neutralizado cuando el daño es reparado y es reinstaurado el estado originario. "Recién entonces el perjudicado y la generalidad contemplan el caso como terminado"[304].

Estas formas de renuncia a la persecución penal no son totalmente novedosas en nuestro sistema jurídico, tomando en cuenta la regla de

---

[301] Documento de Trabajo Nº 002-1999, p. 12.

[302] ROXIN, Claus. *Dogmática penal y política criminal,* Lima, 1998, p. 460.

[303] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Estudios de DP,* Lima, 2000, pp. 227-228.

[304] ROXIN, Claus. *Dogmática penal y política criminal*, pp. 460-461.

cancelación de la pena en el libramiento indebido (Art. 215º*in fine* del CP) que impide el ejercicio de la acción penal si se paga el valor del cheque dentro del tercer día posterior al requerimiento[305], aunque este caso puede presentarse mejor como una criticable, por discriminatoria, forma de privatización del DP. De modo más claro se presenta el Art. 189º del Código Tributario, modificado por el Art. 61º de la Ley N° 27038 de 31 de diciembre de 1998 que estableció mecanismos de sustitución de la pena a través del pago de la suma defraudada[306]. Dicha norma incorporó una causal de exención de responsabilidad penal concebida objetivamente: el agente debía regularizar su situación tributaria, pagando la totalidad de la deuda o, en su caso, devolviendo el reintegro indebidamente percibido o cualquier otro beneficio tributario, antes del inicio de la investigación fiscal o, a falta de esta, antes que la SUNAT notifique cualquier requerimiento en relación al tributo y período en que se realizaron las conductas señaladas.

Ello significaba que la regularización debía llevarse a cabo en forma voluntaria, voluntariedad que se mantenía en tanto se regularizara la situación tributaria antes de la notificación de actuaciones de fiscalización. Algo semejante no acontece en el DP concursal, es criticable que el Art. 212º*in fine* del CP no establezca límites temporales a la reparación espontánea, motivo por el cual parece justificado limitar sus efectos atenuantes o eximentes cuando opere antes de la acusación fiscal, o sea antes de la etapa de enjuiciamiento; la reparación posterior a dicha estación procesal difícilmente podrá estimarse voluntaria estando de por medio una amenaza cierta y cercana de sanción penal[307]. Una restric-

---

[305] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto/GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. Cit., p. 435.

[306] CARO CORIA, Dino Carlos/SAN MARTÍN CASTRO, César. "La cancelación de la sanción penal tributaria mediante el 'pago debido'", en: *Actualidad Jurídica*, T. 66-B/mayo, 1999, p. 25 ss.

[307] ROXIN, Claus. *Dogmática penal y política criminal*, p. 460, de modo similar admite una "reparación civil prestada voluntariamente *hasta la apertura del juicio oral*". En la misma dirección se pronuncia el § 6.(1) del Proyec-

ción parecida impuso la Décimo Tercera Disposición Final de la Ley N° 27038 que extendió temporalmente los efectos eximentes del Art. 189º del Código Tributario para personas sujetas a investigación administrativa, fiscal o judicial, siempre que el Fiscal Superior no hubiere formulado acusación hasta el 31 de diciembre de 1998[308].

Además debe tenerse en cuenta que estas normas tributarias precisaron que la cancelación de la pena se extendía a todos los involucrados en el hecho (autores, cómplices e instigadores), lo que según se adelantó no se prevé en el Art. 212º que adopta plenamente las consecuencias de la incomunicabilidad, dejando quizás de lado los argumentos favorables a una carencia o disminución de la necesidad de pena para los partícipes cuando el autor del delito repara el hecho devolviendo los bienes o sustituyendo su valor en dinero. Así, cabría preguntarse sobre las razones para no bloquear o limitar la responsabilidad de los intervinientes accesorios (partícipes), cuando quien tuvo el dominio del hecho (autor) ha logrado atenuar su sanción mediante una espontánea reparación.

La norma tributaria también especificó que la exención de pena alcanzaba a otros delitos instrumentales o mediales, como irregularidades contables o falsedades documentales cometidas en relación a la deuda tributaria objeto de regularización. De no haber sido así, los efectos liberatorios se hubieran restringido seriamente, pues el delito tributario suele estar asociado con falsedades materiales o manipulaciones contables. Previsiones similares no se incorporan en el Art. 212º*in fine* del CP, cabiendo entender, dada la excepcionalidad de esta regla, que la sanción se exime o atenúa solo respecto de los delitos concursales.

Se ha cuestionado la justificación de una medida de "reparación" frente a un delito que pretende proteger un bien jurídico colectivo ("sistema crediticio"), de modo que pareciera necesario reparar a todos los

---

to Alternativo alemán sobre la Reparación de 1992 ("*Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*").

[308] CARO CORIA, Dino Carlos/SAN MARTÍN CASTRO, César. "La cancelación de la sanción penal tributaria mediante el 'pago debido'", p. 27.

acreedores o al propio INDECOPI que puede promover la denuncia penal y ser parte en el proceso respectivo[309]. Cabe sin embargo precisar que el Art. 212º del CP no establece un régimen de pago directo a los acreedores ni al INDECOPI, sino el sometimiento de los bienes o del dinero sustituto a las reglas concursales previstas en la LRP o, actualmente, en la LGSC. Ello indica el sentido de reponer las cosas al estado anterior no tanto desde la perspectiva individual de los acreedores o institucional en función del INDECOPI, sino a partir de las reglas del sistema concursal según las cuales dichos bienes o su valor deberán reintegrarse a la masa concursada.

Finalmente, puede ponerse en tela de juicio el otorgamiento de consecuencias de contracción penal ante actos de reparación espontánea en los delitos concursales del CP, que pueden alcanzar sanciones de hasta 8 años de privación de libertad. Ello porque prácticamente reina acuerdo en que el recurso a esta "tercera vía" debe limitarse principalmente a delitos de poca gravedad[310], al menos si con ella se persigue la exclusión de la pena como se prevé para el partícipe en el Art. 212º del CP y no solo una atenuación como la establecida para el autor. La gravedad abstracta de los delitos concursales es indiscutible dada la intensidad de las sanciones, sobre todo si se confrontan con la pena del hurto, el robo no agravado, la apropiación ilícita, la estafa o los libramientos indebidos, infracciones en los que la ley no otorga consecuencias favorables por una reparación espontánea. De allí que puede cuestionarse si esta instrumentación de la tercera vía no se erige como un mecanismo discriminatorio en el contexto de los delitos económicos y patrimoniales del CP.

---

[309] GARCÍA CAVERO, Percy. "Consideraciones críticas a la reforma penal de los delitos concursales", p. 243. Igual, REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de DP económico*, p. 360.

[310] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Estudios de Derecho penal*, p. 229. Un amplio reconocimiento a la reparación como medida general de evitación de la pena reposa en la postura de RODRÍGUEZ DELGADO, Julio. *La reparación como sanción jurídico-penal*, Lima, 1999, p. 196 ss.

VIII. ASPECTOS PROCESALES

1. Formas de ejercicio de la acción penal

El Art. 213º del CP establece que en los delitos contra el sistema crediticio solo se procederá por acción privada ante el Ministerio Público. Asimismo, que el INDECOPI "a través de sus órganos correspondientes, podrá denunciar el hecho en defecto del ejercicio de la acción privada y en todo caso podrá intervenir como parte interesada en el proceso penal que se instaure".

Para SAN MARTÍN CASTRO esta norma plantea dos problemas interpretativos, la determinación del modo de ejercicio de la acción penal y los alcances del concepto de "parte interesada" que se otorga al INDECOPI[311]. En cuanto a lo primero debe quedar claro, más allá de la expresión legal "acción privada" que en todo caso carece de justificación[312], que estamos ante un modelo de acción mixta o semipública. Así lo destaca la propia exposición de motivos del Proyecto de marzo de 1999 de Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial, según la cual "La conjunción entre intereses individuales y colectivos en este sector del DP, fundamenta el carácter mixto de la acción penal"[313]. Dicho carácter semipúblico implica que la acción penal no se extingue por desistimiento o transacción (Art. 78.3 del CP), pero además que tras la comunicación del delito al Ministerio Público por parte de la víctima, es decir uno o más acreedores afectados, el Fiscal adquiere legitimación para intervenir en el proceso que se tramitará según

---

[311] SAN MARTÍN CASTRO, César. "Delito socieconómico y proceso penal", en: *Advocatus*, N° 4, 2001, p. 276.

[312] Como indica GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de DP*. 3ª ed. Madrid 1990, pp. 90-91, la persecución privada de un delito puede justificarse frente a hechos no violentos, de poca entidad, predominantemente ocasionales y cuando la prueba del hecho implica el riesgo de una intromisión en la vida privada de la víctima.

[313] Documento de Trabajo Nº 002-1999, p. 12.

las pautas ordinarias o especiales previstas por la ley para los delitos de persecución pública[314].

También se permite que el INDECOPI denuncie el hecho "en defecto del ejercicio de la acción privada", reconociéndose con ello que dichos delitos afectan bienes colectivos. En efecto, la citada exposición de motivos expresa que "La legitimación del INDECOPI para denunciar o intervenir en el proceso penal como parte interesada, deriva de la propia concepción de la funcionalidad del sistema crediticio como un interés colectivo o supraindividual cuya cautela pública corresponde a este organismo estatal"[315]. Antes bien, no se prevén reglas precisas para la intervención del INDECOPI, no se detalla que el ilícito deba afectar a una pluralidad de personas, que deba considerarse el nivel de afectación de la cadena de pagos, el monto de las deudas burladas, las características del sector económico perjudicado, etc., omisiones que pueden conllevar atentados contra el principio de igualdad como a una actuación discrecional por parte de la administración[316].

En relación al segundo problema interpretativo del Art. 213º del CP, el INDECOPI debe ser notificado de la instauración del proceso penal para que decida si interviene como parte interesada, decisión discrecional y expresa, no controlable judicialmente, según plantea SAN MARTÍN[317]. Más aun, el INDECOPI ni siquiera es parte penal, posición que corresponde exclusivamente al Ministerio Público, solo está vinculada al objeto civil. Y aun cuando es parte civil en el proceso penal, no es parte material dado que no es el sujeto pasivo del delito en cuyo favor se fija la reparación civil. De ese modo, el INDECOPI tiene similar consideración que el denominado "actor social", reconocido en el Art.

---

[314] SAN MARTÍN CASTRO, César. "Delito socieconómico y proceso penal", p. 276.

[315] Documento de Trabajo Nº 002-1999, cit., p. 12.

[316] SAN MARTÍN CASTRO, César. "Delito socieconómico y proceso penal", p. 276.

[317] *Ibid.*, p. 276.

103º del CPP de 1991, es parte acusadora formal, vinculada exclusivamente al objeto civil del proceso penal, aunque condicionada a la aceptación de la víctima[318].

2. Requisito de procedibilidad

La Novena Disposición Final de la Ley Nº 27146 de 24 de junio de 1999 que reformó los alcances de la LRP (D. Leg. Nº 845) estableció una condición de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal por los delitos concursales de los Arts. 209, 210 y 211, en términos similares a las previstas para otros delitos económicos en los que el INDECOPI tiene facultades reguladoras y sancionadoras[319]. Se ordena que el Fiscal, antes de formular la denuncia, solicite al INDECOPI un informe técnico que debe emitirse en 5 días hábiles, informe que deberá ser valorado por la Fiscalía y el Poder Judicial en la fundamentación de los dictámenes y resoluciones correspondientes.

---

[318] *Ibid*., p. 277. Precisa SAN MARTÍN (pp. 276-277) que esa condición de "parte interesada" implica varios efectos procesales: 1. La constitución de la víctima en parte civil no excluye al INDECOPI del procedimiento penal. 2. Aun cuando el INDECOPI actúe en defecto de la víctima, su actuación procesal se circunscribe al delito perpetrado y al ámbito de agraviados lesionados por la conducta del imputado; 3. Como el INDECOPI no es agraviado, desde que el sujeto pasivo siempre es el acreedor o los acreedores defraudados, la reparación civil no puede ser destinada a dicha institución pública. 4. Dado que el delito es semipúblico, el INDECOPI no tiene la calidad de acusador privado, tampoco tiene la calidad de acusador popular, interesado en la sanción penal, toda vez que nuestra legislación procesal penal no ha incorporado esa figura procesal. 5. Si bien el INDECOPI no es parte principal en el proceso penal, su intervención no determina la paralización del mismo si no absuelve un traslado o si no asiste al juicio oral, es suficiente que se le notifique de las diligencias correspondientes y se le corran los traslados que fueran pertinentes, por ello no caben declaraciones de ausencia o de rebeldía.

[319] CARO CORIA, Dino Carlos. "La intervención previa del Indecopi: un modelo para desarmar", en: *Thémis*, Nº 27-28, Lima, 1994, p. 223-224.

La exposición de motivos del proyecto previo a esta norma señaló que "el alto grado de tecnicismo que se observa en los procesos de reestructuración patrimonial justifica el establecimiento de un requisito de procedibilidad, ya común en otros delitos relacionados con las materias competenciales del INDECOPI, que debe satisfacerse antes de que el Ministerio Público ejerza la acción penal ante el Poder Judicial. Este se concreta en la exigencia de un informe técnico al INDECOPI que permita a los órganos de control penal conocer los aspectos técnicos del caso analizado"[320].

Si se entiende que la delimitación del riesgo permitido cuenta con el dato indiciario de la ilicitud administrativa, entonces tiene sentido que el órgano administrativo sancionador informe al Ministerio Público sobre los alcances de la regulación administrativa en el caso concreto. Lo que en modo alguno implica que la Fiscalía o el Poder Judicial queden vinculados por los alcances del informe administrativo, pues en definitiva la interpretación de los alcances del tipo penal, incluyendo el sentido de las disposiciones administrativas complementarias, dada la remisión normativo-conceptual a través de los elementos normativos presentes en los Arts. 209 al 211 del CP, es tarea reservada a la jurisdicción penal.

La LGSC prevé la continuidad de esta condición de procedibilidad, pese a que su Disposición Derogatoria Única abroga expresamente la Ley Nº 27146, mantiene la vigencia de aquellas disposiciones finales que no se opongan a la LGSC.

[320] Documento de Trabajo Nº 002-1999, p. 12.

CAPÍTULO VI
DELITOS CONTRA
EL ORDEN ECONÓMICO

I. EL DELITO DE ESPECULACIÓN (ART. 234º DEL C.P.)

El delito de especulación es una de las conductas contenidas en el Cap. II del Tít. IX del C.P. ("Delitos contra el orden económico") y su desarrollo en la legislación penal nacional se encuentra íntimamente ligado al de los delitos de acaparamiento y adulteración, hoy figuras derogadas.

1. EL BIEN JURÍDICO PENAL

Según opinión de BRAMONT-ARIAS TORRES/ GARCÍA CANTIZANO, el bien jurídico protegido a través de este tipo es: "la defensa de la economía pública que puede ser puesta en peligro por los fraudes dirigidos a turbar la acción de las leyes económicas"[321]. Como se puede ver, la propuesta de dichos autores no parece demasiado concreta ni logra una identificación cierta del valor jurídicamente protegido.

Por otra parte, ANGELES GONZÁLES/ FRISANCHO APARICIO/ ROSAS YATACO sostienen que el valor específico penalmente protegido resulta ser "la libertad de precios" como "uno de los presupuestos más importantes de la libre concurrencia en el mercado"[322].

---

[321] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal.* Op. Cit., p. 441.

[322] ANGELES GONZÁLES, Fernando/ FRISANCHO APARICIO, Manuel/ ROSAS YATACO, Jorge. Op. cit., p. 1795.

El bien jurídico tutelado inmediato en el delito de especulación, según nuestra opinión, viene a ser "*los intereses económicos de los consumidores*", como elemento trascendente dentro del modelo de economía social de mercado que reconoce nuestra Constitución Política.

En contra de nuestra posición parece mostrarse ABANTO VÁSQUEZ, al señalar: "aquí se observa que, en realidad, la conducta delictiva no ataca directamente el interés de los consumidores, sino mayormente alguna regulación económica establecida como excepción a la regla general de la libre competencia, para garantizar el bienestar de los consumidores. En estos casos, en contraposición con los delitos contra la competencia (institución que también existe para beneficiar a los consumidores), podrá hablarse de delitos contra las ***regulaciones económicas especiales*** o contra un ***equilibrio de mercado*** y no directamente de delitos contra los consumidores"[323].

2. TIPO DE LO INJUSTO

Descripción Típica.

"Art. 234º.- 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 me-

[323] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico. Parte especial*, Idemsa, Lima, p. 203.

didas, 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".

(Texto según Fe de Erratas, publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 10.04.1991).

2.1. Tipo Objetivo.

(a) Sujetos

Activo

El estudio del sujeto activo del delito de especulación debe partir de la consideración que estamos ante un delito complejo, pues comprende varios supuestos de hecho.

Así las cosas, en cuanto a la conducta descrita en el primer párrafo del Art. 234º del CP, podemos afirmar que ha sido estructurada como un tipo especial propio, en la medida que sujeto activo de la conducta solo pueden ser el "productor", "fabricante" o "comerciante"[324].

En cambio, el sujeto activo en las conductas descritas en los párrafos 2, 3 y 4 del Art. 234º del C.P., puede ser cualquier persona natural.

Pasivo

Si tenemos en cuenta el carácter colectivo del bien jurídico protegido, no habrá problemas para afirmar que el sujeto pasivo de esta conducta viene a ser la colectividad.

---

[324] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. Cit., p. 224; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. Cit., p. 442; ANGELES GONZÁLES, Fernando/ FRISANCHO APARICIO, Manuel/ ROSAS YATACO, Jorge. Op. Cit., p. 1796.

(b) Actos Materiales

Dentro de los actos materiales comprendidos en el Art. 234º del CP, el profesor nacional ABANTO VÁSQUEZ, correctamente, logra diferenciar dos supuestos bien marcados: a) el atentado contra una regulación de precios, comprendido en el primer párrafo del precepto referido; y, b) el atentado contra la veracidad de la calidad o de la cantidad de los productos vendidos o de los servicios ofrecidos, a que hacen referencia los párrafos dos a cuatro del Art. 234º del CP[325]. Ahora bien, por cuestiones didácticas procederemos a analizar cada uno de los párrafos comprendidos en el artículo objeto de análisis.

a) Puesta en venta de productos considerados oficialmente de primera necesidad a precios superiores a los fijados por la autoridad competente.

Cuando el legislador penal hace referencia a la "puesta en venta" se refiere al simple acto de ofrecer el producto, siendo esto así, no se requiere que la venta del mismo se haya materializado[326].

La mencionada "puesta en venta" debe ser respecto a productos considerados oficialmente de primera necesidad, lo que quiere decir que se requiere de tal declaración por parte de la autoridad.

Finalmente, la oferta del producto de primera necesidad debe realizarse a un precio superior al establecido por ley, hecho que demuestra el carácter excepcional en que se desarrolla la conducta. No obstante, debe tenerse en cuenta que dicho carácter excepcional no supone identidad

---

[325] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. Cit., p. 222.

[326] De la misma opinión: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. Cit., p. 224; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. Cit., p. 442; ANGELES GONZÁLES, Fernando/ FRISANCHO APARICIO, Manuel/ ROSAS YATACO, Jorge. Op. Cit., p. 1797.

con la situación de "conmoción o calamidad pública" a que hace mención la agravante contenida en el Art. 236º del CP[327].

b) Venta injustificada de bienes, o prestación de servicios a precios superiores a los que consta en las etiquetas, rótulos, letreros o listas elaboradas por el propio vendedor o prestador de servicios.

La diferencia fundamental entre este supuesto y el estudiado anteriormente es, como bien precisa ABANTO VÁSQUEZ, el contexto en el que se verifican los hechos, en este caso, en "una *situación normal de competencia*"[328].

A diferencia del párrafo anterior, el objeto material de la conducta aquí descrita es cualquier bien o servicio, no es necesario que sea de "primera necesidad".

El segundo párrafo del Art. 234º del CP exige la existencia de una relación comercial perfeccionada, esto es, se requiere la venta del bien o prestación del servicio, los estadios anteriores son punibles en grado de tentativa[329].

Finalmente, tenemos que los precios superiores se deben encontrar contenidos en etiquetas, rótulos, letreros o listas elaboradas por el vendedor o prestador de servicios.

BRAMONT-ARIAS TORRES/ GARCÍA CANTIZANO ponen el acento en la necesidad que dicha elevación del precio se deba a causas injustificadas[330], lo que debe ser valorado desde una perspectiva objetivo-económica.

---

[327] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. Cit., p. 222.

[328] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. Cit., p. 226.

[329] *Ibid*., pp. 226-227.

[330] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. Cit., p. 443.

c) Venta de bienes que, por unidades tienen cierto peso o medida, cuando dichos bienes sean inferiores a estos pesos o medidas.

Este supuesto excluye a los "servicios", pues estos no tienen peso ni medida. El reproche penal se centra en la falta de equivalencia entre el peso o medida del bien vendido con el que en realidad fue objeto de contratación.

d) Venta de bienes contenidos en embalajes o recipientes cuyas cantidades sean inferiores a los mencionados en ellos.

La conducta es fundamentalmente la misma que la descrita en el anterior párrafo, con la distinción que las cantidades contratadas, en este caso, difieren de las precisadas en los embalajes o recipientes.

2.2. Tipo Subjetivo

El delito de especulación es doloso. Ahora, aunque no estamos a un delito patrimonial –en el sentido de tratarse de un tipo penal orientado a la protección del patrimonio- es evidente, dada la forma de configuración legal de las conductas delictivas, que el ánimo de lucro constituye un elemento conformante del tipo subjetivo de este delito.

2.3. Consumación

En este punto hay que diferenciar las conductas descritas en el primer párrafo, de las establecidas en los párrafos segundo, tercero y cuarto del Art. 234º del CP.

La conducta descrita en el primer párrafo del precepto analizado, se agota con el simple acto de poner en venta un producto de primera necesidad; siendo esto así, la tentativa es poco sostenible.

En cuanto a las conductas descritas en el párrafo 2, 3 y 4 del Art. 234º del CP tenemos que estas requieren la venta de un bien o prestación de un servicio, por lo que no habrá problemas en admitir la tentativa.

II. EL DELITO DE ADULTERACIÓN DE PRODUCTOS (ART. 235º DEL C.P.)

Históricamente, nos indica ABANTO VÁSQUEZ, es posible encontrar referentes de esta figura en el Código de HAMMURABI, la Lex Aquiliana Romana, la Constitución Carolina del Sacro Imperio Romano-Germánico y en culturas más recientes[331].

1. EL BIEN JURÍDICO PENAL

Según nuestra opinión, el bien jurídico tutelado inmediato en el delito de adulteración de productos, viene a ser la "*credibilidad en el tráfico comercial*", entendiéndolo como un interés económico de los consumidores.

LAMAS PUCCIO, en una línea bastante cercana a la defendida por nosotros, estima que el Art. 235º del CP describe una serie de "atentados contra la buena fe que el consumidor deposita en las especificaciones que se citan en el artículo que es consumido"[332].

Algo más distantes de la referencia al consumidores aparecen BRAMONT-ARIAS TORRES/ GARCÍA CANTIZANO y ABANTO VÁSQUEZ.

BRAMONT-ARIAS TORRES/ GARCÍA CANTIZANO identifican como bien jurídico tutelado en este delito: "el orden económico, específicamente, el interés social en la conservación de la confianza en las actividades mercantiles, a fin de que no se vea alterado el crédito que favorece su desarrollo"[333].

Por su parte, ABANTO VÁSQUEZ estima que puede considerarse que en el delito de adulteración de productos se protegen los intereses

---

[331] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. Cit., p. 230.

[332] LAMAS PUCCIO, Luis. Op. cit., p. 224.

[333] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. Cit., p. 445.

de los consumidores, no obstante, dicho entendimiento debe ser encuadrado dentro de un interés de todos los agentes económicos: "la buena fe comercial" o la "credibilidad en el tráfico de productos o servicios"[334].

2. TIPO DE LO INJUSTO

Descripción Típica

"Art. 235º.- 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".

(Texto según Fe de Erratas, publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 10.04.1991).

2.1. Tipo Objetivo

(a) Sujetos

Activo

Como acertadamente señalan ANGELES GONZÁLES/ FRISANCHO APARICIO/ ROSAS YATACO, ABANTO VÁSQUEZ, BRAMONT-ARIAS TORRES/ GARCÍA CANTIZANO, si bien en la mayoría de ocasiones el agente será el "productor", "fabricante" o "comerciante", el delito de adulteración de productos ha sido estructurado como un tipo común, de allí que cualquier persona natural puede ser admitida como sujeto activo de la conducta[335].

---

[334] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. Cit., p. 231.

[335] ANGELES GONZÁLES, Fernando/ FRISANCHO APARICIO, Manuel/ ROSAS YATACO, Jorge. Op. Cit., p. 1799; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. Cit., p. 232; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. Cit., p. 445.

Pasivo

Sujeto pasivo de la conducta viene a ser la colectividad.

(b) Actos Materiales

La conducta descrita en el Art. 235º del CP se guía por dos verbos: "alterar" o "modificar". Ambos suponen la mezcla de sustancias diversas que varíen su composición[336]. Estas dos conductas deben variar la composición del producto en cuanto su calidad, cantidad, peso o medida. Si la variación se produce en ámbitos distintos, no podremos hablar de adulteración de productos, en el sentido del Art. 235º del CP[337].

De hecho, tan igual como ocurre en el delito de especulación, la conducta ha de recaer sobre artículos considerados oficialmente de primera necesidad.

Se introduce como elemento del tipo la necesidad que el hecho perjudique al consumidor.

No compartimos totalmente la opinión de ABANTO VÁSQUEZ en el sentido de que si la conducta produce un peligro grave para la salud de las personas, esta se subsumirá en el tipo del delito contra la Salud pública (expendio de productos nocivos), hecho que, en realidad, solo ocurrirá cuando el agente conozca la potencialidad nociva del artículo considerado de primera necesidad[338].

2.2. Tipo Subjetivo

El delito de adulteración de productos es doloso. En la medida que se aprecia una diversidad de elementos normativos del tipo y se exige además que la conducta genere perjuicio en el consumidor, la admisibilidad del dolo eventual se encuentra bastante limitada.

---

[336] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. Cit., p. 232.

[337] *Ibid.*, p. 232.

[338] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. Cit., p. 232.

2.3. Consumación.

Estamos ante un delito de mera actividad, pues el tipo no requiere un efectivo perjuicio en los consumidores ni que los bienes hayan sido ofertados o vendidos. Es por este motivo que no es posible admitir la tentativa[339].

Ahora, es necesario formular ciertas aclaraciones en torno a lo antes indicado. Es que aunque el tipo penal haga referencia a que la conducta se debe realizar "en perjuicio del consumidor", esa referencia no alude a un determinado resultado típico sino que identifica ciertas características de la conducta; a saber, la alteración o modificación de la calidad, cantidad, peso o medida de los artículos debe afectar negativamente la posición del consumidor.

III. VENTA ILÍCITA DE MERCADERÍAS (ART. 237º DEL CP)

El Cap. III, Tít. IX, del Libro II del C.P. contiene como único precepto el Art. 237º, conocido como "venta ilícita de mercaderías".

1. EL BIEN JURÍDICO PENAL

Sin entrar al estudio detallado del merecimiento y necesidad de protección penal que, por cierto, no aparecen muy claros en este delito, trataremos de ubicar el valor penalmente tutelado, haciendo presente que nuestra doctrina no ha fijado mayor atención sobre esta conducta.

Del estudio del tipo analizado podemos afirmar que la tutela penal se dirige a proteger ***la función estatal de ayuda social***. Y es que aunque el actual modelo económico constitucional resulte, en relación al modelo contemplado en la Constitución Política de 1979, menos intervencionista, la participación del Estado a través de planes de ayuda social, subsidios y otro tipo de beneficios, tanto para las personas como para las

[339] De la misma opinión: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. Cit., p. 233; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. Cit., p. 446.

empresas, resulta necesario, siendo justamente uno de los factores que da contenido "***social***" al modelo.

2. TIPO DE LO INJUSTO

Descripción Típica

"Art. 237º.- 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 36º, 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".

(Modificado por el Art. 3º de la Ley Nº 27776 del 09.07.2002)

2.1. Tipo Objetivo

(a) Sujetos

Activo

El delito aquí comentado, en su tipo básico, y en la modalidad de transporte o comercio sin autorización, bienes fuera del territorio en el que goza de beneficios provenientes de tratamiento tributario especial, puede ser realizado por cualquier persona natural.

En cuanto a la figura descrita, al final del segundo párrafo, esta deberá ser cometida por un funcionario o servidor público.

Pasivo

Sujeto pasivo de la conducta viene a ser la colectividad

(b) Actos Materiales

El tipo requiere que el agente haya puesto en venta o negocie bienes recibidos para su distribución gratuita.

No se requiere que el bien haya sido, en efecto, vendido por el agente, solo se requiere que se haya producido la oferta.

Ahora bien, el tipo precisa que debemos estar ante "bienes recibidos para su distribución gratuita". La interpretación de dicho elemento debe ser coherente con la identidad del bien jurídico penalmente tutelado. Partiendo de esa premisa, resulta evidente que estamos ante bienes cuyo origen se ubica en los planes de acción social estatal. Los bienes cuyo origen se encuentra en el patrimonio de terceros, como las muestras gratuitas de productos, no suponen la afectación del valor jurídicamente tutelado, por lo que no ingresan en el radio de protección de la norma.

En cuanto a las modalidades agravadas, contenidas en el segundo párrafo del Art. 237º del CP, la primera de ellas exige el transporte o comercio sin autorización de bienes fuera del territorio en el que goza beneficios provenientes de tratamiento tributario especial por tratarse de "bienes recibidos para su distribución gratuita" a fin de satisfacer las necesidades básicas o primarias de la comunidad; la segunda requiere que la conducta sea ejecutada en épocas de "conmoción o calamidad pública", supuesto en el que deben ser comprendidos aquellos hechos que se refieran a graves circunstancias originadas en desastres naturales, excluyendo otros supuestos confusos, como los períodos de crisis económica, sancionables a través del tipo básico[340]. La tercera circunstancia de agravación se produce cuando el hecho es realizado por funcionario o servidor público.

2.2. Tipo Subjetivo

El delito de venta ilícita de mercaderías es de carácter doloso.

---

[340] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. Cit., pp. 220-221.

Se admite el dolo eventual en los supuestos comprendidos en el párrafo primero del artículo 237° CP. Las modalidad agravadas, por la preponderancia de elementos normativos del tipo, excluyen la comisión vía dolo eventual.

2.3. Consumación

La conducta se agota con la puesta en venta o la negociación de bienes de distribución gratuita, no se requiere que la venta se concrete. La tentativa es difícilmente admisible.

IV. FRAUDE EN LICITACIONES, REMATES Y CONCURSOS (ART. 241º DEL C.P.)

Los antecedentes de esta figura se ubican en la legislación penal española, tanto el anterior C.P. español como el actual CP de 1995. El actual texto penal español no solo ha incorporado una selección más detallada de conductas ilícitas, sino que ha sido más cuidadoso al seleccionar las consecuencias jurídicas a imponer[341].

1. EL BIEN JURÍDICO PENAL

La doctrina nacional no se ha dedicado a estudiar con profundidad esta conducta, solo tenemos la opinión de LAMAS PUCCIO y ABANTO VÁSQUEZ.

Según LAMAS PUCCIO la protección penal se destina a la "libertad que existe en un remate, en una licitación y en un concurso de orden público"[342], como factor trascendente en el proceso de libre y leal concurrencia.

Una concepción unívoca del bien jurídico penalmente tutelado en este tipo caería en el error, anotado por ABANTO VÁSQUEZ, de no

[341] *Ibid.*, pp. 78-79.

[342] LAMAS PUCCIO, Luis. Op. Cit., p. 230.

entender los verdaderos alcances del tipo[343]. En esta línea de ideas, hay que comprender que el Art. 241º del CP protege, concurrentemente, una serie de intereses jurídicos como la libre y leal competencia, el patrimonio estatal o el de las empresas intervinientes en las licitaciones y la propia administración pública[344].

Todos estos intereses pueden ser englobados dentro del concepto: "la transparencia de los procesos de subastas y concursos públicos"[345] como elemento trascendente del modelo de economía (social) de mercado.

2. TIPO DE LO INJUSTO

Descripción Típica

"Art. 241º.- 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".

(Texto vigente tras la derogatorio del numeral 3 por el inciso b) de la Segunda Disposición Complementaria y Derogatoria del Decreto Legislativo nº 1034, del 25.06.2008).

---

[343] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. Cit., p. 80.

[344] *Ibid*., pp. 79-80.

[345] En similar línea a la establecida por ABANTO VÁSQUEZ, quien indica que el valor penalmente tutelado es "*la pureza del proceso de subastas y concursos públicos*", aunque consideramos que el término "pureza" resulta demasiado abstracto; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. Cit., p. 80.

2.1. Tipo Objetivo

(a) Sujetos

Activo

El sujeto activo de la conducta puede ser cualquier persona natural que realice el comportamiento descrito en el Art. 241º del CP.

Pasivo

A diferencia de la posición defendida por ABANTO VÁSQUEZ, según la cual el sujeto pasivo resultaría ser "El Estado; concretamente, el órgano estatal encargado de organizar el concurso, la subasta o la licitación pública"[346] o la tesis de ANGELES GONZALES/ FRISANCHO APARICIO/ ROSAS YATACO, según la cual el sujeto pasivo es el postor rival[347], estimamos que sujeto pasivo de esta conducta resulta ser la sociedad, pues el bien jurídico lo encontramos vinculado, más que a la administración pública, a los procesos de licitación, subastas y concursos públicos como mecanismos propios del modelo económico constitucionalmente aceptado y cuyo receptor resultar ser siempre la colectividad.

(b) Actos Materiales

El Art. 241º del CP, a razón del Decreto Legislativo Nº 1034, del 25.06.2008, que derogó el supuesto de "concertar entre sí con el objeto de alterar el precio", comprende ahora solo dos supuestos de hecho que analizaremos a continuación:

a) Primer supuesto: el agente deberá 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.

   La distinción entre el acto de "solicitar" o "aceptar" dádivas o promesas aparece en la unilateralidad de la solicitud y la bi-

---

[346] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. Cit., p. 86.

[347] ANGELES GONZÁLES, Fernando/ FRISANCHO APARICIO, Manuel/ ROSAS YATACO, Jorge. Op. Cit., p. 1825.

lateralidad de la aceptación. Debe entenderse como "dádiva" aquellos bienes patrimoniales entregados al agente a título de liberalidad. La "promesa" es la declaración de entrega futura de bienes de contenido patrimonial[348].

b) Segundo supuesto: supone un adelanto de la punición hacia conductas tendentes a alejar a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio. A diferencia de la primera conducta, se incluyen las "amenazas" y otras clases de "artificios".

   Pues bien, todas estas conductas tienen como objetivo "alejar" a los posibles postores en licitaciones o concursos públicos, lo que incluye tanto a quienes ya se encuentran inscritos en dichos procesos como a los que aún no se han decidido por dicha opción, siempre que concurran en ellos los requisitos de ley para participar en dichos procesos, caso contrario estaremos frente a un supuesto de tentativa inidónea impune[349].

2.2. Tipo Subjetivo

Nos encontramos ante un delito doloso. En la medida que las conductas requieren que su realización se encuentre motivada por una especial finalidad (para no participar en el procedimiento de adquisición o alejar a otros postores), debe excluirse la posibilidad de aplicación del dolo eventual.

2.3. Consumación

El Art. 241º del CP ha sido estructurado como delito de mera actividad en el cual no se requiere la existencia de algún especial resultado lesivo.

---

[348] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. Cit., p. 87.

[349] De la misma opinión que: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. Cit., pp. 87-88.

V. EL DELITO DE INFORMACIÓN REHUSADA O FALSA (ART. 242º DEL CP)

1. EL BIEN JURÍDICO PENAL

La protección penal se encuentra dirigida, en el Art. 242º del C.P., al derecho a la información económica, industrial o mercantil cuyos destinatarios finales serán siempre los competidores y los usuarios.

Debemos comprender que la tutela penal no tiene su razón de ser en el hecho que se rehúse suministrar o se entregue a la autoridad competente información falsa, sino en que dicha omisión o falseamiento de la información no refleje el real estado económico de la empresa, su solidez o su solvencia, en cuya virtud los competidores y las consumidores no tendrán noción correcta de las decisiones a tomar en el contexto económico social de mercado.

2. TIPO DE LO INJUSTO

Descripción Típica

> "Art. 242º.- El director, administrador o gerente de una empresa que, indebidamente, rehúsa 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".

2.1. Tipo Objetivo

(a) Sujetos

Activo

El delito de información rehusada o falsa ha sido estructurado como un tipo especial propio, en la medida que el delito solo puede ser cometido por el director, administrador o gerente de una empresa.

Pasivo

El sujeto pasivo de la conducta es la colectividad. De distinta opinión son ANGELES GONZALES/ FRISANCHO APARICIO/ ROSAS YATACO, para quienes el sujeto pasivo de la conducta es el Estado[350].

(b) Actos Materiales

Son dos las conductas básicas comprendidas en el Art. 242 del CP, las que se examinarán a continuación.

La primera de las conductas viene dada por el hecho de rehusarse a suministrar a la autoridad competente la información económica, industrial o mercantil que se le requiera.

La segunda de las conductas se configura con la entrega de información económica, industrial o mercantil falsa a la autoridad competente.

Estimamos, por su amplitud, sumamente dudosa la incorporación del elemento normativo "autoridad competente", toda vez que no establece con exactitud respecto a qué organismos existe la obligación de entregar información veraz ni la justificación de la intervención punitiva estatal.

2.2. Tipo Subjetivo.

La conducta descrita en este precepto sólo puede ser cometida mediante dolo directo. Esta afirmación responde no solo al hecho de que para la comisión del delito se requiere que el agente haya sido *requerido* a la entrega de información sino que se exige su actuación *deliberada.*

2.3. Consumación

Nos situamos frente a un delito de mera actividad, que se configura cuando se vence el plazo para que el sujeto activo brinde información

[350] ANGELES GONZALES, Fernando/ FRISANCHO APARICIO, Manuel/ ROSAS YATACO, Jorge. Op. Cit., p. 1827.

económica de la empresa a la autoridad competente y cuando presentada dicha información, esta resulte falsa.

VI. LUCRO INDEBIDO EN IMPORTACIONES (ART. 243º DEL CP)

1. EL BIEN JURÍDICO PENAL

En el modelo económico constitucionalmente adoptado, no obstante que el Estado carece de mayor nivel de intervención, de acuerdo a su papel de "orientador" del desarrollo del país (Art. 58º de la Constitución Política), es factible que este intervenga, como en efecto ocurrió en décadas pasadas, a través de subvenciones o tipos de cambio preferenciales.

Las conductas que se engloban en el Art. 243º del CP afectan entonces "***la función estatal de promoción a la inversión privada***".

2. TIPO DE LO INJUSTO

Descripción Típica

"Art. 243º.- El que recibe moneda extranjera con tipo de cambio preferencial para realizar importaciones de mercaderías y vende estas 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.

2.1. Tipo Objetivo

(a) Sujetos

Activo

Sujeto activo de la conducta puede ser cualquier persona natural, pues el tipo ha sido elaborado como un delito común, sin embargo, será

muy usual observar que son los importadores quienes resultan involucrados en esta clase de conductas[351].

Pasivo

Es la Sociedad.

(b) Actos Materiales

El Art. 243º del CP comprende en realidad dos supuestos de hecho. Como se apreciará, son los elementos subjetivos los determinantes de la antijuricidad de la conducta.

El primer supuesto hace mención a la recepción de moneda extranjera con tipo de cambio preferencial para realizar importaciones de mercaderías y su posterior venta a precios superiores a los autorizados.

La segunda conducta es la de dar a las mercaderías finalidad distinta a la establecida en la norma que fija el tipo de cambio o el régimen especial tributario.

2.2. Tipo Subjetivo

Estamos ante un delito doloso en el que predominan elementos normativo y de tendencia interna trascendente que llevan a la exclusión del dolo eventual.

2.3. Consumación

En cuanto al primer supuesto comprendido en el Art. 243º del CP, este se agota cuando el sujeto activo vende la mercadería importada adquirida con moneda extranjera recibida con tipo de cambio preferencial, las fases previas son reprochables en grado de tentativa.

El supuesto contenido en la parte final del Art. 243º del CP se consuma cuando el sujeto activo aplica a las mercaderías una finalidad distinta a la que establece la norma por la cual se fijó un tipo de cambio preferencial o un régimen tributario especial.

---

[351] ANGELES GONZALES, Fernando/ FRISANCHO APARICIO, Manuel/ ROSAS YATACO, Jorge. Op. Cit., p. 1829.

CAPÍTULO VII
EL DELITO DE ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA EN EL MERCADO DE VALORES

I. CUESTIONES PRELIMINARES

Dentro de los delitos de nuevo cuño, uno de los que mayor atención ha captado en la doctrina penal especializada es el uso indebido de información privilegiada, delitos de iniciados, *insider trading*, *insider dealing* o *delits des inities*. Este interés por parte de la doctrina penal ha venido acompasado con la aparición de una serie de intentos legislativos por prevenir y reprimir las conductas especulativas en el mercado de valores.

En los países europeos, el impulso legislativo ha venido dado con la aparición de la normativa emanada de la Unión Europea, que ha provocado en los países miembros en virtud de la primacía y eficacia directa[352],

[352] El principio de primacía es aquel por el cual las disposiciones de carácter comunitario prevalecen sobre las normas nacionales. El principio de eficacia directa conocido también como de "aplicabilidad inmediata" concede a la normativa comunitaria efectos inmediatos en los ordenamientos nacionales de los estados miembros de la Unión Europea; al respecto CARNEVALI RODRIGUEZ, Raúl. *Derecho penal y Derecho sancionador de la Unión Europea,* Comares, Granada, 2001, pp. 41-50; REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual De Derecho penal económico*. Parte General y Parte Especial, Gaceta Juridica, Lima, 2002, p. 95; EL MISMO. "Derecho penal y la ley penal en blanco: Algunos apuntes sobre la problemática de la técnica de reenvío en las legislaciones penales europeas a propósito de la normativa comunitarias", en: *Themis,* № 41, Lima, 2000, pp. 330-331.

la necesidad de adoptar sus ordenamientos internos a las coordenadas planteadas por las normas comunitarias[353],[354].

---

[353] Entre las normas comunitarias que han ejercido influencia en materia bursátil, RUIZ RODRÍGUEZ cita las siguientes: Directiva de 5 de marzo de 1979 (sobre coordinación de las condiciones de admisión de valores mobiliarios a cotización oficial en una bolsa de valores), de 12 de diciembre de 1988 (sobre las informaciones que han de publicarse en el momento de la adquisición y la cesión de una participación importante en una sociedad cotizada en bolsa), de 17 de abril de 1989 (que coordina la elaboración, control y difusión del folleto que debe publicarse en caso de oferta pública de valores negociables) y de 13 de noviembre de 1989 (sobre coordinación de las normativas relativas a las operaciones con información privilegiada); al respecto: RUIZ RODRIGUEZ, Luis Ramón. *Protección penal del mercado de valores* (*infidelidades en la gestión de patrimonios*), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz / Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 130; EL MISMO. "Protección penal del mercado de valores. Recientes influencias a la jurisdicción administrativa", en: El mismo (Ed.). *Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores. Actas del II Seminario Internacional de Derecho penal económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 115; EL MISMO. "El delito bursátil a la luz de a ley 37/ 1998, de reforma de mercado de valores", en: Quintero Olivares, Gonzalo & Morales Prats, Fermín (coordinadores). *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001, passim.

[354] La influencia e incidencia de la normativa comunitaria en la represión de las conductas de abuso de información privilegiada ha sido puesta de manifiesto por múltiples autores; al respecto: ACALÉ SÁNCHEZ, María & TERRADILLOS BASOCO, Juan. "Protección penal del mercado bursátil", en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, № 10, Lima, 2000, pp. 14-15; DA COSTA PINTO, Federico de Lacerda. *O novo regime dos crimes e contra-ordenacoes no código dos valores mobiliarios*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 36; EL MISMO. "delitos económicos y mercados financieros. Abuso de información privilegiada y manipulación del mercado en el nuevo código portugués de valores mobiliarios de 1999", en: *Revista Penal*, № 6, Praxis, Barcelona, 2000, p. 89; LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. "El abuso de información privilegiada", en: Bacigalupo Zapater, Enrique (Director). *Curso de Derecho penal económico*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 351; MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico, Parte especial,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999*,* p. 135; REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Derecho penal bursátil. El delito de abuso de información privilegiada*, Grafica Horizonte, Lima, 2002, pp. 45-127 ss.; REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal Económico,* pp. 549-550; RUIZ

Es así que – salvo el caso de Francia que regula el abuso de información privilegiada desde la *Ordonnance* de 1967[355]– Suiza (1980)[356], Gran Bretaña (*Companies Act* de 1980), España (Ley 24/ 1988 del Mercado de Valores), Italia (Ley № 157 de 1991, Dec Leg. № 58/1998)[357], Alemania (*Zweites Finanzmarktförderungsgesetz* de 1994), Irlanda (*Companies Act* de 1990) y Suecia (*Insider Trading Act* de 1991), son alguna de las naciones europeas que han seguido la senda marcada por las legislación comunitaria y han armonizado sus ordenamientos internos para lograr una protección, en pie de igualdad, del adecuado funcionamiento del mercado de valores.

RODRIGUEZ, Luis Ramón. "Capitulo 2: Delito contra el libre mercado. Utilización abusiva de información privilegiada en Derecho español", en: Ruiz Rodríguez, Luis Ramón & Reyna Alfaro, Luis Miguel (Coords.). *La regulación penal del mercado de valores (Estudio de Derecho peruano y español)*, Editorial Portocarrero, Lima, 2001, pp. 94-95.

[355] Aunque a través del Reglamento 90/08 de la COB ha acomodado su regulación interna sobre la materia a la disposición comunitaria; RUIZ RODRIGUEZ, Luis Ramón, *Protección penal del mercado de valores (infidelidades en la gestión de patrimonios*), p. 160.

[356] En el caso Suizo, sin embargo, habría que matizar algo esa idea pues como sostuvo DESSEMONTER, la reforma del CP Suizo que supuso la introducción del Art. 161º del CP "difícilmente se librara del oprobio de ser una *lex americana* estatuida bajo la precisión de asuntos judiciales con los EE.UU", citado por HURTADO POZO, José. "El delito de explotación de información privilegiada en el CP suizo", en: AA.VV. *Hacia un Derecho penal europeo. Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann,* Madrid, 1995, p. 414; publicado también en AA.VV. *Estudios penales. Libro homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias*, Editorial San Marcos, Lima, 2003, p. 568 (en adelante las referencias serán hechas conforme a la publicación peruana).

[357] El Dec. Leg. № 58/1998 ha significado una modificación radical en la tipificación del delito de abuso de información privilegiada, introducido al ordenamiento penal italiano mediante la Ley № 157; con mayor detenimiento: MUSCO, Enzo. *Diritto penale societario*, Guiffre Editore, Milano, 1999, pp. 310 ss.; SEMINARA, Sergio. "El nuevo delito de insider trading en el ordenamiento jurídico italiano", en: Martínez-Bujan Perez, Carlos (Director). *I Congreso Hispano–Italiano de Derecho Penal Económico*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Coruña, La Coruña, 1998, pp. 141 ss.

En los países de Latinoamérica, cuyos mercados son aun emergentes, la regulación de tales comportamientos es mucho más reciente, de allí que todavía se debata sobre la necesidad de tales normas. Ciertos especialistas en la materia consideran que la regulación excesiva en mercados emergentes podría ser inútil y podría reprimir las inversiones de determinado sector, por lo que admiten un cierto grado de imperfección en la información, siempre que ello no signifique corrupción y desigualdad generalizada.

Pues bien, las líneas que siguen tratan de pasar revista a la legislación penal de algunos de los países de Iberoamérica que han regulado en sede penal el abuso de información privilegiada (Colombia, Costa Rica, España, Perú y Portugal), enfocado la discusión sobre cinco aspectos básicos: el bien jurídico penamente tutelado, los posibles sujetos activos de la conducta, la técnica de tipificación utilizada, las consecuencias jurídicas del delito y las relaciones con el Derecho administrativo y sancionador.

II. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

1. Cuestiones iniciales

La determinación de la identidad del bien jurídico que pretende proteger el DP tiene importancia capital. En primer lugar porque el bien jurídico, como categoría, cumple una función de garantía; en segundo término, porque el bien jurídico opera –en sede e interpretación penal– como una especie de guía que permite determinar el ámbito de lo punible.

En el presente acápite se pretende identificar, sin cerrar al análisis concreto del "merecimiento de protección" y la "necesidad de protección", el bien jurídico[358]que subyace tras la tipificación del abuso de in-

[358] Dejando en claro, por cierto, la distinción subrayada por Santiago MIR PUIG y cuyo origen se ubicaría en el pensamiento de Max Ernest MAYER, entre bien jurídico y bien jurídico penal y que se sustenta, justamente en

formación privilegiada en Colombia, Costa Rica, España, Perú, Portugal y los principales aportes de la doctrina penal de los aludidos países.

Aunque algún sector de la doctrina –en la que destaca BAJO FERNANDEZ– sostiene que es innecesaria la represión del *insider trading,* pues se trata de una conducta perfectamente lícita en el ámbito de las transacciones bursátiles[359], con lo que no se plantea en absoluto el problema de la identidad del bien jurídico, la doctrina mayoritaria –a di-

---

la concurrencia –en el bien jurídico penal–de "merecimiento de protección" y "necesidad de protección" por el Derecho penal; al respecto: MIR PUIG, Santiago. "Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del ius puniendi", en: El mismo. *El Derecho penal en el Estado social y democrático del Derecho*, Ariel, Barcelona, p. 159 ss.; REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal Económico*, pp. 162-163.

[359] En esta línea BAJO FERNÁNDEZ sostiene: "En definitiva, el uso de información privilegiada contribuye a la correcta formación de los precios y a la transparencia de mercado. Cuando el insider negocia, el mercado analiza el significado de que un iniciado, es decir, un consejero o directivo o gran accionista, compra o venda inesperadamente, el inversor puede obrar en consecuencia y, por tanto, el precio se acomoda a la realidad". Esta tesis resulta, ciertamente, tributaria de aquellas posiciones que en el ámbito bursátil sostiene la conveniencia de aceptar las operaciones basadas en la explotación de la información privilegiada; véase: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. "Uso de información privilegiada", en: El mismo (Director). *Empresa y Derecho penal,* tomo II, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, passim; sumamente crítica es también la posición asumida por el catedrático Joan QUERALT JIMÉNEZ, quien cuestiona severamente la opción legislativa española de criminalizar el insider trading, por cuestiones relacionadas a la concurrencia de necesidad de protección por el Derecho penal; así en QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho penal español. Parte especial*, tercera edición conforme al CP de 1995, José María Bosch Editor, Barcelona, 1996, pp. 472-473; en general, sobre las tesis legitimadores de las operaciones en el mercado de valores utilizando información privilegiada, véase: RUIZ RODRIGUEZ, Luis Ramón. *Protección penal del mercado de valores (infidelidades en la gestión de patrimonios*), pp. 322-323; EL MISMO. "Cap. I: El abuso de información privilegiada en el Derecho español", en: Ruiz Rodríguez, Luis Ramón & Reyna Alfaro, Luis Miguel (coords.). Op. cit., pp. 27-28.

ferencia de la opción legislativa seguida por algunos sistemas jurídicos, como el norteamericano, en donde la tutela se encuentra dirigida a los intereses individuales, al inversor[360], –estima que el bien jurídico resguardado en el delito de uso de información privilegiada es de carácter colectivo.

2. Posiciones doctrinales respecto al bien jurídico protegido penalmente mediante el delito de abuso de información privilegiada

Entrando ya en materia, tenemos que la doctrina penal que ha abordado la cuestión del bien jurídico penalmente protegido mediante la conducta de iniciados se ha decantado a favor de tres posiciones que identifican como bien jurídico, respectivamente: a) La igualdad de acceso al mercado de valores; b) La transparencia en el mercado de capitales; y, c) El correcto funcionamiento del mercado de valores.

No obstante, existen también las tesis de HURTADO POZO, GONZÁLEZ CUSSAC, RUIZ RODRIGUEZ Y DA COSTA PINTO, que si bien no se integran estrictamente dentro de las posiciones mayoritarias, su tratamiento es necesario por la solidez de sus planeamientos.

a) La igualdad de acceso al mercado de valores

Según quienes defienden esta tesis (RODRIGUEZ MOURULLO, implícitamente MUÑOZ CONDE) el bien jurídico que se protege penalmente al reprimir al abuso de información privilegiada resultaría ser: "la igualdad de todos los operadores en bolsa"[361].

---

[360] RUIZ RODRIGUEZ, Luis Ramón. *Protección penal del mercado de valores (infidelidades en la gestión de patrimonios*), p. 325.

[361] RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores ante el Derecho penal", en: *Derecho y Sociedad*, Lima, 1998, p. 151; implícitamente MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte especial,* duodécima edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p 493.

Para RODRIGUEZ MOURULLO, el mercado de valores constituye una "pieza clave" en el modelo de Economía de Mercado adoptado a través del Art. 38º constitucional español. Esta importante función del mercado de valores dentro del modelo constitucional económico exige la necesidad de que su actividad se desempeñe dentro de los cauces de la normalidad y de las reglas naturales que les son propias[362]. Una de esas reglas sería justamente "la igualdad de oportunidades de todos los inversores operadores de bolsa"[363].

MUÑOZ CONDE se afilia también –aunque implícitamente– a esta tesis, al sostener que la preocupación por criminalizar el abuso de información privilegiada tiene su origen en el interés de evitar que solo unas pocas personas sean beneficiadas en detrimento de las mayorías y del propio mercado. Las negociaciones en el mercado de capitales validándose de información privilegiada quiebran –según refiere MUÑOZ CONDE– "un principio básico de la economía de mercado cual es que todas las partes concurrentes al mismo se encuentren en igualdad de condiciones"[364].

Contra esta postura se afirma, correctamente según entendemos, que omite tomar en cuenta un dato fáctico innegable, como es, justamente, *la desigualdad* un elemento casi connatural a la existencia del mercado de valores[365].

B) La transparencia en el mercado de capitales

A favor de considerar como interés jurídicamente protegido tras el abuso de información privilegiada a la "transparencia en el mercado bursátil" o –lo que es lo mismo- la "confianza de los inversores" se decanta un grupo bastante numeroso de autores, entre los que destacan

---

[362] RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Op. Cit., p. 151.

[363] RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Op. Cit., p. 151.

[364] MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit., p. 493.

[365] RUIZ RODRIGUEZ, Luis Ramón. *Protección penal del mercado de valores (infidelidades en la gestion de patrimonios*), p. 327.

ARROYO ZAPATERO, LOPEZ BARJA DE QUIROGA, DONGELDEY, LOPEZ GARRIDO / GARCÍA ARAN y TERRADILLOS BASOCO[366].

Por ejemplo, Juan TERRADILLOS BASOCO, reconocido Catedrático de la Universidad de Cádiz, sostiene que el objetivo de la intervención punitiva estatal en el ámbito del mercado financiero es el de "reforzar la transparencia del mercado de valores como presupuesto de la tutela delos inversores, interesados en que la cotización de los valores no resulte ilícitamente alterada por infracción de los principios básicos en la materia: eficiencia, protección de los inversores, profesionalidad e igualdad"[367].

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA[368]considera que la prohibición de negociar valores en el mercado financiero validándose de información privilegiada tiene por objetivo principal resguardar *la confianza del inversor en el mercado de valores.* Es que el inversor –conforme se deduce de la exposición de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA–al intervenir en la actividad del mercado de valores confía que este respetará el principio de igualdad que le es propio. La posición de LÓPEZ BARJA DE QUIROJA admite implícitamente, sin embargo, que el direccionamiento de la protección penal hacia *la confianza del inversor en el mercado de valores* pretende resguardar *el correcto funcionamiento del mercado de valores.*

Esta tesis tiene como aspecto positivo que logra vincular la identidad del bien jurídico con el propio mercado financiero y ulteriormente con el sistema económico, lo que supone, a su vez, la desvinculación del bien jurídico a consideraciones de orden patrimonial[369].

---

[366] Sobre esa posición, véase: REYNA ALFARO, Luis Miguel. "Cap. I: El abuso de información privilegiada en el Derecho penal peruano", p. 41.

[367] TERRADILLOS BASOCO, Juan. "Protección penal del mercado financiero", en: Martínez-Bujan Perez, Carlos (Director). Op. Cit., p.169.

[368] LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. Cit., p.360.

[369] RUIZ RODRIGUEZ, Luis Ramón. *Protección penal del mercado de valores (infidelidades en la gestión de patrimonios*), p. 326.

C) El correcto funcionamiento del mercado de valores

Una tercera posición opta por considerar como bien jurídico penalmente protegido en el abuso de información privilegiada el "correcto funcionamiento del mercado de valores". En este sentido aparecen las opiniones de los catedráticos españoles Juan José GONZÁLEZ RUS Y Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ[370], así como –en el Derecho peruano– por REAÑO PESCHIERA[371], BRAMONT-ARIAS TORRES & GARCÍA CANTIZANO[372].

GONZÁLEZ RUS identifica como bien jurídico penalmente protegido a través del delito de abuso de información privilegiada el *correcto funcionamiento del mercado de valores*[373].

Este interés social vital constituye una esencial garantía de los derechos de los inversores quienes deben poder participar en la actividad bursátil en condiciones de *igualdad de riesgo.* Reconoce GONZÁLEZ RUS que la "confianza en la transparencia de mercado es indispensable para el mantenimiento y para el propio sistema económico y financiero"[374].

---

[370] SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. "Abuso de la información privilegiada", en: Bajo Fernández, Miguel (Director). *Compendio de Derecho penal (Parte especial*), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, p. 551.

[371] Aunque utilizando la expresión "funcionamiento eficiente del mercado de valores", así en: REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Op. Cit., p. 47.

[372] BRAMONT–ARIAS TORRES, Luis Alberto. "El delito de información privilegiada", en: *Temas de Derecho,* № 4, Lima, 1997, p. 24; BRAMONT–ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho penal. Parte especial,* cuarta edición, San Marcos, Lima, 1998, pp. 463-465.

[373] GONZÁLEZ RUS, Juan José. "El abuso de información privilegiada en el mercado de valores", en: Cobo de Rosal, Manuel (Director). *Compendio de Derecho penal español (Parte especial),* Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 516.

[374] GONZÁLEZ RUS, Juan José. Op. Cit., p. 516.

La posición de SUÁREZ GONZÁLEZ reconoce como interés subyacente a la criminalización del insider trading el "*normal funcionamiento del mercado de valores*", no obstante vincula claramente la afectación de dicho valor jurídico a la infracción del principio de igualdad, a la perturbación de la confianza en el adecuado funcionamiento del mercado de capitales y la afectación de la transparencia informática[375].

Por su parte, REAÑO PESCHIERA considera que el *funcionamiento eficiente del mercado de valores* en tanto "fuente de financiamiento para el desarrollo de actividades productivas, suministrado por inversionistas que desean un mecanismos de ahorro y acumulación de capital" constituye un objeto merecedor y necesitado de protección por el DP[376]. La identidad del bien jurídico propuesta por REAÑO PESCHIERA se constituye a partir de una serie de principios como los de confianza, transparencia, calidad y publicidad de la información[377].

La postura definida por BRAMONT–ARIAS TORRES & GARCÍA CANTIZANO, luego de descartar la posibilidad de realizar una identificación del bien jurídico penal sobre la base de la ubicación sistemática del delito de uso indebido de información privilegiada, identifica como bien jurídico protegido a través del Art. 251º-A del CP peruano el "correcto funcionamiento del mercado de valores", aunque reconocen que las conductas de iniciados pueden provocar una disminución de la confianza en el mercado financiero al no proporcionar a sus partícipes un trato igualitario[378].

---

[375] SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. Op. Cit., p. 551.

[376] REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Op. Cit., p. 47.

[377] REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Op. Cit., p. 52.

[378] BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis Alberto. Op. Cit., p. 23; BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCIA CANTIZANO, María del Carmen. Op. Cit., pp. 463-464.

En el plano crítico, se ha cuestionado a esta postura que si se otorgara dicha identidad al bien jurídico-penal, el respecto al principio penal de intervención mínima supondría que la intervención del DP quedaría supeditada a los más graves atentados contra el mercado de valores, lo que ciertamente limitaría la función protectora de bienes jurídicos que corresponde al DP.

D) La tesis de HURTADO POZO

Existen, como se indicó anteriormente, posturas que no se encuadran dentro de las posiciones mayoritarias pero que debido al contenido de sus planteamientos es necesario mencionarlas.

Dentro de dichas posturas podemos citar la del profesor peruano José HURTADO POZO quien inicia su exposición afirmando que los únicos puntos de consonancia en la discusión sobre el bien jurídico penalmente tutelado a través del delito de abuso de información privilegiada resultan ser su consideración como bien jurídico polivalente y colectivo[379].

En su tesis, HURTADO POZO sostiene que la protección penal que brinda, en el caso suizo el Art. 161º del CP, se encuentra destinada, en primer lugar a tutelar *la igualdad de los inversores en la participación en el mercado de valores.* Esta protección a favor de la *igualdad de los inversores* favorece también la transparencia del mercado de valores en la medida que presume la adopción de *una real política de información de todos los participantes en la actividad bursátil*[380].

Pero no es *la igualdad de los inversores* el único interés que se protege mediante la criminalización del abuso de información privilegiada pues convergen –aunque con distinto nivel– otros valores jurídicos. Se protegen adicionalmente a la empresa de la violación del deber de lealtad realizada por el *insider*, así como su reputación[381].

---

[379] HURTADO POZO, José. Op. Cit., p. 571.

[380] HURTADO POZO, José. Op. Cit., p. 573.

[381] HURTADO POZO, José. Op. Cit., p. 571.

E) La tesis de GONZÁLEZ CUSSAC

La postura defendida por GONZÁLEZ CUSSAC considera que el interés protegido penalmente a través del abuso de información privilegiada es una especie de mixtura de intereses colectivos, constituidos por la credibilidad del sistema del mercado de valores, e intereses individuales, compuestos por la afectación de las expectativas comerciales de los participantes en la actividad bursátil.

La posición defendida por el profesor GONZÁLEZ CUSSAC, a decir de TERRADILLOS BASOCO[382], tendría su origen en la ubicación sistemática que el CP español proporciona al delito de abuso de información privilegiada, dentro del Capítulo XI del Título XIII de libro II del CP, dedicado a los delitos "relativos al mercado y los consumidores", así como la exigencia del orden material y formal. En el plano material, se puede mencionar la referencia a la necesidad de que a conducta ocasiones beneficio o perjuicio y en el ámbito formal puede mencionarse que la iniciación del proceso penal requiere de denuncia del Ministerio Publico cuando se afecten "intereses generales o a una pluralidad de personas".

F) La tesis de RUIZ RODRIGUEZ

RUIZ RODRÍGUEZ, autor de una de las más completas tesis doctorales en nuestro idioma sobre la protección penal del mercado bursátil y el abuso de información privilegiada[383], propone como bien jurídico protegido en las conductas de iniciados "la participación en el mercado de valores" como manifestación concreta del mandato constitucional dirigido sobre los poderes públicos a fin que faciliten la participación ciudadana en las actividades económicas.

Es que la Constitución –requiere RUIZ RODRÍGUEZ– si bien no puede "crear" bienes jurídicos, ciertamente tiene gran importancia en

---

[382] TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. Cit., p. 168.

[383] RUIZ RODRIGUEZ, Luis Ramón. *Protección penal del mercado de valores (infidelidades en la gestion de patrimonios*), passim

la medida que establece determinados marcos de obligatoria observancia[384].

En el ámbito del mercado de valores ello se manifiesta –por ejemplo– en el hecho de que es este mercado una de las más paradigmáticas manifestaciones del modelo de economía de mercado al que hace referencia el Art. 38º constitucional español.

G) La tesis de DA COSTA PINTO

La posición del profesor DA COSTA PINTA parte por descartar que la criminalización de abuso de información privilegiada en Bolsa de Valores se encuentre orientada a la protección de intereses individuales. Considerar que el valor jurídico es de carácter individual –como el patrimonio o el secreto empresarial, por ejemplo- no solo limitaría de forma considerable "el sentido axiológico de la incriminación", sino que desconocería los efectos nocivos que las conductas manipuladores en el mercado bursátil puede generar en el propio funcionamiento del mercado de capitales[385].

En opinión del profesor portugués Federico DA COSTA PINTO, la intervención penal en el ámbito del mercado de capitales se justifica en la medida que proteja "la función pública de la información" que opera como "justo criterio de distribución del riesgo del negocio en el mercado de valores"[386].

---

[384] RUIZ RODRIGUEZ, Luis Ramón. *Protección penal del mercado de valores (infidelidades en la gestion de patrimonios*), p. 328; EL MISMO. "Protección penal del mercado de valores. Recientes influencias de la jurisdicción administrativa", p. 138.

[385] DA COSTA PINTO, Federico de Lacerda. *O novo regime dos crimes e contra-ordenacoes no Código dos Valores Mobiliarios,* p. 66.

[386] DA COSTA PINTO, Federico de Lacerda. *O novo regime dos crimes e contra-ordenacoes no Código dos Valores Mobiliarios,* p. 67; EL MISMO. "Delitos económicos y mercados financieros. Abuso de información privilegiada y manipulación del mercado en el nuevo Código portugués de valores mobiliarios de 1999", p. 92.

DA COSTA PINTO parece relacionar el interés por el propuesto como bien jurídico penalmente protegido, con el principio de igualdad en el mercado de valores[387]al mencionar que la *asimetría informativa* que a su favor posee quien negocia valores valiéndose de información privilegiada "subvierte las condiciones de distribución de riesgo negocial"[388] que –en esencia– deberían ser equitativas para todos los participantes de la actividad bursátil. De esta forma, la persona que negocia valores bursátiles haciendo uso de información privilegiada se "anticipa ilegítimamente al resto del mercado y, por eso, *no corre los mismos riesgos* (propios del mercado) que los demás inversores"[389].

3. Los desarrollos legislativos iberoamericanos en la protección penal del mercado de valores: El bien jurídico subyacente

Las antes comentadas posturas doctrinarias son aplicables, con diversos matices, a las regulaciones de *legelata* existentes en Costa Rica (Art. 245º del CP, según modificatoria introducida por ley № 7732, de 17 de diciembre de 1997), España (Art. 285º del CP), Perú (Art. 251º-A del CP) y Portugal (Art. 378º del Código dos Valores Mobiliarios).

En Colombia, otra de las naciones iberoamericanas que ha apostado por la criminalización de este tipo de conductas, la situación parece ser distinta. El abuso de información privilegiada es calificado como un delito contra la administración pública, por lo que el bien jurídico

---

[387] DA COSTA PINTO, Federico de Lacerda. *O novo regime dos crimes e contra-ordenacoes no Código dos Valores Mobiliarios,* p. 67.

[388] DA COSTA PINTO, Federico de Lacerda. "Delitos económicos y mercados financieros. Abuso de información privilegiada y manipulación del mercado en el nuevo Código portugués de valores mobiliarios de 1999", p. 93.

[389] DA COSTA PINTO, Federico de Lacerda. "O direito de informar e os crimes de mercado. Una reflexao sobre as fronteiras da liberdade de impresa e a integridade dos mercados de valores mobiliarios", en: *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliarios*, № 2, Comissao do Mercado de Valores Mobiliario, Lisboa, 1998, p. 103.

resultaría ser el "correcto funcionamiento de la administración pública", como se afirma mayoritariamente por la doctrina. El Art. 420º del CP colombiano[390] actualmente en vigencia, (a diferencia del texto anterior, Art. 148º-A del anterior CP, adicionado mediante Ley №190-95) que ubicada el abuso de información privilegiada con una modalidad de enriquecimiento ilícito, consigna este delito dentro "De los abusos de autoridad y otras infracciones".

Ahora, tampoco es que la opción legislativa colombiana sea absolutamente inédita, pues hay que recordar que el Art. 368º del CP español derogado tipificaba ya una modalidad que incluía funcionario público[391], precepto que se ha mantenido en el actual CP español de 1995 mediante el artículo 442º.

III. LOS AGENTES

1. Destinatarios dela prohibición penal de negociar con información privilegiada

Otro de los aspectos que ha propiciado ardua discusión en la doctrina penal es si la prohibición penal de negociar valiéndose de información bursátil privilegiada está dirigida al público en general o solo a quienes o solo quienes tengan alguna especial vinculación con los valores que se negocian en Bolsa. Esto es, si estamos frente a un tipo especial o uno común.

---

[390] CP de Colombia, promulgado mediante Ley №599/2000:
"Art. 420º.-El servidor público que como empleado o directivo o miembro de la junta u órgano de la administración de cualquier entidad pública, que haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones y que no sea objeto de conocimiento público, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, sea esta persona natural o jurídica, incurre en multa y pérdida del empleo o cargo público".

[391] MARTINEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. Op. Cit., p. 15, MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit., p. 493; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. Cit., p. 359.

La problemática del sujeto activo en el delito de abuso de información privilegiada es de tal magnitud que RUIZ RODRIGUEZ, por ejemplo, ha llegado a decir al respecto que "se ha convertido en el elemento clave de la incriminación, ya que se discute poco sobre la necesidad de castigo de estas conductas, y mucho sobre los sujetos que deben caer bajo el manto de la prohibición y sanción"[392].

Pues bien, en el caso español, el Art. 285º del actual CP, a diferencia del Art. 305º del Proyecto de CP de 1992 y siguiendo al Anteproyecto de CP de 1991, optó por tipificar el *insider trading* como un delito especial. Ello, como bien señala GONZÁLEZ CUSSAC, debido a que el enunciado de la LMV así lo permite[393]. Es lógico, si en sede administrativa y penal se tutela en realidad un mismo bien jurídico, no habría razón por la que la vía penal establezca una extensión de posibles sujetos activos mayor que la contenida en sede administrativa[394].

Otra de las razones que permiten en el Derecho español afirmar la condición de delito especial propio del *insider trading*[395] es que la redacción del Art. 285º del CP limita el círculo de posibles sujeto activos de la conducta a las personas que "hayan tenido acceso reservado" a la información privilegiada "con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial". Esta referencia típica, bien señala MARTÍ-

---

[392] Véase: RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón. "Cap. II: El abuso de información privilegiada en el Derecho español", p. 104; EL MISMO. "Protección penal del mercado de valores recientes influencias de la jurisdicción administrativa", pp. 141-142.

[393] GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Op. Cit., p. 114.

[394] Sigue en este punto la línea de GONZÁLEZ CUSSAC: RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón. *Protección penal del mercado de valores (infidelidades en la gestion de patrimonios*), pp. 352 ss.; EL MISMO. "Cap. II: El abuso de información privilegiada en el Derecho español", pp. 104-105.

[395] Así: MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. Op. Cit., p. 139; muy cercano: GONZÁLEZ RUS, Juan José. Op. Cit., p. 517; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. Cit., pp. 361-362; MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit., p. 494; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. Op. Cit., p. 552.

NEZ- BUJAN PÉREZ, "impone un límite infranqueable que el círculo de sujetos idóneos no puede traspasar"[396].

En Portugal, conforme a lo expresamente previsto en el Art. 378º del Código de valores mobiliarios[397], solo caben dentro del círculo cerrado de posibles autores el titular de un órgano de administración o de fiscalización de un emitente, el titular de una participación en el respectivo capital (Art. 378.1. del Código de valores mobiliarios), quien se encuentre relacionado laboralmente o por brindar servicio –permanente u ocasional– con la entidad emisora de los valores, quien se encuentre vinculado por razones profesionales o por el ejercicio de función pública a la información privilegiada (Art. 378.2 del Código dos valores mobiliarios) y a las personas que hayan obtenido la información privilegiada por intermedio de los sujetos antes referidos (Art. 378.2 del Código dos valores mobiliarios). Es que –como bien ha puesto de manifiesto DA COSTA PINTO– el delito de abuso de información privilegiada en Portugal "se organiza típicamente en función de ciertas relaciones especiales de algunos grupos con las fuentes de información privilegiada"[398].

A diferencia de los casos español y colombiano, en Costa Rica y Perú, el tipo de abuso de información privilegiada, descrito –respectivamente– en los Arts. 245º y 251º–A de sus Códigos penales, permite considerar como sujeto activo a cualquier persona natural que realice la conducta típica, no se exige la existencia de algún tipo de relación o vínculo entre el sujeto y la información empleada, así resultan punibles tanto las conductas del *intraneus –insider–* como la de *extraneus –tipper*[399], ajeno al

---

[396] MARTÍNEZ- BUJAN PÉREZ, Carlos. Op. Cit., p. 140.

[397] *Código dos valores mobiliarios. Legislacao complementar e reculamentos da CMVM*, Almedina, Lisboa, 2002.

[398] DA COSTA PINTO, Federico de Lacerda. *O novo regime dos crimes e contra-ordenacoes no Código dos Valores Mobiliarios,* p. 70.

[399] La utilización de las expresiones "intraneus" y "extraneus" para referirme, respectivamente, al, "insider" y al "tipper", no suponen, como erradamente advierte REAÑO PESCHIERA (REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Op. cit., p. 146, especialmente nota a pie № 239), una "contradicción" a mis

emisor de los valores a que se refiere la información indebidamente empleada.

En el caso peruano, son de distinta opción los profesores ACALÉ SÁNCHEZ/TERRADILLOS BASOCO, quienes a pesar de afirmar que de "la lectura del Art. 251º-A del CP parece deducirse que sujeto activo puede serlo cualquiera" consideran necesario utilizar criterios restrictivos "en cuya virtud se reduzca la desmesura del tipo" [400].

La postura de ACALÉ SÁNCHEZ / TERRADILLOS BASOCO tiene también fundamento político criminal. Es que, sostienen los profesores de la Universidad de Cádiz, no tendría razón de ser –por innecesaria– la criminalización de comportamientos de sujetos que por ser ajenos al mercado de valores "apenas pueden menguar la confianza pública en el mismo y que, cuando afecten negativamente solo a patrimonios concretos puede ver castigada su conducto en otros aspectos penales"[401].

A favor de considerar el delito de abuso de información privilegiada como un delito especial se pronuncia igualmente REAÑO PESCHERA: "la modalidad básica del delito de abuso de información privilegiada en el mercado de valores –dice REAÑO PESCHIERA– ha sido configurada por el legislador peruano como un delito especial propio; es decir, por un lado requiere de especiales condiciones para sujetos activos, ser titulares de deberes de confidencialidad y abstención de contenidos en la Ley de mercado de valores, y, por otro, no se corresponde con ningún otro tipo común que sancione la misma conducta sin exigir tal calificación especial. La titularidad de los deberes de confidencialidad y abstención, previstos en los literales a) y b) del Art. 43° y el literal c) del mismo

---

estimaciones del delito de abuso de información privilegiada, pues son expresiones –cabe recordarlo –utilizables no solo para el Derecho penal.

[400] ACALÉ SANCHEZ, María & TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. Cit., p. 23

[401] ACALÉ SANCHEZ, María & TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. Cit., p. 24.

numeral de la LMV, respectivamente, fundamenta a cualificación especial del iniciado, en orden a razones legales y político criminales"[402].

Esta idea, si bien resulta defendible como propuesta de *lege ferenda* pues tiene el acierto de propugnar el respeto de los principios de intervención mínima y fragmentariedad del DP, en la medida que reprime solo los comportamientos cometidos por los *insider,* que suponen, en relación con los comportamientos ejecutados por los *extraneus,* un mayor grado de injusto, no puede admitirse como válida de *lege lata*[403].

Es que ambas tesis –la de ACALÉ SÁNCHEZ/TERRADILLOS BASOCO y la de REAÑO PESCHIERA– interpretan erróneamente los alcances de la prohibición de utilizar información privilegiada desarrollada por la LMV.

El contenido del Art. 40º de la LMV proporciona una definición de *información privilegiada* que no limita su aplicación a determinados sujetos, por lo que la norma que subyace al mencionado artículo tiene como destinatario a cualquier persona, sin distinción o limitación alguna en virtud a su relación con los valores negociados en el mercado financiero. Es por ello que el Art. 41º del aludido Estatuto establece una presunción i*uris tantum* de acceso a información privilegiada que involucra a directores y gerentes de la sociedad emisora de los valores, de las sociedades vinculadas al emisor y a los inversionistas institucionales, a los propios inversionistas institucionales, a los miembros del comité de inversiones, a accionistas que –de manera individual o conjunta con cónyuges o parientes– posean por lo menos el 10% del capital de la sociedad emisora, el cónyuge y los parientes hasta el primer grado de consanguinidad de los antes citados sujetos, socios y administradores de la sociedad auditoras, entre otros[404].

---

[402] REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Op. Cit., pp. 145-146.

[403] De la misma opinión: BRAMONT–ARIAS TORRES, Luis Alberto. Op. Cit., p. 25; BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. cit., p. 465.

[404] REYNA ALFARO, Luis Miguel. "Cap. I: El abuso de información privilegiada en el Derecho penal peruano", pp. 31-32.

Nuestra consideración de que el abuso de información privilegiada es en el CP peruano un delito común se reafirma si se aprecia que el segundo párrafo del Art. 251º-A del CP peruano establece también una circunstancia agravante por la calidad del agente, que afecta a quien posea 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, de las administradoras de fondos de inversión, de las administradoras de fondos de pensiones, así como de empresas bancarias, financieras o de seguros; todo ello supone que el primer párrafo del Art. 251º-A del CP peruano contiene una prohibición penal, dirigida a cualquier persona, de utilizar información privilegiada, mientras que el segundo párrafo del mencionado precepto contiene una prohibición de utilizar información privilegiada respecto a los sujetos conocidos como *insiders*.

Es evidente que una interpretación restrictiva como la que proponen ACALÉ SÁNCHEZ / TERRADILLOS y REAÑO PESCHIERA va contra el texto expreso de la ley, no solo penal, sino también administrativo.

2. Destinatarios de la prohibición administrativa de negociar con información privilegiada

En el pleno jurídico–administrativo, la mayoría de legislaciones de Iberoamérica establece una prohibición extensiva a todos los intervinientes en la actividad bursátil de utilizar información privilegiada. En esa línea se ubican, sin ánimo de exhaustividad: la Ley Reguladora del Mercado de Valores de España (28 de julio de 1988)[405], la Ley Regula-

[405] "Art. 81.2: Se considera información privilegiada toda información de carácter concreto que se refiera a uno o varios valores y a uno o varios emisores de valores, que no se haya hecho pública y que de hacerse o haberse hecho pública, podría influir o hubiera influido de manera apreciable sobre la cotización de tales valores".

dora del Mercado de Valores de Costa Rica[406], la Ley № 45 de 1990 de Colombia[407], la Ley Reguladora del Mercado de Valores de México[408], la Ley del Mercado de Valores de Perú[409], la Directiva Comunitaria N°

---

[406] Art. 102: "Quienes dispongan de alguna información privilegiada deberán abstenerse de realizar, directa o indirectamente, cualquier tipo de operación en el mercado sobre los valores a que se refiere dicha información. Igualmente, deberán abstenerse de comunicarla a terceros o de recomendar operaciones con dichos valores.
Para los efectos de esta ley, se entiende por información privilegia toda información concreta referente a uno o varios valores o a sus emisores, que no haya sido dada a conocer al público y pueda influir en los precios de dichos valores".

[407] Art. 75º: "Ninguna persona podrá, directamente o a través de interpósita persona, realizar una o varias operaciones en el mercado de valores utilizando información privilegiada so pena de las sanciones de que trata la letra a) del Art. 6º de la Ley 27 de 1990. Incurrirán en la misma sanción las personas que hayan recibido información privilegiada en el ejercicio de sus funciones o los intermediarios de valores, cuando aquellas o estos realicen alguna de las siguientes conducta: a) suministren dicha información a un tercero que no tiene derecho a recibirla, o b) en razón de dicha información aconsejen la adquisición o venta de un valor en el mercado para estos efectos se entenderá que es privilegiada aquella información de carácter concreto que no ha sido dada a conocer del público y que de haberlo sido la habría tenido en cuenta un inversionista medianamente diligente o prudente al negociar los respectivos valores".

[408] Art. 16º bis (Reformada, véase diario oficial del 23 de julio de 1993): "Para los efectos de esta ley se entienden por información privilegiada el conocimiento de actos, hechos o acontecimientos capaces de influir en los precios de los valores materia de intermediación en el mercado de valores, mientras tal información no se haya hecho de conocimiento del público.
Las personas que dispongan de información privilegiada deberán abstener de efectuar operaciones en beneficio propio o de terceros, con cualquier clase de valores cuyo precio pueda ser influido por dicha información, en tanto esta tenga el carácter indicado."

[409] El Art. 40º de la LMV proporciona la siguiente definición de información privilegiada "cualquier información proveniente de un emisor referida a este, a sus negocios o a uno o a varios valores por ellos emitidos y garantizados, no divulgada al mercado y a cuyo conocimiento público, por su naturaleza sea capaz de influir en la liquidez, el precio o la cotización de los valores emitidos".

89/592 CEE[410]; entre otras legislaciones bursátiles y es también la concepción seguida por la actual línea jurisprudencial norteamericana[411].

Por otro lado, un sector minoritario, en el que se ubica la Ley del Mercado de Valores de Bolivia[412], el Reglamento General de Bolsas de

---

[410] Art. 1.1 de la Directiva Comunitaria n° 89/592 CEE: "A efectos de la presente directiva, se entenderá por: 1. "información privilegiada": la información que no se haya hecho pública, de carácter preciso, que se refiera a uno o varios emisores de valores negociables y que, de hacer pública, podría influir de manera apreciable sobre la cotización de esos valores"; detalladamente: RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón. *Protección penal del mercado de valores (infidelidades en la gestión de patrimonios),* p. 253.

[411] En el caso U.S v. O' Hagan fue condenado en 1994 por percibir más de $ 4,3 millones de dólares por comercializar valores luego de conocer información privilegiada a través de un cliente de su firma de abogados. Esta condena fue modificada en segunda instancia que –asumiendo un concepto restringido de información privilegiada– consideró que el demandado (O' Hagan) no se encontraba dentro del radio de aplicación de las restricciones existentes sobre *insider trading* pues no tenía obligación legal ni trabajaba para la empresa cuyos valores fueron dudosamente adquiridos.
Esta sentencia fue revocada en 1997 por la Corte Suprema Americana que confirmó la sentencia impuesta en primera instancia aceptando con ello un concepto lato del uso de información privilegiada y dando un giro en la jurisprudencia norteamericana que precisa que la lealtad quebrantada "no ha de ser debida necesariamente a la compañía emisora de los títulos"; véase: LÓPEZ LOZANO, M. "Información privilegiada en los mercados de valores. Aportaciones de la Jurisprudencia de los Estados Unidos", en *Revista de la Bolsa de Madrid,* № 58, Madrid, 1997, p. 39; REYNA ALFARO, Luis Miguel. "La utilización abusiva de información privilegiada en el Derecho penal. Análisis del tipo injusto del Art. 251º-A del C.P. peruano", en: *Cathedra*, № 6, Lima, 2000, p. 91; EL MISMO. "El uso de información privilegiada en el mercado de valores. Reflexiones de lege lata y lege ferenda a la luz del Derecho penal mexicano", en: *Concordancia. Estudios jurídicos y sociales*, año 5, № 9, Centro de Investigación, Consultoría y Docencia en Guerrero, México, 2000, pp. 78-89.

[412] Art. 71º de la Ley n° 1834 de 31 de marzo de 1998; "La información que aún no haya sido directamente difundida al público en cumplimiento a lo preceptuado en la presente Ley y que pueda influir en el precio de los valores, se mantendrá en estricta reserva.

Valores de Nicaragua[413] y el Código del Valores Mobiliarios de Portugal[414], restringe la prohibición de negociar utilizando información privilegiada, a quienes tengan alguna vinculación profesional o laboral con el emisor de los valores a que se refiere el uso indebido de información privilegiada.

Los funcionarios de la Superintendencia de Valores, los directores, administrados, funcionarios y, en general, toda persona que en razón de su cargo, empleo, posición o relación con los participantes del mercado, tenga acceso a esta información y a la información de carácter reservado establecida en el artículo anterior, estarán obligados a guardar estricta reserva sobre ellas. El incumplimiento de este precepto acarreara las responsabilidades legales que correspondan.

Se prohíbe a las personas mencionadas en este artículo, así como su subordinado o terceros de su confianza, utilizar información privilegiada para obtener para sí o para otros, ventajas mediante la compra o venta de valores.

Las personas mencionadas que infrinjan lo establecido en los párrafos anteriores, devolverán a los directamente perjudicados toda utilidad, ganancia, comisión o ventaja que obtuvieran con esta transacción, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y penales a que diere lugar."

[413] Art. 27º del Decreto N° 33-93: "Los directores, administradores y toda persona que en razón de su cargo, posición en la entidad de emisora registrada, tengan acceso a información que aún no haya sido oficialmente difundida al público en cumplimiento de este Reglamento que pueda influir en los precios de sus valores guardarán estricta reserva sobre ella.

Se prohíbe a las personas mencionadas en el inciso anterior valerse de dicha información para sí o para otros, ventajas mediante la compra o venta de valores. Ellas deberán velar asimismo, para que esto tampoco ocurra a través de subordinados o terceros de su confianza".

[414] Art. 378.4. Del Código dos valores mobiliarios: "Entende-se por informacao privilegiada toda a informacao nao tornada publica que, sendo precisa e dizendo respeito a qualquer emitente ou a valores mobiliarios ou outros instrumentos financeiros, seria idónea, se lhe fose dada publicidade, para influenciar de maneira sensível o seui preco no mercado". En este caso, sostenemos que se proporciona un concepto restringido de información privilegiada en la medida que el contenido del aludido artículo del Código dos valores mobiliarios de Portugal es vinculante únicamente para el círculo cerrado del sujeto descrito en los parágrafos 1,2 y 3 del Art. 378.

III. LA TÉCNICA DE TIPIFICACION

En el presente acápite se tratará de hacer algunas precisiones respecto a los lineamientos básicos que muestran en sede de tipificación los Estatutos penales de Colombia, Costa Rica, España y Perú.

1. Sobre el contenido de la expresión "información privilegiada"

No puede dudarse que el elemento central en la tipificación del delito de iniciados resulta ser el concepto de "información privilegiada"[415]. De allí la conveniencia de revisar las fórmulas legislativas utilizadas en Colombia, Costa Rica, España, Perú y Portugal para llenar de contenido al aludido elemento normativo.

Los códigos penales de España y Perú plantean una necesaria remisión normativa a las respectivas disposiciones administrativas destinadas a regular el tratamiento del abuso de información privilegiada. Este tipo de remisión opera para los efectos de interpretar el contenido del elemento normativo "informaciones relevante", en el caso del CP español, y del elemento normativo "información privilegiada" del caso del CP peruano[416].

El CP de Costa Rica proporciona, como no lo hacen los Códigos español y peruano, una definición de lo que debe entenderse como "in-

---

[415] Expresamente: DA COSTA PINTO, Federico de Lacerda. *O novo regime dos crimes e contra-ordenacoes no Código dos Valores Mobiliarios,* p. 75.

[416] GONZÁLEZ RUS, Juan José. Op. Cit., p. 516; MARTÍNEZ –BUJAN PÉREZ, Carlos. Op. Cit., p. 138; REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Op. Cit., p. 168; REYNA ALFARO, Luis Miguel. "Cap. I: El abuso de información privilegiada en el Derecho penal peruano", pp. 21-22; RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón. *Protección penal del mercado de valores (infidelidades en la gestión de patrimonios*), p. 340; EL MISMO. "Protección penal del mercado de valores. Recientes influencias de la jurisdicción administrativa", pp. 119 y ss.; EL MISMO. "El delito bursátil a la luz de la Ley 37/1998, de reforma del mercado de valores", pp. 1790 y ss.; EL MISMO. "Cap. II: El abuso de información privilegiada en Derecho español", pp. 78 y ss.

formación privilegiada". Según tal definición "información privilegiada" es aquella que no se ha hecho de conocimiento público y con capacidad de influir en el precio de los valores a que se refiere[417]. Esta definición, por cierto, guarda coherencia con la definición que proporciona la Ley Reguladora del Mercado de Valores del mencionado país.

En el caso de Portugal, queda suficientemente claro que la referencia típica a "información privilegiada" a que hacen referencia los parágrafos 1, 2 y 3 del Art. 378º del Código de mercados mobiliarios –ubicado en la Sección I ("Delitos contra el Mercado"), Capítulo I ("Delitos"), Título VIII (Crímenes e ilícitos de mera ordenación social) del aludido texto legal– constituye un elemento normativo que debe ser llenado de contenido, conforme a la definición proporcionada por el cuarto parágrafo del aludido Art. 378°.

2. El abuso de información privilegiada: ¿Delito de lesión o delito de peligro?

Es por todos sabido que la función del DP de protección exclusiva de bienes jurídicos puede instrumentalizarse, ya sea mediante la exigencia de la efectiva lesión del bien jurídico –mediante los tipos de la lesión– o a través de su puesta en peligro abstracta o concreta –mediante los tipos de peligro-. En lo que sigue, trataremos de aproximarnos a las específicas técnicas de tipificación previstas en los Códigos penales de Iberoamérica en la criminalización del uso abusivo de información privilegiada.

El CP costarricense ha sido elaborado como una figura de "peligro", pues estamos frente a una figura que protege un bien jurídico de carácter colectivo[418]. Se establece, a nivel de tipicidad subjetiva, una exigencia de que el agente actúe con la finalidad de obtener un beneficio indebido.

---

[417] ROJAS SALAS, Manuel. "Algunos apuntes sobre los delitos bursátiles", en: *Ciencias Penales*, año 12, №18, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 2000, p. 110.

[418] De igual opinión: ROJAS SALAS, Manuel. Op. cit., p. 112.

Aunque para ACALÉ SÁNCHEZ/TERRADILLOS BASOCO, la exigencia de beneficio en el Art. 251º–A del CP peruano contenido en el mencionado dispositivo indica que es uno de lesión[419], consideramos por el contrario que el Art. 251º-A del CP resulta ser una fórmula de peligro, constituyendo el beneficio o perjuicio, no la verificación del resultado lesivo, sino la constatación de peligrosidad *ex ante* de la conducta. Esta lesividad a la que hacen alusión ACALÉ SÁNCHEZ/TERRADILLOS BASOCO puede ser admitida solamente a partir de una consideración patrimonial del delito de iniciados, como la que proponen justamente los referidos autores[420].

El caso español es ciertamente más complejo. Es que la tipificación española del delito de abuso de información privilegiada limita la punición únicamente a aquellas operaciones bursátiles en los que se alcance un beneficio o se provoque un perjuicio superior a 75 millones de pesetas.

Esta referencia a una cuantía en el texto del Art. 285º del CP español ha generado un inacabable debate respecto a si dicha suma supone que estamos frente a un delito de lesión o frente a una condición objetiva de punibilidad. Lo arduo del debate que se ha producido tiene que ver con las consecuencias dogmáticas que derivan de la adopción de una u otra tesis.

Si se opta por considerar que la referencia los 75 millones de pesetas supone la verificación del resultado lesivo[421], tendremos que la

---

[419] ACALÉ SANCHEZ, María & TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. Cit., p. 30.

[420] Ello quizá se deba al empleo por parte del legislador de –como indica BRAMONT-ARIAS TORRES– "terminología que tiene un contenido netamente patrimonial"; así en: BRAMONT–ARIAS TORRES, Luis Alberto. Op. Cit., p. 24.

[421] En ese sentido: GONZÁLEZ RUS, Juan José. Op. Cit., p. 517; MARTÍNEZ–BUJAN PÉREZ, Carlos. Op. Cit., p. 144; RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón. *Protección penal del mercado de valores (infidelidades en la gestión*

cuantía antes referida integrará necesariamente el tipo objetivo del abuso de información privilegiada lo que –inevitablemente– plantea la necesidad de que el elemento subjetivo del tipo (el dolo) incluya también el conocimiento y a voluntad de que el beneficio a obtener o el perjuicio a provocar será superior a los 75 millones de pesetas. A favor de esta posición cuenta el hecho de que –aun cuando no pueda alcanzarse el importe establecido en el aludido tipo penal– siempre será posible alcanzar la punición como delito tentado.

Por el contrario, si se considera que el importe de 75 millones de pesetas es un obstáculo procesal, esto es, una condición objetiva de punibilidad[422], la superación de dicha cuantía es la que abre la posibilidad de la imposición de una sanción criminal, pero sin que incida de modo alguno en sede de tipicidad.

Respecto al delito de abuso de información privilegiada en Portugal, la determinación de si estamos frente a un delito de lesión o uno de peligro se ve complicada a partir de la referencia contenida en el último párrafo –el Nº seis– del Art. 378º del Código de valores mobiliarios que declara expresamente que "La tentativa de cualquiera de los delitos descritos es punible"[423].

IV. LA CRIMINALIZACIÓN DEL "INSIDER TRADING": ¿DP ACCESORIO O SECUNDARIO?

§ 1. Se conoce con el nombre de DP accesorio o secundario (*Nebenstrafrecht*) a las expresiones de Derecho punitivo que no

---

de patrimonios), p. 344; EL MISMO. "Protección penal del mercado de valores. Recientes influencias de la jurisdicción administrativa", pp. 151 y ss.; EL MISMO. "Cap. II: El abuso de información privilegiada en Derecho español", pp. 151 y ss.; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. Op. Cit., pp. 552-553.

[422] MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit., pp. 495-496.

[423] ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*, tomo I traducción de la segunda edición alemana de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 44.

se encuentran comprendidas dentro del estatuto penal. Esta parcela constituye hoy en día un ámbito de gran incidencia cuantitativa en el DP[424].

En este acápite deseamos pasar revista a las distintas opciones legislativas seguida en los países iberoamericanos respecto a la inclusión o no de los delitos bursátiles dentro de la categoría del DP secundario.

En Portugal, no deja de causar sorpresa que el catálogo punitivo de conductas reprochables dentro del mercado de valores se encuentre contenido en la legislación que regula la actividad bursátil. Así vemos como el Título VIII del Código de valores mobiliarios se encuentra destinado a la regulación de los Delitos e ilícitos de mera ordenación social (las conocidas también como contravenciones al orden o Ordnungswidrigkeiten en alemán)[425], encontrando cabida –en la sección primera y segunda del Capítulo I– no solo el delito de abuso de información privilegiada (Art. 378º), sino otras conductas manipuladoras en el mercado financiero, como la manipulación del mercado (Art. 379º) y el delito de desobediencia (Art. 381º).

Esta opción legislativa es defendida por DA COSTA PINTO, para quien a tipificación del abuso de información privilegiada en el cuerpo normativo regulador de la actividad del

---

[424] JESCHECK, Hans-Heinrich & WEIGEND, Thomas.*Tratado de Derecho penal. Parte general*, traducción de la quinta edición por Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 118; ROXIN, Claus. Op. Cit., p. 44.

[425] Sobre las mismas, véase: DA COSTA PINTO, Frederico de Lacerda, "O ilícito de mera ordenacao social e a erosao do principio da subsidiariedade da intervencao penal", en *Revista Portuguésa de Ciencia Criminal,* año 7, Fasc. 1, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 07 ss.

mercado de valores obedece a una evidente conexión material existente entre los delitos bursátiles con las materias propias de la regulación del mercado de valores. Ello es constatable en sede de tipificación pues muchos de los elementos lingüísticos de los delitos y contravenciones en materia del mercado de capitales deben ser interpretados a partir de los contenidos que proporciona el Código de Valores Mobiliarios (expresiones como emitente, información, etc.). Además, abonaría a favor de tal técnica legislativa los posibles efectos de prevención intimidatoria y de pedagogía sobre los intervinientes en la actividad del mercado de valores[426].

También se ha cuestionado[427] –y creemos que con razón– la opción del legislador peruano de incorporar el delito de abuso de información privilegiada al CP mediante una disposición final de la LMV (Decreto Legislativo № 861) pues ello –bien ha señalado BRAMONT-ARIAS TORRES– demostraría "poca seriedad y rigurosidad jurídica en el ámbito del DP[428]. Esta misma objeción de técnica legislativa sería extensiva al caso de Costa Rica que incorporó los delitos bursátiles a su ordenamiento jurídico- penal mediante a través de la Ley Reguladora del Mercado de Valores[429].

---

[426] DA COSTA PINTO, Frederico de "Crimes e contra-ordenacoes no novo Código dos Valores Mobiliarios", en: *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliarios*, №7, Comisión del Mercado de Valores Mobiliarios, Lisboa, 2000, p. 381.

[427] Críticamente: BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. Op. cit., p. 21; REYNA ALFARO, Luis Miguel. "Cap. I: El abuso de información privilegiada en el Derecho penal peruano", p. 36; EL MISMO. "La utilización abusiva de información privilegiada en el Derecho Penal. Análisis del tipo de injusto del Art. 251º-A del C.P. peruano", p. 82.

[428] BRAMONT–ARIAS TORRES, Luis Alberto. Op. Cit., p. 21.

[429] Sin pronunciarse al aspecto: ROJAS SALAS, Manuel, *Op.cit.,* p. 105.

En otros países –como Colombia y España– no se plantea esta problemática en la medida que la tipificación del *insider trading* tienen su origen en el propio estatuto punitivo.

§ 2. Luego de establecido el estado de situación en los diversos países de Iberoamérica, conviene hacer algunas precisiones sobre la conveniencia o no de recurrir al DP secundario en el ámbito de la protección del mercado de valores.

En primer lugar, es necesario descartar que la opción de criminalizar determinados delitos mediante el denominado DP secundario, nada diga respecto a la intensidad de la respuesta proporcionada por el DP. El recurso al *DP secundario* no plantea, en lo más mínimo, una menor gravedad del injusto ni una culpabilidad menos, se trata –como bien ha recomendado FARALDO CABANA–, de una cuestión de política legislativa y oportunidad de la respuesta penal[430].

Ahora bien, esta afirmación no supone necesariamente que consideremos oportuno el recurso al *DP secundario* y la articulación de la respuesta penal en ciertos sectores a través de leyes especiales ubicadas extramuros del Estatuto penal, por el contrario, estimamos que la criminalización mediante leyes especiales lo único que provoca es mayor dispersión legislativa en el ámbito del DP e incide en la esfera del error, no tratándose de la técnica más adecuada de tipificación[431] , aun cuando pueda alegarse –como en efecto hacen BRAMONT-ARIAS TORRES & GARCÍA CANTIZANO y FARALDO

[430] FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 41.

[431] REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de Derecho penal económico*, p. 614.

CABANA– que la utilización de las leyes penales especiales tendría justificación a partir de la especialidad de la conducta[432] y permitiría una adaptación periódica más sencilla a la realidad económica[433].

Además, la opción de criminalización intramuros del CP produce un efecto simbólico adicional de reafirmación de la legitimidad de la legislación penal, en virtud del cual los delitos comprendidos dentro del CP son comprendidos como auténticos delitos y no como creaciones artificiales del legislador[434].

V. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

1. Sobre los marcos penales previstos

En España, el uso de información privilegiada se encuentra conminado con pena conjunta de prisión de uno a cuatros años y con multa de tanto al triple de beneficio obtenido o favorecido.

En Colombia se castiga el uso de información privilegiada por parte del funcionario o servidor público con multa y pérdida del empleo o cargo público.

El CP de Costa Rica, en su Art. 245º –tras la modificatoria introducida por la "Ley Reguladora del Mercado de Valores" (Ley № 7732, de 17 de diciembre de 1997)– muestra una penalidad bastante superior a las de otras legislaciones. El legislador costarricense prevé una pena de prisión de tres a ocho años[435].

---

[432] En especial referencia a los delitos tributarios: BRAMONT–ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. Cit, pp. 471-472.

[433] FARALDO CABANA, Patricia. Op. Cit., pp. 42-43.

[434] Efecto simbólico puesto de manifiesto por FARALDO CABANA, Patricia. Op. Cit., pp. 43-44.

[435] ROJAS SALAS, Manuel. Op. Cit., p. 110.

Por otra parte, en Perú, el tipo básico del delito de abuso de información privilegiada se encuentra conminado con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años. La modalidad agravada, en cambio, supone la imposición de una pena no menor de cinco ni mayor de siete años.

Finalmente, la legislación de Portugal distingue consecuencias jurídicas diferenciadas respecto a la conducta de quien abusó de información privilegiada obtenida directamente (parágrafos 1 y 2 del Art. 378º del Código de valores mobiliarios) y de quien utilizó información privilegiada obtenida indirectamente (parágrafos 3 del Art. 378º del Código de valores mobiliarios). En el primer caso (*insiders* directos) la pena a imponer es de prisión de hasta tres años y multa, mientras que para los receptores del consejo la pena será de prisión de hasta dos años y pena de multa de hasta 240 días. El legislador portugués ha previsto también (Art. 380º del Código de valores mobiliarios) un interesante catálogo de penas accesorias que van desde la interdicción del ejercicio de la profesión o actividad relacionada al delito y la publicación de la sentencia condenatoria a expensas del penado.

2. Sobre el catálogo punitivo

Analizando los tipos de penas utilizados en los países cuya regulación penal-bursátil es estudiada, se aprecia que la pena privativa de libertad constituye al "arma punitiva" preferida por los legisladores. Así, en Costa Rica y Perú es pena exclusiva, obviándose la utilización de otro tipo de sanciones con probablemente mejores efectos preventivos, como la pena de multa, la de inhabilitación[436] u otras consecuencias jurídicas del delito de naturaleza no punitiva.

En forma contraria, la legislación penal colombiana, que como hemos indicado considera el abuso de información privilegiada como un

[436] Aunque en el caso peruano debe decirse que es posible imponer –bajo determinadas circunstancias– la pena de inhabilitación como pena accesoria, conforme a los términos del Art. 39º del CP peruano.

delito contra la Administración Pública, utiliza como instrumentos punitivos la multa y la pérdida del empleo o cargo público. Se prescinde absolutamente de la prisión o cualquier otra pena privativa de la libertad.

Mejores posibilidades parecen mostrar el CP español y el Código de valores mobiliarios de Portugal en la medida que comprenden un mejor catálogo de consecuencias jurídicas con las cuales hacer frente al uso indebido de información privilegiada en el mercado bursátil.

Así, en el caso español, no obstante comprenderse a la prisión como una de las consecuencias jurídicas del "*insider trading*" se incluye, como pena conjunta, una pena de prisión de uno a cuatro años así como la pena multa de tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido. Pues bien, esta forma de establecer la cuantía de la pena de multa parece permitir una mejor proporción entre el daño causado y el importe de la pena de multa[437]. Es menester, igualmente, recordar que a partir de los términos del Art. 288º del CP español es posible que el Juez penal disponga la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y –si así lo estima pertinente y por pedido del perjudicado– su reproducción total o parcial en otro medio informático a costa del condenado. Son aplicables –lo recuerda el aludido Art. 288º del Estatuto penal– las consecuencias accesorias del delito referidas en el Art. 129º del CP español.

Las consecuencias jurídicas previstas por la legislación de Portugal para el abuso de información privilegiada se encuentran contenidas en el Art. 78º del Código de valores mobiliarios del aludido país. Allí se utiliza como instrumentos punitivos conjuntos tanto la pena de prisión como la de multa, fijada bajo el sistema de días-multa conforme a la fórmula sueca.

---

[437] Sobre la multa proporcional, véase: LÓPEZ BARJA DE QUIROJA, Jacobo. *Derecho penal. Parte general*, tomo IV, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 181- 182; sobre la pena de multa en general, véase: CESANO, José Daniel. *La multa como sanción del Derecho penal común: Realidades y perspectivas,* Alveroni, Córdoba, 1995, passim.

Además de estas pena principales, el Código de valores mobiliarios contiene un catálogo bastante interesante de penas accesorias. El Art. 380º del mencionado Código bursátil prevé la posibilidad de imposición accesoria de la pena de interdicción o inhabilitación profesional, laboral o funcional, así como la publicación de la sentencia condenatoria a expensas del sentenciado.

3. Valoración Político Criminal

Ahora bien, el análisis de las consecuencias jurídicas del delito tiene importancia también para develar la consideración y los niveles de dañosidad que cada país considera posee el abuso de información privilegiada.

Recurriendo a la cuantificación de las penas (principalmente las privativas de libertad), parece evidenciarse que en Costa Rica es donde el uso de información bursátil privilegiada parece mostrar mayor lesividad. La estimación del delito de abuso de información privilegiada como delito de suma lesividad, se desprende de las consecuencias jurídicas contenidas en el Art. 245º del CP de Costa Rica (pena de prisión de tres a ocho años).

Los restantes países cuyas regulaciones estudiamos (España, Perú y Portugal) establecen una reacción algo más morigerada y que se ubica mejor dentro de los niveles del Derecho comparado.

El CP español establece como pena a imponer la de prisión no menor de uno ni mayor de cuatro años, así como la pena de multa proporcional. El CP peruano establece una penalidad algo mayor –pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años– y prevé la posibilidad de aplicar una penalidad agravada que supone la imposición de una pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de siete años. Finalmente, el Código de Valores Mobiliarios de Portugal castiga con hasta tres años de prisión la realización de negociaciones en el mercado de capitales valiéndose de información privilegiada.

Estos marcos penales –repetimos– se ubican dentro de los niveles de pena establecidos en el contexto internacional para el abuso de información privilegiada.

Por ejemplo: el Art. 180º del CP italiano –según modificación producida mediante Decreto Legislativo № 58/1998– fijaba como consecuencias jurídicas aplicables a la maniobra del *insider trading,* la pena de prisión de hasta dos años y multa de veinte hasta seiscientos millones de liras. Esta multa puede ser incrementada hasta en un triplo cuando el importe fijado ser inadecuado aún llevado hasta el máximo posible[438].

En relación al caso colombiano, difícilmente podemos realizar una valoración de su regulación en la medida que la ubicación sistemática proporcionada por el legislador a dicha conducta –dentro de los delitos contra la administración pública– impide una correcta valoración político criminal.

VI. DP DEL MERCADO DE VALORES Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: RELACIONES, DISTINCIONES, *NON BIS IN IDEM*

1. Cuestiones Iniciales

§1.1. La relación entre el Derecho punitivo y el Derecho administrativo sancionador, ciertamente, es una cuestión que ha captado gran interés de la doctrina penal contemporánea, sobre todo la dedicada al DP económico[439].

Este interés de los teóricos del DP por las relaciones existentes entre el DP económico y el Derecho administrativo tiene razón de ser, por una parte, en el *revitalizado conflicto* entre ambas esferas del ordenamiento jurídico; y, por otro lado en la denominada *"administrativización del DP*".

---

[438] SEMINARA, Sergio. Op. Cit., p. 153.

[439] REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manuel de Derecho penal económico*, p. 251.

Con relación a los conflictos entre DP y Derecho administrativo –en general– y DP económico y Derecho administrativo sancionador –en concreto–, cuyos orígenes se ubican en la misma aparición del Estado moderno[440], puede decirse que los mismos se han *revitalizado* a partir de la especial importancia adquirida por el principio de intervención penal mínima.

Pues bien, entendiendo que el DP ingresa, en muchas ocasiones, en ámbitos de intervención y regulación estatal –por ejemplo: la tributación–, lo que produce conflictos entre ambas esferas del ordenamiento jurídico y partiendo de la idea de que el DP y Derecho administrativo sancionador son ambos manifestaciones del *ius puniendi* estatal genérico[441] –lo que ubica sus distinciones básicamente en el plano cuantitativo[442]–, la aplicación del *principio de intervención mínima*, relacionado con el *principio de subsidiariedad*, llevan a utilizar el DP –parafraseando a FOFFANI– como "instrumento de cierre del sistema de control"[443].

Esta utilización del DP como "instrumento de cierre del sistema de control" supone en la praxis que en aquellos comportamientos en donde se aprecie una sobre posición de los ordenamientos penal y administrativo sancionador, el recurso al DP siempre *ultima ratio*.

---

[440] SUAY HERNANDEZ, Celia, "Los delitos contra la salubridad pública y seguridad consumo en el marco de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador", en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, № 7/8, Lima, 1999, p. 915.

[441] DANÓS ORDOÑEZ, Jorge, "Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública", en: *Ius et Veritas*, № 10, Lima, 1995, p. 150; REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de Derecho penal económico,* p. 217.

[442] BACIGALUPO SAGGASE, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 237; RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón. *Protección penal del mercado de valores (infidelidades en la gestión de patrimonios*), p. 223.

[443] ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "Los delitos societarios: Entre las transformaciones del Derecho penal de la empresa", texto mimeográfico, 2000, p. 07.

Respecto a la "*administrativizacion del DP*" debe decirse que la mayoría de aspectos de la economía regulados penalmente son primeramente abordados mediante el Derecho administrativo sancionador[444], lo que se traduce en la elaboración de los tipos penales mediante el recurso a las leyes penales en blanco y a través de la utilización de elementos normativos[445], en otras palabras de TIEDEMANN: de términos "jurídicos-administrativos".

§1.2. La antes aludida administración indirecta ejercida por el Estado, en el ámbito del Mercado de Capitales se manifiesta en la labor de fiscalización del correcto funcionamiento del mercado bursátil[446] que se ejerce por diversas instituciones de control estatal y encuentra justificación además en el carácter ciertamente *imperfecto* del mercado financiero[447].

Este papel, en los modelos de economía de mercado, es meramente coordinador, integratorio y supletorio. Solo mediante dicho rol subsi-

---

[444] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, Idemsa, Lima, 1997, p. 184.

[445] Especial referencia a los delitos contra el medio ambiente: REYNA ALFARO, Luis Miguel, "Cuestiones básicas del Derecho penal del ambiente: Reflexiones desde el Derecho peruano", en: Cancino, Antonio José & Jaén Vallejo, Manuel (Coords). *Nuevas aportaciones al Derecho penal iberoamericano*, Comisión Redactora del CP tipo de Iberoamérica /Instituto Iberoamericano de Política Criminal y Derecho penal comparado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 395-399; publicado también en *Revista Brasileira de Ciencias Criminais*, № 41; Instituto Brasileiro de Ciencias Criminais/ Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2003, pp. 73-76.

[446] TIEDEMANN, Klaus. "Relación entre Derecho penal y autorización jurídico-administrativa. Un ejemplo del Derecho penal del ambiente", traducción de José Luis de la Cuesta, en: Tiedemann, Klaus. *Temas de Derecho penal económico y ambiental*, Idemsa, Lima, 1999, p. 159.

[447] Se llama así a las directivas del modelo económico fijado por la Constitución política y los principios que en sede constitucional regulan la actividad económica y empresarial; al respecto: REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de Derecho penal económico,* pp. 57-72.

diario podrá darse real potencia a la libertad de empresa a la que se hace alusión en los artículos 58 y 38, respectivamente, de las Constituciones peruana y española. Una intervención estatal en otros términos (tipo "gendarme", lo único que puede propiciar es la depresión de la actividad del sector privado[448].

En cumplimiento a ese papel subsidiario que le tiene asignada la Constitución Económica, el Estado cumple en el Mercado de Valores una especie de *administración indirecta* que le permite garantizar a los ciudadanos el cumplimiento de los "presupuestos liberales del funcionamiento de los mercados"[449].

§1.3. La antes aludida administración indirecta ejercida por el Estado, en el ámbito del Mercado de Capitales se manifiesta en la labor de fiscalización del correcto funcionamiento del mercado bursátil que se ejerce por diversas instituciones de control estatal y encuentra justificación además en el carácter ciertamente *imperfecto* del mercado financiero[450].

Esta fiscalización o supervisión a que se ve sometido el mercado de valores tiene para DA COSTA PINTO una función de política legislativa de "evitar que la primera respuesta del sistema jurídico en relación a irregularidades que surgen en el mercado sea de naturaleza penal o para-penal" [451].

En España dicha instancia de control resulta ser la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), y en Portugal es la Comisión Nacional de Valores Mobiliarios (CNVM).En Perú era la Comisión Na-

---

[448] REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de Derecho penal económico,* p. 63.

[449] DA COSTA PINTO, Frederico de Lacerda. "A Supervisao no novo Código dos Valores Mobiliarios", en: *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliarios*, № 7, CMVM, Lisboa, 2000, p. 91.

[450] REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Op. Cit., p. 57.

[451] DA COSTA PINTO, Frederico de Lacerda. "A Supervisao no novo Código dos Valores Mobiliarios", p. 93.

cional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV), la cual cambiaría su nombre –mas no su status– a Superintendencia de Mercado de Valores.

El control previo de carácter extra-penal ejercido por las diversas entidades de supervisión no se limita a sancionar administrativamente los ilícitos que se originen en el desarrollo de la actividad bursátil, sino que se extiende a la supervisión constante de los agentes participantes en el mercado financiero, a través de disposiciones destinadas a regular el manejo de la información, los valores, el registro de operaciones y de los agentes[452].

La supervisión de la actividad del mercado de valores, cabe destacar, no se opone a la existencia de Códigos deontológicos o modelos auto regulatorios. De la misma forma, la existencia de códigos éticos tampoco limita las facultades de las entidades de supervisión del mercado financiero pues –como bien precisa DA COSTA PINTO– la existencia de tales normas de conducta (a manera de Código de Ética): "no significa que una vez identificadas infracciones en el ámbito de una entidad gestora de mercados sus averiguaciones internas excluyan la intervención de la CNVM. El ejercicio de los poderes de autoridad de supervisión se orientan por criterios de legalidad y oficialidad y, por eso, su intervención tendrá siempre lugar"[453].

§1.4. Pero, si se ha dicho que el DP interviene subsidiariamente frente a la intervención del Derecho administrativo, conviene también dedicar algunas líneas a las consecuencias que tiene en el procedimiento administrativo sancionador la intervención del DP.

Para iniciar, debemos reconocer que el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, como en el Derecho administrativo san-

---

[452] DA COSTA PINTO, Frederico de Lacerda. "A Supervisao no novo Código dos Valores Mobiliarios", p. 94.

[453] DA COSTA PINTO, Frederico de Lacerda. "A Supervisao no novo Código dos Valores Mobiliarios", p. 97.

cionar se viene produciendo un proceso de traslado de las garantías propias del DP material y formal; así vemos el progresivo reconocimiento en el Derecho administrativo sancionador de principios como los de legalidad, culpabilidad, *non bis in idem*, etc[454]. En este contexto de traslado de garantías al Derecho administrativo sancionador nos interesa, en mayor medida, la garantía contenida en el aforismo *non bis in idem*.

Pues bien, si un mismo comportamiento es objeto de reproche por parte del Derecho administrativo y el DP, el principio *non bis in idem* imposibilita tanto la actuación conjunta de las jurisdicciones administrativa y penal como el castigo en ambas sedes. A pesar que en doctrina lo expuesto no admitiría mayores dudas, habría que revisar cuáles son las soluciones que proporcionan las legislaciones de los diversos países iberoamericanos.

§1.5. Algunas legislaciones de Iberoamérica han optado por establecer la distinción entre los supuestos de conocimientos de la jurisdicción administrativa y los supuestos cuyo conocimiento corresponde a la justicia penal.

Así, en el caso español, en virtud a lo dispuesto en el Art. 96º de la Ley del Mercado de Valores, el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración encuentra obstáculo cuando se evidencia que los hechos presuntamente constitutivos de infracción administrativa pueden constituir también delito o falta. En estos casos se debe paralizar la actuación administrativa hasta que el proceso penal respectivo culmine. Si el proceso penal culmina con una condena, se archivan los actuados administrativos. Si por el contrario, el proceso penal culmina con una absolución, es posible reiniciar el proceso administrativo[455].

---

[454] Extensamente: REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de Derecho penal económico,* pp. 220-225.

[455] REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de Derecho penal económico,* p. 222.

En el caso de Perú, bien refiere RUIZ RODRÍGUEZ que el Art. 46º de la LMV y el Art. 251º-A del CP peruano "abarcan el mismo campo de actuación, recogen las mismas conductas, coinciden los sujetos y el objeto de la acción y no se introduce ningún elemento diferenciador relativo al resultado del delito, a todo lo cual hay que sumar la cláusula del *bis in idem* que recoge el Art. 47º de la ley administrativa" que establece un mandato de doble persecución administrativa y penal[456].

Actualmente, sin embargo, dicha afirmación puede ser martirizado a partir de los desarrollos de la LPAG. El artículo 20.20° de la Ley señala taxativamente "No se podrá imponer sucesivamente o simultáneamente una pena o una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento". Hay, sin embargo, que referir que la LPAG, además de no desarrollar los pasos que debe seguir la administración frente a la existencia de causas idénticas[457], goza tan solo de aplicabilidad supletoria (artículo II) cuando no exista disposición expresa en contrario[458].

§1.6. Ahora bien, la necesidad de reforzar la tendencia legislativa de fijar normativamente los límites de intervención del DP y el Derecho administrativo sancionador, ya sea a través de expresas referencias típicas al importe del beneficio obtenido o del perjuicio evitado a través del uso indebido de información privilegiada o mediante el establecimiento de obstáculos procesales, tiene fundamento no solo en el principio *non bis in ídem,* sino que cuenta con un sustento pragmático adicional.

---

[456] RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón. "Protección penal del mercado de valores. Recientes influencias dela jurisdicción administrativa", p. 116.

[457] PEREIRA CHUMBE, Roberto. "La potestad sancionatoria de la administración y el procedimiento administrativo sancionador en el Ley № 27444", en AA.VV. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Ara Editores, Lima, 2001, pp. 300-302.

[458] REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de Derecho penal económico,* p. 226.

Este sustento pragmático adicional viene dado por el reconocimiento a la posición privilegiada en que se encuentra la Administración para tomar conocimiento y develar los comportamientos ilícitos –administrativa o penalmente relevantes- que se producen en el Mercado de Capitales[459]. Por ello destaca las previsiones contenidas, por ejemplo, en el Código del Mercado de Valores Mobiliarios de Portugal con relación a las denominadas "averiguaciones preliminares" en los delitos contra el Mercado de Valores[460].

[459] En ese contexto, aunque parece cuestionar en general la prejudicialidad administrativa en los delitos económicos, al profesor Percy GARCÍA CAVERO admite finalmente que "en una realidad como la peruana, en la que los órganos de persecución penal no están especializados, puede estimarse necesaria la obtención previa de informes técnicos pues solo así el juez podrá disponer de datos básicos para decidir si abre o no una investigación penal"; véase: GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte general*, Ara/Universidad de Piura, Lima, 2003, p. 169.

[460] DA COSTA PINTO, Federico de Lacerda. "A Supervisao no novo Código dos Valores Mobiliarios", pp. 102-103.

CAPITULO VIII
PROTECCIÓN PENAL
DE LA MONEDA

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Dentro de los amplios sectores de figuras delictivas que siguen impregnadas del CP de 1924 y que han sido "reactualizadas" en el vigente CP, se puede apreciar las infracciones penales a la moneda, tanto a la moneda y al billete de curso legal emitido por el Estado.

El sistema monetario, definido como el conjunto de billetes y monedas que emite un país, se encuentra regulado en el artículo 83° constitucional que a la letra dice[461]: *"La ley determina el sistema monetario de la República. La emisión de billetes y monedas es facultad exclusiva del Estado. La ejerce por intermedio del Banco Central de Reserva del Perú".*

Debe tenerse presente que el BCR, es una de las instituciones más importantes de la vida económica del país, por sus tres funciones: 1. Manejo de la cantidad de dinero; 2. Manejo del crédito; y, 3. El de la seguridad del país frente a las monedas extranjeras. Dicho ente es el único y exclusivo que está autorizado a nivel nacional para emitir monedas y billetes, de manera que nadie (ni particulares ni funcionarios públicos) pueden arrogarse dicha atribución, porque aparte de que se crearía un inmenso caos y la economía interna sería prácticamente inmanejable, comenzaría a caer en el campo de las responsabilidades punitivas de acuerdo a nuestra legislación penal vigente.

---

[461] Cabe recordar que también la Constitución Política de 1979 reguló en el Art. 148º el sistema monetario en los mismos términos que la actual redacción.

Así también nuestra Constitución menciona en el Art. 62º: *"El Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera"*. Con este artículo se garantiza la libre tenencia de la moneda extranjera, es decir que el particular no solamente puede tener dólares en su casa o en una institución bancaria; sino que puede disponer de dichos dólares, esto es gastarlos o convertirlos en otra moneda.

GARCÍA TOMA define a la moneda como aquella pieza de metal, acuñada por el Estado, que sirve como medio de cambio, medio de apoyo, unidad de cuenta y medida de comprobación de atesoramiento de riqueza. Se usa como sinónimo de dinero[462].

La función de la moneda se caracteriza por su doble significación *económica*, en tanto instrumento común para medir el proceso de las cosas y medio de pago en las transacciones; y, *simbólica*, en cuanto manifestación del monopolio en la acuñación, se reserva el Estado que la emite, acredita y es garante de su solvencia[463].

La moneda es un signo público, no solo garantizado sino impuesto por el Estado como medio de pago. La moneda da fe a su poseedor y a la sociedad entera, de tener un valor determinado, es también un medio o elemento de prueba y no merma dicha función desde su emisión hasta su muerte.

Con la Ley Nº26716, publicada el 27 de diciembre de 1996, se modificaron todos los tipos penales referidos a los delitos monetarios, ubicados en el Capítulo II del Título X. Esta modificación estaba circunscrita a una mejor redacción de las conductas típicas y sobre todo a aumentar la pena privativa de libertad para cada uno de los delitos en una suerte de intención de mejorar la prevención general positiva mediante la amenaza de la pena. Creemos que el DP no sirve para crear

---

[462] GARCÍA TOMA, Víctor. *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*, tomo II, Universidad de Lima, Lima, 1998, p. 182.

[463] BRAMONT ARIAS, Luis & BRAMONT ARIAS TORRES, Luis A. *Código Penal anotado*, San Marcos, Lima, p. 465.

conciencia de nada, por ello utilizarlo con este propósito resulta totalmente ilegítimo en clave político-criminal.

Hay que tener presente, que de conformidad con el Artículo Único de la Ley Nº 26992 (12.11.1998) que modifica al Art. 3º de la Ley Nº 26716, el BCR será considerado como agraviado en los delitos que tratan los artículos 252º al 260º del CP.

II. DEFINICIONES DE MONEDA EN PERSPECTIVA GENERAL.

a) Moneda nacional

Es la emitida por el Estado peruano, y su unidad ahora es *el nuevo sol*. Se sabe que nuestro sistema monetario es decimal, la inflación nos hizo cambiar varias veces nuestro sistema monetario. Así, del *sol de oro* (1930) pasamos al *Inti*, bajo el Gobierno de Fernando Belaunde Terry. Del *inti*, se regresó al *nuevo sol*.

b) Moneda de valor o con valor intrínseco

Es un metal precioso, oro o plata, acuñado en amalgama con otros metales de menor importancia pero que de todas maneras tiene un valor autónomo como bien, adicional a su valor como moneda.

c) Papel moneda

Es documento sui generis emitido por el Estado, al cual este le otorga, mediante un acto de disposición jurídico-político, poder liberatorio, es decir le confiere idoneidad como medio de pago de toda clase de obligaciones, y para lo mismo obliga a los ciudadanos a aceptarlo.

d) Moneda representativa y moneda fiduciaria

Una moneda es representativa cuando a su denominación corresponde un valor idéntico en divisas u otros bienes, convertibles o no. Y es moneda fiduciaria la que guarda correspondencia con bienes reales. Y si aún conserva alguna referencia a ellos, es ante todo, simbólica.

e) Moneda de curso legal

Se entiende por tal la moneda que por disposición de la ley tiene poder liberatorio, es decir, tiene idoneidad para pagar toda clase de obligaciones, y las personas están obligadas a recibirla o aceptarla.

III. DEFINICIÓN DE LA MONEDA EN PERSPECTIVA PENAL

Para el tratamiento jurídico-penal es necesario entender el significado de moneda en *latu sensu*, esto es, en sentido amplio, tanto a la evidente moneda metálica como al papel moneda llamado comúnmente billete de curso legal. Obsérvense los tipos penales de los Arts. 252º (*"El que falsifica billetes o monedas..."*), 253º (*"El que altera billetes o monedas..."*), 254º (*"El que introduce...monedas o billetes..."*) del CP; asimismo, el legislador, haciendo gala de su poder legisferante, ha querido abarcar otros elementos que semántica o lingüísticamente no guardan relación o semejanza con el significado genuino de moneda, y que es una constante en la legislación comparada[464]; en tal línea encontramos valores equiparados a moneda en el Art. 257º ("Las disposiciones de los artículos precedentes *son extensivas a los billetes, monedas, valores y títulos de otros países*" y el Art. 261º ("Para los efectos de este capítulo quedan equiparados a los billetes y monedas, los títulos de la deuda pública, bonos, cupones, cédulas, libramiento, acciones y otros valores o títulos-valores emitidos por el Estado o por personas de derecho público").

IV. SOBRE EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

El CP de 1991 incorpora los delitos monetarios dentro del Capítulo II ubicado en el Título X *"Delitos contra el orden financiero y monetario"*, adquiriendo dicho bien jurídico-penal autonomía conceptual, sistemática y dogmática; de esta manera el legislador patrio ya no lo considera

---

[464] El CP español por su lado interpreta el término moneda en lo descrito por el Art.387º *"la moneda metálica y papel moneda de curso legal, las de débito y los cheques de viaje. Igualmente, se equipararán a la moneda nacional la de la Unión Europea y las extranjeras"*.

como delitos contra la fe pública, dentro del Título II referidos junto a acciones criminales sobre *sellos, timbres y marcas oficiales*, como lo fuera en el CP derogado de 1924.

La doctrina y la jurisprudencia española señalan que el bien jurídico tutelado en esta clase de ilícitos penales es la **seguridad del tráfico monetario**; más recientemente, pregonan que dichas conductas típicas representan **un grave atentado a la economía y estabilidad monetaria de un país**[465]. Situación que genera inseguridad jurídica a la hora de saber cuál es el "verdadero" bien jurídico tutelado, situación que obliga a averiguar cuál o cuáles son las finalidades político criminales que inspiraron a nuestro legislador, esto es, a desentrañar su *ratio legis*. Ya que, por ejemplo, atentado contra la economía de un país o contra su economía nacional no son términos técnicos con contenido preciso pues se puede identificar tanto como el patrimonio económico de la nación, como el bienestar social.

El Estado pues, como reiteramos tiene el monopolio de la emisión de billetes y lo ejerce a través del BCR, también llamado instituto emisor. En otras épocas eran los organismos privados autorizados para lanzar moneda, y el público aceptaba en la medida de la confianza que le inspiraba la respectiva institución bancaria. La moneda que el Estado emite es de curso forzado, pues nadie puede rehusarse a recibirla como medio de pago. Tiene valor cancelatorio[466].

Es de destacar además, que no solamente el legislador ha querido dar protección penal a la moneda, pues como se puede apreciar de los tipos penales, también se ofrece tutela al billete y a otras característi-

[465] SERRANO BUTRAGEÑO, Ignacio (Coord.). *CP de 1995 (Comentario y jurisprudencia)*, Granada, 1999. p. 1569.

[466] CHIRINOS SOTO, Enrique. *Constitución de 1993 Lectura y Comentario*, Lima, 1997. p. 136. Agrega que según el CC el pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio del día y el lugar del pago.

cas, así BAJO FERNÁNDEZ[467] sostiene que la denominación "delitos monetarios" (refiriéndose al CP español derogado), es incorrecta, pues se ha querido delimitar el delito en función de su objeto material: la moneda, y ciertamente no es esto lo que caracteriza al delito monetario. Ya que no todos los delitos que tienen como objeto la moneda se comprende en la expresión "delitos monetarios". Tal es el caso de los delitos de falsificación de moneda en sus diversas modalidades de fabricación, introducción y expedición. Más bien, agrega el autor, debe decirse que los delitos monetarios se caracterizan por incidir sobre "medios internacionales de pago" como tales, es decir, desde la perspectiva de las relaciones comerciales internacionales.

Para BAJO FERNÁNDEZ el bien jurídico protegido es "el interés de la Administración pública en el control de los medios de pagos internacionales, es decir, en el control de los medios de pago con el exterior"[468].

Por otro lado, MORILLAS CUEVA afirma que en este delito se protege el tráfico jurídico y sobre semejante perspectiva y la de la comprensión de la moneda como medio de pago, el bien jurídico se completa o mejor se deriva con la tutela del sistema monetario nacional e internacional o el mercado de pagos de igual naturaleza[469].

En nuestra doctrina, según BRAMONT ARIAS–BRAMONT ARIAS TORRES, el bien jurídico genéricamente protegido en los delitos monetarios es el interés del Estado de defender el sistema económico de medios de pago que pueden ser afectados por la sustracción del mercado (transparente) de medios considerados indispensables para el

---

[467] BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. "Delitos monetarios. Cuestiones comunes a las distintas figuras de delito", en: *Comentarios a la Legislación Penal*, tomo IV, Madrid, 1985, p. 32

[468] En su obra de 1978 *"Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial",* p. 57.

[469] MORILLAS CUEVA, Lorenzo. "Falsedades (I). Falsificación de moneda y efectos timbrados", en: *Curso de Derecho Penal español. Parte Especial II* (Dir. Manuel Cobo del Rosal), Madrid, 1997, p.215

funcionamiento del sistema (sobre todo ante la dependencia del mercado internacional) con lo que se compromete el bienestar de todos y cada uno de los miembros de la colectividad[470].

V. EL TRATAMIENTO LEGISLATIVO DE LOS DELITOS MONETARIOS

1. Sobre la técnica legislativa

En el Código se agrupa dos tipos de casos protegibles:

a) Los primeros ilícitos penales están referidos a la protección penal de la moneda y los billetes nacionales y extranjeros (Art. 252º y sgtes.).

b) En los últimos ilícitos penales se observa que están referidos a la protección de las divisas del país (Arts. 259º y 260º).

Los delitos monetarios en el CP descansan sobre cuatro modalidades típicas (por el *"verbo rector"*):

a) Falsificación,

b) Alteración,

c) Circulación,

d) Tenencia de instrumento para la falsificación.

Se nota cierto grado de *implicación* en que se superponen con otros delitos ubicados en el mismo texto punitivo, (que se solucionarán en base a las reglas del concurso aparente de leyes, en la que se aplicará el *principio de consunción*), así:

a) DELITOS DE FALSIFICACIÓN MATERIAL pues utiliza los mismo verbos típicos (Arts. 252º falsifica; 253º altera; 254º falsa o alterada; Art.255º falsificación, la alteración); tan es así que el

[470] BRAMONT ARIAS, Luis & BRAMONT ARIAS TORRES, Luis A. Op. Cit., p. 466.

Código español los incluye dentro del rubro "DE LAS FALSEDADES".

b) DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA en el Art. 260;

c) DELITO DE ESTAFA (Art. 254º).

2. ¿Causa de justificación?: Sobre el tema del consentimiento

Tenemos que resaltar que se parte de la idea de que el consentimiento de la víctima está descartada, ya que se trata de delitos respecto de lo se afirma como bien jurídico uno de carácter colectivo o macrosocial –*la seguridad del tráfico jurídico monetario*–. Empero, en la vida diaria vemos múltiples casos que nunca llegan a ventilarse en los fueros judiciales, solo quedan a nivel policial, sobre todo si se trata de billetes o monedas de escaso valor económico o en los casos en los que el supuesto denunciado ha sido también sorprendido; pero desde el punto de vista dogmático tiene relevancia jurídica-penal, en la medida en que se está actuando en estos casos, bajo el principio de insignificancia en los que ni siquiera se ha puesto gravemente en peligro al bien jurídico (Art. IV del TP del CP).Muy diferente es en el caso que detrás de ese billete falso esté operando toda una criminal maquinaria o red organizada dedicada a perpetrar diariamente este delito; esto es que el denunciado solo ha sido una especie de "paso mano" del billete o que ha actuado influenciado bajo un error de tipo, donde se podría discutir su ***vencibilidad*** o no, de todas maneras será relevante para efectos de la impunidad solo su carácter de invencible al no preceptuar ningún supuesto culposo en este Capítulo.

Pensar en una causa de justificación amparado en el inc.10 del Art.20º del CP y no de atipicidad (los llamados acuerdos entre las partes), en la medida en que el *"permiso"* que otorga el perjudicado para nada enerva el daño ocasionado, es decir no hace desaparecer el carácter *disvalios*o de la conducta que desencadenó en el resultado, resulta imposible jurídicamente desde que aquel artículo exige un bien jurídico de libre disposición.

3. Sobre las estructuras típicas de los delitos monetarios

FALSIFICACIÓN DE MONEDA

Art.252º:(...) 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.

En el Art. 252º se distingue dos modalidades típicas:

El que *falsifica*. Como criterio preliminar diremos que se ha puesto de relieve en la doctrina la diferencia entre falsedad y falsificación. Así, CALLE RODRÍGUEZ afirma que la falsedad es la cualidad o condición de lo falso, alteración o falta de la verdad; en cambio, la falsificación se refiere a la acción o efecto de falsificar, esto es la operación por la cual se realiza precisamente la falsedad. La falsedad –agrega– es atribuible a las personas (se habla así de falsedad en ellas), en tanto que la falsificación queda referida a la actividad de las personas o a su resultado (se habla entonces de falsificación en las cosas que adolecen de falsedad o que son falsos) Existe una diferenciación aceptable en la doctrina: la de que hay falsedad en la simple imitación, consistente en poner lo falso en vez de lo que deberá ser verdadero y falsificación en la sustitución o puesta de lo falso en lugar de lo verdadero[471].

Con el verbo típico "falsificar" se está describiendo el núcleo de la acción falsaria, y esta comprende la mutación, la imitación y daño[472]. Así, la mutación comprende la falsificación en la medida que forma to-

[471] CALLE RODRÍGUEZ, María Victoria. *Falsedades documentales no punibles*, Madrid, 1997, p. 35.

[472] ARENAS SALAZAR, Jorge. *Delito de falsedad,* Santa Fé de Bogotá, 1995, p. 208.

das las acciones mediante las cuales se invade el derecho del Estado al monopolio de su función emisora de la moneda o billete. Un ejemplo concreto sería la de fabricar íntegramente la moneda falsa. Otra modalidad sería la mutación de la moneda, habrá de anotarse que si la moneda falsa no da la apariencia de ser legítima para una persona corriente el entorno donde circula, la imitación burda o inidónea determina la inexistencia del delito, por su imposibilidad de engañar, tal como lo prescribe el Art. 17 del CP.

Se entiende que el objeto material que lo diferenciará de los otros tipos penales de falsedad documental lo establecerá la moneda y sus equivalentes normativos que prevé nuestro código, es decir, único elemento que podrá ser objeto de falsificación y dentro de ella está contenida a la falsedad, según el criterio esbozado líneas atrás. En tal virtud, la moneda falsa puesta a circulación por un valor superior (fabricar billetes falsos de 100 y de 200 nuevos soles) debe estar destinada dolosamente a provocar o inducir a error a terceras personas, recalcando que dicha conducta debe estar premunida de cierta carga de idoneidad.

La jurisprudencia española ha establecido en la Sentencia del 31 de octubre de 1931 que para estimar consumado este delito, a que el objeto material esté total y completamente terminado para su expedición. Si falta algún trabajo o elemento de fabricación, solo habrá tentativa. Igualmente la fabricación ha de ser destinada a la circulación del tráfico monetario; cualquier otra con fines distintos: numismáticos, de colección etc., serán irrelevante penalmente.

ALTERACIÓN DEL VALOR DE LA MONEDA DE CURSO LEGAL

Art. 253º. 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 otros países, para darles apariencia de los que tienen poder cancelatorio**.**

Sujeto activo puede ser cualquier persona; sujeto pasivo es la colectividad.

Alterar presenta como sinónimos de "cambio", "modificación", "variación", "reemplazo" e incluso "falsificación". Como es lógico, esta amplia expresión abarca un enorme número de conductas con una última consecuencia: la transformación de las iniciales cualidades predicables en el documento, ya sea la autenticidad o la veracidad.

La alteración puede revestir distintas formas teniendo como finalidad común todas ellas que los billetes y monedas alcancen poder cancelatorio, es decir poder de pago o deliberación de una obligación:

- El que altera los billetes o monedas con el propósito de atribuirles un valor superior. En esta situación se tiene que dar como condición que el billete o moneda previa al acto sea verdadero.
- O realiza tal adulteración 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.
- El que altera la moneda, aminorando su valor intrínseco.

El delito de alteración del valor de la moneda requiere para su existencia delictiva y material *ejecutar* una actividad positiva consistente en un determinado hacer: ***"alterar"*** o ***"...realizar tal alteración..."*.** Sin embargo, se podría afirmar, en base a la extensa interpretación que permite el Art. 11º del CP: "*Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas y culposas penadas por ley*"**.** Con lo que se concluye que este delito puede ser punible también a título de un comportamiento omisivo, pero no existiendo respecto a esta última forma conductual, ningún precepto del citado texto legal, sí se puede articular en base al Art. 13º del CP la omisión impropia. El tema de la omisión impropia, en esta clase de delitos debe ser examinado atendiendo a cada uno de los tipos descritos en este rubro; y vendría a darse cuando el sujeto activo ocupe una posición de garante determinada por el inc. 1 del citado Art.13º. A nuestro juicio, puede admitirse que el término "alterar" puede significar normativamente igual a como *"dejar alterar*", reflejado en situaciones como el de

no anotar un hecho que debió ser anotado, ocultando o silenciando un dato o circunstancia que haga que el billete o moneda pierda su valor original, afectando su esencia.

La consumación formal se produce cuando el agente tenga solamente la finalidad de atribuirle un valor superior, aun cuando efectivamente no logre introducirlo en el tráfico monetario, en consecuencia estamos ante un *delito de peligro abstracto*, esto es el legislador se anticipa *ex ante* a cualquier conducta fraudulenta preliminarmente sobre el billete o moneda y no espera *ex post* el resultado dañoso. No es admisible la tentativa.

En la tipicidad subjetiva se exige el dolo, pero además un elemento subjetivo distinto del dolo de tendencia trascendente desde el tipo penal exige *"...con el propósito de atribuirles un valor superior..."*, *"...para darles apariencia de los que tienen poder cancelatorio"*, *"...aminorar su valor su valor intrínseco"*. De manera que será fundamental su probanza para efectos de la punibilidad de este tipo.

TRAFICO DE MONEDA FALSA

Art.254º. El que introduce en el territorio de la República o pone en circulación monedas o billetes falsificados o alterados por terceros, así como el que promueve tales actos. (...) El que, habiendo recibido como auténticos o intactos, billetes o moneda falsificados y alterados, los pone en circulación, a sabiendas de su ilicitud, (...).

La primera modalidad delictiva consiste en introducir materialmente moneda falsa en el Perú, o en su defecto aquél que pone físicamente en circulación monedas o billetes siendo la condición *sine qua non* que sean *"falsificados" o "alterados"* por terceros, resultando indiferente el país de procedencia, el tipo requiere que el sujeto activo o agente introductor, tenga conocimiento de la falsedad de la moneda o billete. Debemos tener presente que el primer párrafo, en cuanto a su perfeccionamiento típico, se consuma cuando la moneda o billete penetra o se introduce en el territorio de la República, entendiéndose por él no solo el terrestre sino también el marítimo y el aéreo.

En esta parte del tipo se entiende o se resalta la idea que el sujeto activo *no lo ha fabricado o diseñado materialmente*, sino estaríamos ante el tipo 252º; sino que aquí se comporta como *distribuidor o promotor* (*"...falsificados o alterados por terceros"*). Pero muchas veces el que fabrica también resulta siendo finalmente el que los distribuye o los promueve para ponerlo en circulación, situación que no presentará problemas pues se procesará por los dos delitos en forma independiente como concurso real homogéneo.

Como modalidades típicas se puede diferenciar dos: tiene que existir un hecho previo y otro hecho consecuente. La primera está referida a que el sujeto activo haya recibido la moneda de curso legal y que él conscientemente sabe que dicha moneda es de procedencia ilícita, ya sea en su fabricación, falsificación o alteración, como premisa anterior. Ahora como premisa consecuente, el sujeto activo se dispone a ponerla en circulación o la *"expande"* según el Código español, teniendo en consideración que esta hace referencia, precisamente, a la incorporación directa de la moneda al flujo o torrente monetario y no a la ejecución de una anterior fase o etapa distributiva[473]. El recibimiento o la adquisición de la moneda falsa puede ser de cualquier forma o título, incluida la recepción.

Se resalta la idea del dolo directo o intencional por el término *"a sabiendas"*, esto implica el conocer de su falsedad y no obstante eso ponerlo en circulación en el normal tráfico monetario. Se puede apreciar una subjetividad distinta del dolo, *tendencia interna trascendente*, referido al hecho que una vez recibido ha de ser para que el sujeto activo *"...los ponga en circulación"*. Este elemento subjetivo es fundamental, pues la mera tenencia de la moneda sin tal fin es atípica. En forma CONTRARIA BUSTOS RAMÍREZ sostiene que no existe un elemento subjetivo del tipo expresamente regulado; la exigencia de la fabricación para ponerla en circulación se desprende más de la interpretación genérica del delito y del bien jurídico protegido[474].

---

[473] SERRANO BUTRAGEÑO, Ignacio. Op. Cit., p.1572

[474] Citado por MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Op. Cit. p. 217.

Se puede presentar una relación concursal con el delito de estafa (tipo base) y el delito de tráfico de moneda falsa, conducta en la cual entrarían en disputa dichos tipos; sin embargo dicho concurso solo es aparente, porque en base al "principio de especialidad", tipo general que es la estafa y el tipo específico que es el delito en comentario, se preferirá el delito de tráfico de moneda falsa.

El CP español establece, a diferencia del nuestro en el que existe un silencio, una figura delictiva en el tipo básico del Art.386º *("El que habiendo recibido de buena fe moneda falsa, la expande o distribuye después de constarle su falsedad...")*, donde la adquisición de la moneda se realiza desconociendo el sujeto activo de su falsedad intrínseca. La expresión de *"buena fe"* que alude el tipo equivale a la creencia de que la moneda que se adquiere es legítima o, si se quiere, a la ignorancia de su falsedad. Empero, lo reprochable ético-socialmente viene determinado por su posterior distribución sabiendo que no es genuina.

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

"Art.255º. El que fabrica o introduce en el territorio de la República, máquinas, cuños o cualquier otra clase de instrumentos o insumos destinados a la falsificación de billetes o monedas o que, a sabiendas los conserva en su poder, será (...)"

El tipo penal establece tres verbos rectores: la conducta típica de "fabricar" o la de "introducir" dentro del país aquellos elementos, materia prima o instrumentos que sirvan para la elaboración de billetes o monedas falsas y la de "conservar" a sabiendas de su origen ilícito (una especie de receptación monetaria). La política criminal del Estado está basada, entonces, en sancionar desde inicio meros actos preparatorios antes de que ingresen al tráfico monetario, de manera que estamos ante un delito de peligro abstracto. De manera que es casi inadmisible fragmentos progresivos del *iter criminis*, pero que teóricamente se puede admitir.

La de *fabricar* moneda de curso legal en la República. En términos semánticos "fabricar" significa crear, elaborar o producir; en nuestro caso sería fabricar para hacer y asimismo crear monedas y/o billetes falsos que tengan una cierta apariencia de legitimidad o autenticidad para su circulación. Desde esta perspectiva, la exigencia normativa es que la moneda resultante de la actividad fraudulenta tenga apariencia de verdadera, siendo que en su confección no sea burda, tosca ni grosera.

La jurisprudencia española (STS 21.12.83) es clara al enfatizar *que "...En lo concerniente a la apariencia de autenticidad, no es posible un virtuosismo o una técnica tan sumamente depurada que haga poco menos que imposible distinguir la moneda inauténtica de la legítima a la que se imita, pero no parece lógico extender la dura represión a imitaciones burdas y groseras fácilmente perceptibles a actos o resultados deleznables*"[475]. Sin embargo, aunque otra jurisprudencia (STS 17.03.67) consideró punible la fabricación de monedas falsas "*cualquiera que sea la perfección o el grado de imitación de las legítimas, lo más certero es entender que hay apariencia de punible cuando lo fabricado puede ser confundido por lo auténtico por un hombre medio, situándose por debajo del nivel del técnico monetario o del perito...*".

El delito de fabricación se consuma cuando la moneda falsa se halla dispuesta para ser lanzada a la circulación, sin que se precise ni la efectividad de esta, ni el perjuicio para un sujeto concreto, supuesta siempre la mínima apariencia de autenticidad precisa para su acceso al tráfico. Lo cual entonces queda un espacio de tiempo de "actos ejecutivos".

Se entiende que la introducción en nuestro territorio de las máquinas, cuños o cualquier otra clase de instrumentos ha de ser realizado por persona distinta a las del falsificador. En todo caso, si el intro-

[475] Doctrinariamente, pero referidos a falsedades documentales CALLE RODRÍGUEZ (CALLE RODRÍGUEZ, María Victoria. Op. Cit., passim) sostiene que cuando la falsedad sea tan burda que resulte evidente, y por tanto, ya no esté de la idoneidad necesaria y precisa para el resultado dañoso o de engaño que con ella se pretende, no existiría delito.

ductor es la misma persona que el falsificador se estaría ante lo que la doctrina denomina un acto posterior impune**,** propio del principio de consunción (concurso aparente de leyes)[476]. Por territorio de la República hay que entender lo dispuesto en el Art. 54º de la Constitución"… Comprende el suelo, subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre".

El tipo penal también reprime no solo al que fabrica, o los introduce, sino también a aquellos que conserven en poder de dominio dichos instrumentos, siendo conscientes que sirven para fines ilícitos.

Se discute la connivencia o la concertación que puede existir entre el falsificador y el introductor. Algunos como VILLACAMPA ESTIARTE estiman que no es necesario que el introductor se haya puesto de acuerdo con el falsificador para que se realice el delito, desde que el momento en que el tipo no lo exige y cabe imaginar hipótesis como el de quien conoce un lugar en el extranjero donde hay monedas falsas ocultas, se hace con ellas y las introduce en nuestro país. Por el contrario para QUERALT se requiere, por la naturaleza de las cosas y la interpretación sistemática, la necesaria connivencia con los falsificadores materiales.

---

[476] En la doctrina alemana se han planteado los casos de **"actos co-penados"** (o **"impunes"**) que comprenden tanto a los **"actos anteriores o previos"** y los **"actos posteriores"**. Esto se soluciona bajo la llamada relación de "consunción", en la medida que los actos ya sean previos o posteriores son absorbidos por el acto que podría llamarse principal; véase: PESSOA, Nelson. *Concurso de delitos. Teoría de la unidad y pluralidad delictiva.* Buenos Aires, 1996, p. 203 se resiste a creer que exista los denominados "actos posteriores", pues no tienen autonomía, así "...si se lee con atención este tipo de razonamiento lo que dice es que el tipo que describe la conducta "anterior" aprehende –consuma- a la conducta descrita por el tipo puesto en movimiento por la conducta "posterior". Por su parte, REYES ALVARADO (REYES ALVARADO, Yesid. *El concurso de delitos,* Bogotá, 1990, p. 143) los "actos anteriores co-penados" se analizan en la parte de la subsidiaridad.

USO ILEGAL DE DIVISAS

"Art.259: El que destina las divisas asignadas por el Banco Central de Reserva, a fin distinto del señalado y autorizado (...)

Los directores, gerentes y funcionarios del Banco Central de Reserva o funcionarios públicos que faciliten la comisión del delito (...)".

En el primer párrafo se da una suerte de "malversación" de divisas (*destina... a "fin distinto del señalado y autorizado")*. Estamos ante una ley penal en blanco a ser llenada extrapenalmente por el Derecho administrativo del sector correspondiente. Este comportamiento presupone que se trata de divisas que han sido adquiridas lícitamente con un fin determinado. La divisa es aquel título de crédito que se expresa en moneda extranjera y es pagadero en su país de origen. Se supone que el sujeto activo en este delito debe ser una persona comprometida con los fondos de las divisas, que no necesariamente serán los Directores, Gerentes o Funcionarios del BCR, pues ellos tienen participación en el segundo párrafo.

En el segundo párrafo se señala un elemento o exigencia típica importante en el sentido que los directores, gerentes y funcionarios del BCR que ***"faciliten la comisión del delito***...". En primer lugar, el concepto de administrador, directivo, funcionarios debe entenderse en un sentido funcional y no formal, y siempre y cuando actúen en *"el ejercicio de sus funciones*". RODRÍGUEZ RAMOS sostiene que se trata de una doble delimitación de los sujetos activos, una estática –condición de directivo, empleado, administrador– y otra dinámica –conducta activa u omisiva como funcionario público–, que configura este delito como especial y, por tanto, reservado a tales sujetos que han asumido, además, específicas funciones públicas por delegación"[477] . La problemática exegética se centra, pues, en descubrir el tipo de

[477] RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. "Participación delictiva por negligencia", en: Cobo del Rosal, Manuel (Director). *Comentarios a la legislación penal,* tomo IV, Madrid, 1995, p. 265.

participación en relación a dichos funcionarios, pues quienes ejecuten directamente el hecho delictivo serán aquellos sujetos que ostenten dichas cualidades especiales, lo que se produce una ruptura del principio tradicional de la unidad del título de imputación que es consecuencia de la accesoriedad de la participación.

En principio, *facilitar* no es lo mismo que *causar* en un sentido estricto de este concepto. Entonces, debe entenderse que el comportamiento de favorecer o facilitar del funcionario, de acuerdo a la redacción tipo penal, debe ser en principio de complicidad en la modalidad de primaria o necesaria en la medida en que su colaboración debe de ser esencial, ya sea por acción u omisión, a la causación del delito principal es decir al uso ilegal de las divisas[478]. Sin embargo, el legislador, ha querido que el funcionario sea considerado también "autor" del delito, desde que reprime con la misma pena y se evita los problemas de participación en delito especiales. Técnicamente dichos funcionarios no deben tener el dominio del hecho, bastando solamente un comportamiento de auxilio para la realización del hecho punible. Pero, ¿Qué pasa si lo tiene y ejecuta el delito por cuenta propia, entonces que párrafo se aplica? No es suficiente con que el sujeto activo facilite la comisión del delito, esto es no basta la coincidencia en cuanto al sujeto activo el momento de su comisión; sino que la acción u omisión dolosa ha de ser precisamente la que incidió favorablemente en la comisión de ese delito principal. Podría haber casos en que dicho favorecimiento se deba a un comportamiento negligente del funcionario, empero dichas conductas serán consideradas como meras infracciones administrativas o disciplinarias desde que no serán típicas penalmente.

RETENCIÓN INDEBIDA DE DIVISAS

"Art. 260º. El que, teniendo obligación de hacerlo, no entrega, indebidamente, al Banco Central de Reserva las divisas gene-

[478] RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. "Supletoriedad del CP", en: Cobo del Rosal, Manuel (Director). *Comentarios a la legislación penal,* tomo IV, Madrid, 1995, p. 266.

radas por las exportaciones o las retiene injustamente, luego de vencido el plazo establecido (...)".

Se trata de un delito especial. Se hace alusión a una especie de apropiación ilícita por la no entrega a tiempo de las divisas requeridas por el BCR. Se establecen dos conductas típicas: primero, la de *"no entregar"* indebidamente, segundo, "*las retiene*", injustificadamente, luego de vencido el plazo establecido. Dicho plazo debe estar reglamentado en una disposición especial. Hay un estado antijurídico de la consumación en el tiempo contados desde la no entrega o la retención de las divisas requeridas, lo que se podría tipificar como *delito permanente.*

Podría entrar en concurso efectivo con el delito de abuso de autoridad en la modalidad de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales del Art. 377º del CP, ya que ambos cierran el círculo de autores.

CAPÍTULO IX
TUTELA PENAL DEL AMBIENTE (I): TUTELA PENAL DEL MEDIO AMBIENTE: ¿VISIÓN ECOCÉNTRICA O ANTROPOCÉNTRICA?

I. Introducción

El Derecho, inicialmente, se introdujo al ámbito medioambiental median la protección de sus diversos elemento, por ESER denominados "campos parciales[479]. No obstante, la tutela jurídica se caracterizaba, en estos casos más que por la necesidad de conservar el ambiente, por la "optimación unilateral de una explotación orientada hacia los hombre de manera puramente antropocéntrica"[480], es por eso que "tal protección refleja del ambiente en siglos pasado era especialmente *individualista* y, por tanto, muy localizada […], en cierto modo, 'microcósmica'"[481].

De esta manera, ya desde el Código de HAMMURABI (siglo XVII a.c.), la prohibición de sobreexplotar a los animales se encontraba concebida más en atención a la conservación de su capacidad de trabajo a favor del ser humano que a la subsistencia de la especie.

---

[479] ESER, Albin. "Derecho Ecológica", traducción De La Cuesta Arzamendi y Sanz Morán, en: El mismo. *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal,* Idemsa, 1998, p.122.

[480] *Ibídem,* p.122. Muy similar Rojas Amandi destaca que el objeto fundamental en esa época era "satisfacer las necesidades de explotación de los recursos naturales"; en: ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. "El Derecho Internacional Público del medio ambiente al inicio del siglo XXI", en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional,* volumen II, México, 2002, p. 338.

[481] ESER, Albin. Op. Cit., p. 123.

De igual forma, en el Derecho Romano la muerte de un animal era comprendido como un acto que perjudicaba las posibilidades de explotación agrícola, por lo que el reproche se centraba en el valor económico del animal.

Posteriormente, durante la Alta Edad Media, el Derecho Municipal concedió cierto nivel de protección al medio ambiente, en tanto coincidía con ciertos intereses del hombre. En la misma línea aparecen las regulaciones municipales sobre eliminación de residuos y protección de aguas, en la medida que la tutela se encontraba destinada más a la conservación o mejora de las condiciones de vida[482].

Otro antecedente, usualmente referido en el ámbito del Derecho Internacional, resulta ser el Tratado JAY (1794), suscrito entre los Estado Unidos de América y Gran Bretaña, en virtud del cual se daba tratamiento a una serie de cuestiones de derecho marítimo con implicancia medioambientales evidentes. A este le siguieron en América del Norte y Europa, durante el siglo XIX, una serie de Tratado destinados a la regulación de la calidad de las aguas internacionales y fronterizas[483].

También la *RStGB* [Código penal del Reich] de 1871 que sancionaba el maltrato contra los animales, fue guiado más por el sentimiento de "compasión" sobre éstos que en relación a la conservación de la fauna[484].

Todas las anteriores manifestaciones legislativa constituyen lo que la doctrina denomina actualmente "legislación de relevancia ambiental" o "legislación de relevancia ambiental casual", que son aquellas normas que carecen de mayores propósitos en materia ambiental, pero que regulan aspecto de derecho común que inciden en la protección ambiental, así como manifestaciones de "legislación sectorial de relevancia am-

---

[482] ESER, Albin. Op. Cit., pp. 122-123.

[483] ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. Op. Cit., p. 337.

[484] ESER, Albin. Op. Cit., p. 123.

biental", que son aquellas normas que regulan la protección de ciertos elementos ambientales (agua, fauna, etcétera)[485].

II. ITINERARIO DEL DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL [SÍNTESIS]

La protección jurídica del medio ambiente ha cobrado, qué duda cabe, especial connotación en la última década, en donde se comienza a gestar propiamente un "derecho ambiental"[486]. Ya en junio de 1972, durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Ambiente Humano, celebrada en Estocolmo, se dio la voz de alarma respecto al estado del planeta y de sus recursos, lo que significó la puesta en agenda mundial del problema medioambiental[487].

Este interés por los problemas del ambiente era tributario de los efectos que diversos eventos venían produciendo en el entorno natural. Derrames de aceite en la Costa Norte de Francia y la declaración de científicos suecos en el sentido de que la muerte de diversas especies en los lagos del país era consecuencia del traslado de la polución desde el Oeste de Europa[488], daban cuenta de un problema cada vez más preocupante.

El discurso medioambiental, pese a comenzar a adquirir importancia, no tuvo repercusión mundial durante dicha época, focalizándose el interés por proteger el medio ambiente en el mundo occidental desarrollado.

---

[485] BRAÑES, Raúl. *Informe sobre el desarrollo del Derecho ambiental latinoamericano. Su aplicación después de diez años de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo,* PNUMA, Distrito Federal, 2001, p. 11.

[486] En donde se comienza a desarrolla una "legislación propiamente ambiental", que entiende que el medio ambiente es un "todo organizado a la manera de un sistema"; así en BRAÑES, Raúl. Op. Cit., p. 11.

[487] ANNAN, Kofi. "Foreword", en: United Nations Environment Programme. *Global Environment Outlook.* 3: *Past, present and future perspective*, Earthscan, Londres, 2002, p. XIV.

[488] United Nations Environment Programme. *Global Environment Outlook.* 3: *Past, present and future perspective*, p. 2.

Esto porque los países del entonces existente bloque socialista o comunista continuaron privilegiando la industrialización, y los países subdesarrollados o en vías de desarrollo consideraban que el trato que recibía el medio ambiente era un "lujo" del Occidente. Paradigmáticas son las palabras de Indira GHANDI, ex primera ministra de la India, y de Tang KE, líder de la delegación China en la Conferencia de Estocolmo, respecto a la consideración que recibían de los países subdesarrollados y en vías de desarrollo la problemática del medio ambiente. Indira GHANDI llegó a decir: "Poverty is the worst form o pollution" ("Pobreza es la peor forma de polución"), en tanto que KE sostuvo: "We hold that of all things, people are the most precios" ("Nosotros sostenemos que de todas las cosas, la gente es la más preciada")[489].

Fruto de la Conferencia de Estocolmo es una Declaración de 26 principios, suscrita por 113 países, además de un plan de acción conteniendo 109 recomendaciones que constituyen el primer cuerpo normativo internacional referido al problema del medioambiente. Es cierto que el contenido de la mencionada declaración es sólo enunciativo, pero es de destacar en la medida que contiene todo un "programa" de protección ambiental internacional. Es de mencionar que la Conferencia de Estocolmo dio origen también al *United Nations Environment Programme* (Programa de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente), conocido en nuestros países con PNUMA.

La Conferencia de Estocolmo significó para muchas naciones un impulso decisivo en la articulación de un sistema de protección legal del medio ambiente. Así, analizando la situación de los países miembros de la "*Organization for Economic Cooperation and Development*" (OECD), se observa que durante el período correspondiente a los años 1971 a 1975 se promulgaron 31 leyes sobre la materia, cifra notoriamente superior a las cuatro leyes emitidas durante el periodo 1956-1960, las 10 leyes promulgadas durante 1961-1965 y las 18 correspondientes a los año

[489] Citados por United Nations Environment Programme. *Global Environment Outlook*. 3: *Past, present and future perspective*, p. 2.

1966-1970. Otro dato sumamente interesante en este sentido deriva de la relación gubernamental con la protección del ambiente. Antes de la Conferencia de Estocolmo sólo existían un aproximado de 10 ministros del Ambiente, al año 1982 era 110 los países que contaban con algún ministerio o departamento de ambiente[490].

Luego de la Conferencia de Estocolmo, se produjo una permanente labor de construcción de instrumentos internacionales de *soft law*[491], entre los que puede destacarse[492]:

- El Tratado de Ginebra sobre la Contaminación del aite Transfronterizo, de 13 de noviembre de 1979, que cuenta con tres protocolos (1985, 1988 y 1991).
- El Tratado de Viena sobre Protección de la Capa de Ozono, de 22 de marzo de 1985, que cuenta como complemento el Protocolo de Montreal (1987).
- La Convención del Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982.
- Los Acuerdo de la Organización Internacional de Energía Atómica, sobre la Información y Asistencia en casos de Accidente Nucleares, de 26 de setiembre de 1986.

---

[490] United Nations Environment Programme. *Global Environment Outlook*. 3: *Past, present and future perspective*, pp. 4-5.

[491] Se conoce como *Soft Law*, aquellas disposiciones que no contienen, en puridad, mandatos obligatorios, sino únicamente obligaciones de índole político-moral. Su crecimiento, da cuenta Rojas Amandi, es constante y vertiginoso, ello debido quizás a que, no obstante sus insuficiencias jurídicas "políticamente resultan muy prácticas"; al respecto, ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. Op. Cit., p. 355; BERMÚDEZ SOTO destaca el predominio del *soft law* en materia ambiental: BERMÚDEZ SOTO, Jorge. "Globalización y protección ambiental. Amenazas, tendencias y desafíos del Derecho internacional del medio ambiente", en: Losano, Mario & Muñoz Conde, Francisco (Coordinadores). *El Derecho ante la globalización y el terrorismo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 352-353.

[492] Véase: ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. Op. Cit., pp. 339-340.

– La Convención de Basilea sobre el control del Transporte Transfronterizo en Materias Peligrosas.

Todo este arsenal legislativo no ha podido, sin embargo, frenar la devastación de los recursos forestales, el incremento de los desiertos, el calentamiento del planeta, el crecimiento del agujero de la capa de ozono[493] o la reducción de la biodiversidad, ni ha podido evitar catástrofes ambientales como las de Amoco Cádiz, Exxon Valdez[494], Soveso, Tschernobyl, Bophl o Basilea[495].

Durante la década de los noventa se intensificó la introducción del concepto y significado del denominado "desarrollo sostenible". Así, aumentó la convicción mundial de considerar los problemas relacionados al medio ambiente como problemas globales que requieren de soluciones también globales.

Respecto a los incidentes medioambientales, debe recordarle que la década de los noventa comenzó con la llamada «Guerra del Golfo», y la deflagración de entre medio millón a once millones de barriles de petróleo crudo, lo que significó la muerte de entre 15,000 a 30,000 aves marinas y la afectación de aproximadamente cincuenta por ciento de los arrecifes de Coral, además de daños en la atmósfera por la combustión de petróleo.

Veinte años después de la Conferencia de Estocolmo, en la Conferencia de Río de Janeiro de 1992, conocida también como "cumbre de la Tierra", se reconoció mundialmente la crisis ecológica y la sociedad

---

[493] En 1985 se hizo público, a partir de los trabajos de investigación de los británicos FARNHAM, GARDINER y SHANKLIN, las realis dimensiones del agujero existente en la Capa de Ozono. Esta información conmovió tanto a la comunidad científica mundial como a los legisladores.

[494] Considerado el más grande delito medioambiental en la historia de los Estados Unidos.

[495] ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. Op. Cit., p. 340.

pudo verse a si misma, según ha denunciado Ulrich BECK, como "sociedad de riesgo mundial"[496].

La Conferencia de Río mantuvo esencialmente el espíritu de la Conferencia de Estocolmo, a tal punto que la Declaración de Río sobre Ambiente y Desarrollo reafirmó los ámbitos articulados veinte años atrás en Estocolmo, colocando a los seres humanos como ejes de la noción de "desarrollo sostenible"[497], que aparece como especie de solución dialéctica en el conflicto entre protección del ambiente y desarrollo tecnológico[498].

En Río se aprobó la llamada "Agenda 21" que dio origen al Programa 21. Agenda 21 fue el conjunto de una serie de programas subprogramas en materia ambiental destinado a lograr un "desarrollo sostenible". La Agenda 21 contiene precisiones de orden financiero, institucional y de transferencia de tecnología. Entre los temas tratados en la mencionada agenda se puede mencionar, entre otros: biotecnología, desechos peligrosos, aguas servidas, desechos radioactivos, salubridad, recursos humanos, deforestación, desertificación, pobreza, diversidad biológica, etcétera[499].

En la Conferencia de Río se aprobó, además, la Convención sobre el cambio climático y la Convención sobre la diversidad biológica[500].

---

[496] BECK, Ulrich. *¿Qué es la Globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, traducción de Bernardo Moreno y María Rosa Borras, Paidos, Barcelona, 1998, p. 56.

[497] United Nations Environment Programme. *Global Environment Outlook*. 3: *Past, present and future perspective*, p. *16*.

[498] BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Op. Cit., p. 361.

[499] CARMONA LARA, María del Carmen. *Derechos en relación con el medio ambiente,* reimpresión de la primera edición, UNAM, México, 2000, p. 38.

[500] Sobre su contenido, sin ánimo de exhaustividad: CARMONA LARA, María del Carmen. Op. Cit., pp. 39-40.

Con posterioridad, en 1997, cinco años después de la celebración de la Conferencia de Río, se realizó una sesión extraordinaria de la Asamblea de la Organización de Naciones Unidas con la finalidad de evaluar los avances en relación a la mencionada Conferencia. En esta sesión, a la que se denominó comúnmente como "Río+5", se constató la existencia de un proceso de involución respecto al estado de la cuestión, por lo que más que hablar de un "Río+5"—como indica BRAÑES— debe hablarse de un "Río-5»[501].

Hoy en día, treinta años después de la primera Conferencia Mundial dedicada al análisis de los problemas medioambientales, constatamos con preocupación que lo que en 1972 se denunciaba corno un problema verificable a largo plazo, se ha convertido en una amenaza en ciernes.

En este sentido, es clarificante la afirmación sostenida por BERMÚDEZ SOTO: "en los últimos 200 años, el medio ambiente ha sido intervenido como nunca antes por el hombre, generando cambios que antes tardaban cientos o miles de años en producirse"[502].

El Derecho penal, como es lógico, no ha podido mantenerse aislado a dicho fenómeno. Existe, pues, coincidencia total en la necesidad de otorgar una tutela penal a favor del medio ambiente; las dudas, sin embargo, parecen producírse cuando debe fijarse la forma en que dicha tutela penal debe ser articulada.

III. TUTELA JURÍDICA DEL AMBIENTE ¿ANTROPOCÉNTRICA? ¿ECOCÉNTRICA?

La tutela jurídica del ambiente ha significado la necesidad de adoptar una determinada concepción, una determinada "visión" del valor ambiental. Así, aparecen dos posiciones encontradas: la visión antropocéntrica del ambiente y la visión ecocéntrica del ambiente.

---

[501] BRAÑES, Raúl. Op. Cit., p. 31.

[502] BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Op. Cit., p. 350.

La visión "antropocéntrica" del ambiente justifica su protección jurídica en virtud al valor que dicho interés posee para los seres humanos. Se debe proteger el medio ambiente en la medida que aquello sea beneficioso para los seres humanos.

La visión "ecocéntrica", por su parte, estima que todos los elementos ambientales (aire, mar, plantas, etcétera) tienen inmanente un valor que los hace merecedores de protección jurídica. El ambiente, consecuentemente, "no es, en otras palabras, un medio, sino un fin en sÌ mismo, por lo que su protección no se legitima en virtud de su funcionalidad para intereses personales, sino por su valor intrínseco"[503].

Asumiendo posición, coincido con ALCÁCER GUIRAO en la imposibilidad de adoptar una posición "ecocéntrica» o «biocéntrica", pues, como bien sostiene el citado autor español: "La naturaleza no tiene derechos, ni, por tanto, tenemos nosotros deberes hacia la naturaleza. Expresado en otros términos: no cabe una fundamentación biocéntrica o ecocéntríca del medio ambiente como bien jurídico-penal, sino sólo una fundamentación antropocéntrica"[504].

Es evidente que la naturaleza, per sé, no puede ser sujeto de derechos, por ello es que ningún autor serio haya relacionado la protección jurídica exclusivamente al ambiente. La protección jurídica del ambiente se propugna en la medida que sirve como instrumento para mantener las condiciones elementales de supervivencia humana.

Ahora, esta opción a favor de una visión antropocéntrica del medio ambiente tiene reconocimiento en nuestra Constitución Política. Ello debido a que, además del tratamiento constitucional que recibe el «ambiente y los recursos naturales» en el Capítulo II del Título III («Del Régimen Económico») de la Carta Fundamental, que denota ya una

---

[503] ALCÁCER GUIRAO, Rafael. "La protección del futuro y los daños cumulativos", en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 4, Granada, 2002, p. 03.

[504] ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Op. Cit., p. 03.

orientación hacia la persona, la vigente Constitución Política reconoce dentro del catálogo de derechos fundamentales de la persona humana el derecho a "gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida" (artículo 2.22 constitucional). Ciertamente, no hay que olvidar que la orientación antropocéntrica del medio ambiente en nuestro texto fundamental guarda sintonía con el tratamiento constitucional que el medio ambiente recibe en otras constituciones, en las que el derecho a un medio ambiente saludable y equilibrado es también un derecho del ciudadano[505].

Aunque para DE LA CUESTA AGUADO la justificación antropocéntrica del medio ambiente carecería de utilidad alguna, pues si todo bien jurídico, por su condición de "valor ideal del orden social", hace necesaria referencia al "ser humano", por lo que la característica antropocéntrica sería consubstancial a todo bien jurídico[506], considero que la referencia a lo "antropocéntrico" o lo "ecocéntrico" tiene, en este ámbito, distintas connotaciones.

Es que la determinación de la "visión" del valor ambiental que se utilizará en la protección penal del ambiente no sirve —al menos no fundamentalmente— para justificar la intervención punitiva del Estado, pues es cierto que todo bien jurídico tiene por objetivo final la protección del ser humano y, en dicho sentido, todo bien jurídico tendría algo de "antropocéntrico". La opción a favor de una visión antropocéntrica del medio ambiente tiene por objetivo fundamental establecer la forma en que dicha intervención punitiva del Estado será instrumentalizada.

---

[505] Como es el caso de la Constitución española, al respecto: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Delitos contra el medio ambiente,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 18.

[506] DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. "La Protección Penal del Medio Ambiente en Argentina: Un objetivo aplazado", en: *Ciencias Penales Contemporáneas. Revista de Derecho penal, procesal penal y criminología,* Año 1, Nº 2, 2001, p. 116.

Graficando lo expuesto, puede afirmarse que a partir de una visión ecocéntrica del medio ambiente la intervención punitiva del Estado se adelantaría hasta niveles intolerables desde una consideración del Derecho penal como *ultima ratio*. Por el contrario, desde una perspectiva antropocéntrica la articulación de la protección penal del ambiente guardaría mayor relación respecto a los principios de intervención mínima y fragmentariedad.

CAPÍTULO X
TUTELA PENAL DEL AMBIENTE (II): PRESUPUESTOS PARA LA DELIMITACIÓN DE LA ESTABILIDAD DEL ECOSISTEMA COMO BIEN JURÍDICO-PENAL

I

§1. Las definiciones negativas han gozado pocas veces de un juicio favorable en la dogmática penal, pues sus resultados difícilmente satisfacen la necesidad de certeza científica. Sin embargo, este método ha sido aceptado en algunas ocasiones por la complejidad del objeto de estudio, p.e. en la delimitación de la culpabilidad, tras el decaimiento del «dogma del libre albedrío»[507], o en la definición material del bien jurídico-penal[508]. En este último caso, un sector de la doctrina es escéptico frente a la posibilidad de erigir criterios positivos para definir penalmente el bien jurídico[509] y, en todo caso, no reina acuerdo en la valoración de los que se han propuesto[510]. De tal forma, mantiene plena vigencia la afir-

---

[507] Vid. por todos, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", en: *Estudios de DP*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 140 ss.

[508] CARO CORIA, Dino Carlos. "Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs", en: *Thémis*, Nº 35, 1997, pp. 137 ss.

[509] STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, Madrid, Edersa, 1982, pp. 3-4. Por su parte, en el específico sector de los bienes colectivos, PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos", en: *CPC*, Nº 39, 1989, pp. 726 y 735, niega la valía de los conceptos previos de carácter genérico y apuesta por un procedimiento negativo, desde el DP mínimo, en la determinación del concepto de bien jurídico-penal.

[510] ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco. "Bien jurídico y Constitución", en: *CPC*, Nº 43, 1991, p. 5; ROXIN, Claus. "El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo", en: *DoP*, 1979, p. 509.

mación de RUDOLPHI: «a pesar de sus 130 años de historia»-*hoy más de 160*-, desde su creación por BIRNBAUM en 1834[511], el bien jurídico constituye uno de los conceptos que aún presentan una considerable falta de claridad[512].

Ahora bien, pese a las dificultades para concretar dicho concepto, la dogmática debe renunciar a la línea de las definiciones negativas[513], pues si bien aportan algunos indicios para delimitar el objeto protegible en sede penal, no logran precisarlo plenamente. Ello es común en el terreno de los bienes jurídicos colectivos, donde se observa un importante déficit de «*lex certa*»[514] que puede tolerar la incriminación de conductas únicamente lesivas para valores espirituales, meras funciones o ámbitos de autoorganización. Por contra, el DP, manteniendo su esencia de «Magna Carta del delincuente»[515], debe persistir en el deseo de arribar a una definición positiva de bien jurídico-penal.

---

[511] BIRNBAUM, J.M. "Über das Erfordernis eines Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung", en: *Archiv des Criminalrechts*, Nueva ed. T 15, 1834, pp. 149ss.

[512] RUDOLPHI, Hans Joachim. "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico", en: *NPP*, 1975, p. 329.

[513] Es decir lo que no es bien jurídico: no inconstitucionalidad, no creencias o programas morales, éticos, políticos o religiosos, no funciones o unidades de función.

[514] CARO CORIA, Dino Carlos. "Bienes jurídicos colectivos en la «sociedad de riesgo» y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo", en: *II Congreso Internacional de DP*, PUCP, Lima, 1997, II/5ss.; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, FDUCM/CEJ, Madrid, 1993, p. 221; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, FDUCM, Madrid, 1994, pp. 299 ss.

[515] En palabras de von LISZT, Franz. "Ueber den Einfluss der soziologischen und antropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts", en: *Strafrechtliche. Aufsätze und Vorträge*, T 2º, Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1905, p. 80.

§2. Este punto de partida es mayoritariamente defendido en la determinación del bien jurídico protegido por los delitos ambientales[516]. Frente a un minoritario sector doctrinal que mira con recelos la eficacia de la penal[517], aunque sin proponer la renuncia a ésta[518] [519], se acepta casi con unanimidad que la estabilidad del medio natural constituye un bien jurídico merecedor y necesitado de protección penal[520]. En España p.e., el

---

[516] CARO CORIA, Dino Carlos. *La estabilidad del ecosistema como bien jurídico-penal*, inédito, Salamanca, 1997, pp. 200 ss.

[517] Como señala BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "El medio ambiente como bien jurídico tutelado", en: Terradillos Basoco, Juan (Coord.). *El delito ecológico*, Trotta, Madrid, 1992, p. 41, en el actual momento histórico se entiende como obvia la necesidad de proteger jurídicamente el ambiente, aunque se registran diferencias en cuanto al contenido concreto de este interés, como en relación al uso del DP y la intensidad de su intervención.

[518] En España: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Necesidad de pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente", en: *Pena y Estado*, Nº 1, 1991, p. 109; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. "Delito ecológico y función simbólica del DP", en: Terradillos Basoco, Juan (Coord.). *El delito ecológico*, pp. 58-65. En Alemania: WOLF, Paul. "Megacriminalidad ecológica y derecho ambiental simbólico", en: *Pena y Estado*, Nº 1, 1989, p. 122. En la misma publicación HASSEMER, Winfried. "DP simbólico y protección de bienes jurídicos", p. 23ss.; EL MISMO. "Umweltschutz durch Strafrecht?", en: *Neue Kriminalpolitik*, 1989, pp. 46-49; HEINE, Günther. "Accesoriedad administrativa en el DP del medio ambiente", en: *ADPCP*, 1993, p. 290, notas 2-3, pone de relieve el escepticismo de BACKES, ALBRECHT, MATTERN, SCHEERER, STANGL/STEINERT, HAMM, MEINBERG, RÜTHER, a quienes se suman HERZOG y LUDERSSEN.

[519] Por contra, en otro lugar he sostenido la renuncia a la intervención penal pero limitándome, de modo exclusivo y excluyente, a la realidad del Perú, Vid. CARO CORIA, Dino Carlos. *La protección penal del ambiente*, B,M&U, Lima, 1995, pp. 229-238, a lo que se ha opuesto FIGUEROA NAVARRO, Aldo. "Recensión", en: *Anuario de DP*, Lima, 1995, pp. 131 ss.

[520] En otra oportunidad he defendido la construcción del concepto material de bien jurídico-penal en función de los principios de merecimiento de pena (*Strafwürdigkeit*) y necesidad de pena (*Strafbedürftigkeit o Strafbedürfnis*), Vid. CARO CORIA, Dino Carlos. "Sobre la moderna teoría del bien

merecimiento se fundamenta en la grave dañosidad social e individual de los comportamientos lesivos del ambiente, en la disposición constitucional que prescribe la utilización del DP (art. 45) en el marco de los Derechos Humanos de Tercera Generación, y en la importancia del entorno para la Unión Europea. A su vez, la necesidad de pena obedece a la ineficacia de los medios no punitivos para controlar determinados eventos dañinos y a la importancia de alcanzar el objetivo de prevención general negativa[521].

Antes bien, persisten criterios doctrinales y legislativos que pretenden delimitar el bien jurídico-penal recurriendo a los «bienes jurídicos del DP clásico»[522], es decir, aquellos intereses individuales y colectivos funcionales a un DP liberal (la vida, la salud individual, el patrimonio, la salud pública o las facultades administrativas)[523]. Pero una tutela basada en este criterio está condenada al fracaso pues los bienes jurídicos clásicos son incapaces de abarcar todos los aspectos ambientales merecedores y necesitados de protección penal. Asimismo, la lesión o la puesta en peligro de estos bienes no puede dar cuenta completamente del contenido de injusto del atentado a la estabilidad del ecosistema.

Esta realidad justifica que la labor de concreción del bien jurídico-penal en los delitos ambientales se realice en dos momentos valorativos: uno negativo y otro positivo. En el presente capítulo se sustenta la inconveniencia de erigir sin autonomía el bien jurídico-penal, o sea, en función de los bienes del DP clásico (II). Igualmente, se quiere evidenciar las principales tendencias hacia la delimitación positiva del objeto de protección (III) y, finalmente, señalar los presupuestos básicos para

---

jurídico-penal", pp. 163 ss., en igual sentido mi monografía *La estabilidad del ecosistema*, pp. 154-199.

[521] Extensamente, CARO CORIA, Dino Carlos. *La estabilidad de ecosistema*, pp. 231 ss.

[522] HASSEMER, Winfried. "Crisis y características del moderno DP", en: *ADPCP*, 1993, pp. 636-637.

[523] CARO CORIA, Dino Carlos. *La protección penal del ambiente*, pp. 94 ss.; HEINE, Günther. "Accesoriedad administrativa", pp. 290-292.

la formulación de un concepto positivo y autónomo (IV) de la «estabilidad del ecosistema»[524].

II

§3. Si bien en la doctrina germana[525], itálica[526] y española[527] existe consenso sobre la necesidad de dotar de autonomía a este bien jurídico, ello no era así hasta hace pocos años[528]. En algunos países

---

[524] CARO CORIA, Dino Carlos. *La estabilidad del ecosistema*, pp. 217ss.

[525] KUHLEN, Lothar. "Umweltstrafrecht - auf der Suche nach einer neuen Dogmatik", en: *ZStW*, 1993, pp. 697ss.; ESER, Albin. "La tutela penale dell'Ambiente in Germania", en: *LIP*, 1989, pp. 236 ss.; TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de DP económico*, PPU, Barcelona, 1993, p. 181; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. "La ley alemana de reforma del StGB para la lucha frente a la criminalidad contra el ambiente", en: *CPC*, Nº 18, 1982, pp. 651 ss.; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "La protección penal de las aguas, como elemento ecológico en Alemania", en: *AP*, vol 1, 1994, p. 295.

[526] ALBAMONTE, Adalberto. *Sistema penale e ambiente*, Cedam, Padova, 1989, pp. 3ss.; PANAGIA, Salvatore. *La tutela dell'ambiente naturale nel diritto penale d'impresa*, Cedam, Padova, 1993, pp. 38 ss.; DI AMATO, Astolfo. *Diritto penale dell'impresa*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1992, pp. 338 ss.; VIOLANTE, Paola. "La delinquenza ecologica nel nord/sud del mondo e nel nord/sud d'Italia", en: *LIP*, 1992, pp. 96 ss.; BAJNO, Riccardo. "Problemi attuali del diritto penal ambientale", en: *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, Nº 3-4, 1988, pp. 445 ss.; MARCÓ DEL PONT, Luis. "Reflexiones sobre la tutela penal del medio ambiente en Italia", en: *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, Nº 13, 1985, pp. 245 ss.

[527] RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. "Aproximación a la política criminal desde la protección del medio ambiente", en: *RIDP*, 1977, pp. 279 ss.; EL MISMO. "Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España", en: *EPC*, Nº V, 1982, pp. 283 ss.; EL MISMO. "Protección penal del ambiente", en: *Comentarios a la legislación penal*, T I, Madrid, Edersa, 1982, pp. 259 ss.; EL MISMO. "Alternativas de la protección penal del medio ambiente", en: *CPC*, Nº 19, 1983, pp. 133 ss.; EL MISMO. "Delitos contra el medio ambiente", en: *Compendio de DP. PE*, Madrid, Trivium, 1985, pp. 107 ss.

[528] En la doctrina española, RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. "Alternativas de la protección", p. 149, puso de manifiesto la existencia de tres opciones legislativas para tutelar el entorno: 1) Defensa de bienes jurídicos ya con-

europeos y de la región latinoamericana subsisten, sin embargo, rezagos legislativos y doctrinales que recurren a los bienes jurídicos de antiguo cuño con el fin de dotar de contenido al entorno natural. Mientras tanto, pese al sentido deseo en el DP europeo de regular autónomamente el objeto de protección, se aprecian diferentes matices que, como se verá seguidamente, son expresión de una previa toma de postura frente al problema ambiental.

§4. En España[529], hasta hace poco, la legislación penal no protegía el ambiente de manera autónoma. La tutela se limitaba a la protección directa de algunos sectores ambientales[530] y a la que pudiera derivarse

templados en leyes penales no ambientales (vida, salud pública, etc.). 2) Defensa como bien jurídico nuevo y diverso a los anteriores. 3) Soluciones mixtas, defensa del ambiente y de otros bienes jurídicos concurrentes más o menos directamente. En similar sentido se expresó el Informe presentado por el Ministro de Justicia de la RF de Alemania en la 17ª Conferencia Europea de Ministros de Justicia (Estambul, 5-7 de junio de 1990), titulado "Protección del medio ambiente por medio del DP", en: BIMJ. Suplemento del Nº 1569, julio (1990) p. 3092, pues indica que la protección penal del entorno permite "dos enfoques normativos diferentes. Una posibilidad es la creación de delitos adicionales que se estima que ponen en peligro al público en general, haciendo referencia a los objetos de protección legal individuales clásicos, como la vida, la salud o la propiedad (línea seguida por el Nº 3 de la Resolución (77) 28 -*del Consejo de Europa*-). La otra posibilidad es elaborar delitos especiales contra el medio ambiente, que abarquen a entidades medio ambientales independientes o que sirvan sencillamente para apoyar el derecho de la autoridad administrativa a decidir sobre el uso de los instrumentos medioambientales", p. 3092, cursiva entre guiones fuera de texto.

[529] También para Alemania, Vid. RUTHER, Werner. "Génesis de la norma penal para la protección al medio ambiente", en: *CPC*, Nº 25, 1985, p. 43.

[530] Antes de la CE de 1978, sólo algunos sectores del ambiente gozaban de una tutela penal específica, en virtud de normas especiales tales como la Ley de Pesca Fluvial de 20 de febrero de 1942, la Ley de 31 de diciembre de 1946 sobre Represión de Pesca con Explosivos o Sustancias Venenosas o Corrosivas, la Ley de Energía Nuclear de 29 de abril de 1964 y la Ley de Caza de 4 de abril de 1970, Vid. VERCHER NOGUERA, Antonio. *Comentarios al delito ecológico*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pp. 27-30, el

de las normas tradicionales del trCP, vinculadas a bienes jurídicos individuales (p.e. la vida o la salud) y/o colectivos (p.e. la salud pública)[531]. Fue la CE de 1978 la que, a través de un mandato expreso de criminalización (art. 45.3), abrió un nuevo capítulo hacia la autonomía del bien jurídico-penal. Esta se pretendió plasmar posteriormente en el art. 347 bis del derogado Código Penal[532]. La ubicación sistemática, las técnicas de tipificación y las conductas seleccionadas[533] fueron, sin embargo, objeto de profundas críticas[534], dada la incompleta y fragmentaria criminalización que contribuyó a la ineficacia de la norma penal[535].

Hasta antes de la promulgación de la CE de 1978, el común denominador del tratamiento penal consistió en negarle autonomía al bien jurídico ambiental. Sus alcances se definían en función del contenido de los bienes jurídicos tradicionales. Como es evidente, esta opción político criminal descansó en una concepción antisistémica del entorno, es decir, una visión fragmentada y estática que desconoce las interrela-

---

autor señala que entre 1879 y 1978 se aprecia "una significativa carencia de efectividad de las normas ambientales existentes. Es decir, cumplen, quizá el objetivo inmediato para el cual fueron promulgadas, pero careciendo de la adecuada infraestructura, organización, instituciones ... etc., no cumplen el cometido de proteger al medio ambiente en su conjunto", p. 34.

[531] *Ibid.*, p. 35 nota 17, reconoce una indirecta protección penal ambiental según los arts. 347-2; 551-2; 577.3, 4, 6 y 7; 579, 570-2, 3 y 4, y 345 del trCP.

[532] Sólo tras cinco años de experiencia constitucional se promulgó en España la Ley de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal 8/1983, de 25 de junio, que introdujo el art. 347 bis para incriminar la contaminación ambiental.

[533] VERCHER NOGUERA, Antonio. *Comentarios al delito ecológico*, p. 31.

[534] RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. "Delitos contra el medio ambiente", p. 109, llegó a plantear la posible inconstitucionalidad por omisión del art. 347 bis. En igual sentido SÁNCHEZ-MIGALLÓN PARRA, María Victoria. "El bien jurídico protegido en el delito ecológico", en: *CPC*, Nº 29, 1986, p. 349.

[535] OLMEDO CARDENETE, Miguel/ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. "El mandato constitucional de protección del medio ambiente y su plasmación en el CP de 1995", en: *Libro- Homenaje al Prof. Ruíz-Rico*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 1718.

ciones existentes entre los diferentes subsistemas naturales (agua, aire, suelos, flora y fauna), y las que se verifican entre éstos y los demás sistemas no naturales (sociocultural, económico, político). Esta forma de comprender el ambiente predominó hasta la década de los sesenta[536], cuando la ciencia empezó a advertir sobre los peligros que encierra el crecimiento económico ignorante de las limitaciones impuestas por el medio natural.

§5. En el terreno penal, aun cuando viene imponiéndose la idea de que el bien jurídico ambiental es un sistema con contenido propio, hay quienes en algún momento consideraron innecesario que el DP refleje dichas características**.** Entre sus defensores se observa una primera orientación que consideraba la protección del entorno en relación con la tutela de intereses individuales tales como la vida humana, la salud individual, o el patrimonio privado[537]. Sin embargo, no reinaba acuerdo respecto a la necesidad de crear nuevos tipos penales que conectaran teleológicamente la tutela ambiental con la dispensada a los bienes privados. Algunos creían suficiente el recurso a los tipos penales existentes que sancionaban el homicidio (doloso o culposo), las lesiones, o los atentados contra el patrimonio individual, es decir, los delitos de daños[538]. Como precisa RODAS MONSALVE[539], esta posición es actualmente sustentada por los defensores de la llamada «teoría personal

---

[536] En esos años cobraron importancia los aportes de Rachel Carson y ya en los sesenta las investigaciones de Paul Ehrlich, Vid. RUTHER, Werner. Op. Cit., pp. 39-40 notas 3 y 4.

[537] Vid. PRATS CANUT, José Miguel. "Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el PCP80", en: *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Pérez Vitoria*, T II, Bosch, Barcelona, 1983, p. 751.

[538] Ya RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. "Aproximación a la política criminal", p. 281, a fines de los setenta, era consciente de que los bienes jurídicos "anejos", aunque también atacados por la degradación del medio, "ni agotan ni son el inmediato y principal objeto de protección".

[539] RODAS MONSALVE, Julio César. *Protección penal y medio ambiente*, PPU, Barcelona, 1994, p. 86.

del bien jurídico» de HASSEMER[540], según la cual los atentados contra el entorno sólo deben castigarse en tanto vulneren los intereses individuales subyacentes al bien colectivo[541].

Empero, no pasó mucho tiempo para que se advirtiera la insuficiencia de ésta solución. Pues si el DP retrasa su intervención hasta el extremo de exigir que la conducta atentatoria al ambiente ponga en peligro o lesione intereses individuales, sería ineficaz en su función de prevención por la imposibilidad de demostrar las relaciones causales concretas[542], base mínima para la imputación objetiva del resultado. Más aún si científicamente se ha demostrado que los daños individuales directos sólo tienen lugar en el seno de una catástrofe ambiental. Los derrames de petróleo en el mar o el vertido de residuos industriales tóxicos en los ríos, serían impunes mientras no se verifique un perjuicio individual, pese a la dañosidad social de tales eventos. La pena se limitaría en estos casos a cumplir una mera función retributiva. Además, esta concepción sólo es compatible con un modelo extremadamente antropocéntrico y, por ende, opuesta a la orientación antropocéntrica moderada de la CE. RODAS MONSALVE ha señalado las dificultades probatorias en la determinación de la intención del agente de vulnerar la salud [543] u otros bienes individuales.

---

[540] HASSEMER, Winfried. "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", en: *DoP*, 1989, pp. 275 ss.

[541] Contra la «teoría personalista del bien jurídico», sustentada similarmente por PADOVANI y TERRADILLOS, Vid. CARO CORIA, Dino Carlos. "Bienes jurídicos colectivos", II/6 ss.

[542] KLEINE-COSACK, Eva. *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht*, Berlin, 1988, pp. 54 ss.; SAMSON, Erich. "Kausalitäts- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht", en: *ZStW*, 1989, pp. 617 ss.; DE LA CUESTA AGUADO, Paz. *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, passim; CARO CORIA, Dino Carlos. "Bienes jurídicos colectivos", cit., II/7.

[543] RODAS MONSALVE, Julio César. Op. Cit., pp. 87-88.

§6. Desde una perspectiva menos privatista y presuntamente superadora de la anterior, otros sectores doctrinales identifican la protección del ambiente con la protección de intereses tradicionalmente tutelados por el sistema penal, pero de naturaleza colectiva (la salud pública, los valores socioeconómicos y las facultades de la administración).

Así, un sector de la doctrina española vincula directamente la protección del ambiente con la salud pública[544]. Como destaca BOIX REIG dicho sector entiende, asumiendo una perspectiva amplia de la noción de salud pública, que la tutela del ambiente no implica más que la protección de la salud del conjunto de los ciudadanos[545]. Fue esta la opción

---

[544] Así HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. "Delito ecológico y función simbólica del DP", p. 54. Para FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María Dolores. "El delito ecológico y la salud pública", en: *EPC*, Nº XVII, 1994, pp. 72-73, 79, en los delitos ambientales "la referencia a la salud pública es inevitable, habida cuenta que el interés que la comunidad manifiesta por la tutela del medio ambiente nace, precisamente, de su preocupación por disfrutar de su derecho a unas condiciones genéricas de salubridad" p. 72, aunque luego hace la salvedad de que "Tan íntima relación no implica que se identifiquen ambos bienes jurídicos porque si bien es cierto que la protección del medio ambiente nace de esa preocupación por la salud colectiva, no lo es menos que en la sociedad actual el medio ambiente por sí mismo, más que un derecho, ha devenido en sentimiento" p. 73, pero finalmente concluye la citada autora, con cierta incoherencia a mi entender, que "La salud pública es el bien jurídico de obligada referencia en los delitos medioambientales" p. 79.

[545] BOIX REIG, Javier. "Delitos contra el medio ambiente", en: Vives Antón, Tomás. (Dir). *DP. PE*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 374. Así también MUÑOZ CONDE, Francisco. *DP. PE*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 507, para quien el ambiente aunque tenga su propia autonomía no es más que una consecuencia de la protección genérica que se dispensa a la salud pública. De ahí que sea preferible una concepción amplia de salud pública, como proponen BOIX, entendiendo por tal "aquel nivel del bienestar físico y psíquico que afecta a la colectividad, a la generalidad de los ciudadanos", o RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. "conjunto de condiciones que positiva y negativamente garantizan y fomentan la salud de los ciudadanos".

seguida en el PCP80[546] y en cierta forma en el art. 347 bis del trCP, que fue ubicado junto a los delitos contra la salud pública[547]. Sin embargo, la distinta mención del ambiente y de la salud pública en la CE (arts. 45 y 43.1 y 2) obliga a diferenciar ambos bienes jurídicos en el ordenamiento penal[548]. Tarea difícil si se tiene en cuenta que el concepto de salud pública no está plenamente determinado por la doctrina[549].

La noción de salud pública[550] no subordina o incluye la de ambiente natural. Existe por el contrario una relación de interdependencia pues, aunque ambas realidades cuentan con un espacio propio, es innegable la existencia de una zona común entre ambas. Pese a las diferencias respecto a la delimitación conceptual de la salud pública, existen criterios mínimos que la doctrina mayoritaria acepta y PÉREZ ÁLVAREZ concreta en el «conjunto de condiciones que posibilitan o garanti-

---

[546] Vid. arts. 323-325 del PCP80, ubicados en la PE, Título VIII: Delitos contra la seguridad colectiva. Cap. III: Delitos contra la salud pública.

[547] Libro II: Delitos y sus penas. Título V: De la infracción de la leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos de riesgo en general. Cap. II: De los delitos de riesgo en general. Sec 2.ª: Delitos contra la salud pública y el medio ambiente. Vid. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. "La contaminación del medio ambiente como delito", versión dactilográfica, 1991, p. 18; CARMONA SALGADO, Concepción. "Los delitos contra el medio ambiente", en: Cobo Del Rosal, Manuel (Dir). *Manual de DP. PE*, Vol IV, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994, p. 181.

[548] MUÑOZ CONDE, Francisco. *DP. PE*, p. 507. En similar perspectiva, PRATS CANUT, José Miguel. "Observaciones críticas", p. 753, considera que el PCP80 "desprecia la clasificación de bienes jurídicos" que realiza la CE al diferenciar normativamente la salud pública y el ambiente.

[549] PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumidor*, Praxis, Barcelona, 1991, p. 39.

[550] Para un estudio monográfico de los delitos contra la salud pública en el trCP, Vid. por todos ARENAS RODRIGAÑEZ, Ma. Paz. *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, Edersa, Madrid, 1992, pp. 95 ss. Respecto al CP, DOVAL PAIS, Antonio. *Delitos de fraude alimentario*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

zan la salud de todos y cada uno de los miembros de la colectividad»[551]. Como ha puesto en evidencia la ciencia médica, uno de los principales factores o condiciones que afecta positiva o negativamente a la salud pública es el estado del ambiente natural[552]. De su calidad depende no sólo la conservación de los recursos naturales, sino que a través de ellos se protege también la vida y la salud de los seres humanos en general. Interpretación que se corresponde con el carácter moderadamente antropocéntrico de la CE en el art. 45. Asimismo, la protección de la salud pública implica en algunos casos la tutela de determinados bienes ambientales. Esto se evidencia p.e. cuando los Códigos Penales sancionan como delito contra la salud pública el envenenamiento o adulteración del agua potable con fines de consumo humano.

Sin embargo, aun reconociéndose aspectos comunes entre la salud pública y el ambiente natural[553], mantienen cierto grado de especificidad. Así, la protección de la salud pública, a diferencia de la protección ambiental, está directamente dirigida a mejorar o garantizar la salud colectiva. De allí que las normas penales se orienten teleológicamente a evitar comportamientos que afectan condiciones humanas de salud, tales como la propagación de enfermedades, la contaminación de aguas destinadas al consumo humano o la venta de productos adulterados[554].

---

[551] PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumidor*, p. 74.

[552] VAQUERO PUERTA, José Luis. *Salud pública*, Pirámide, Madrid, 1982, pp. 105 ss.

[553] En estos casos MUÑOZ CONDE, Francisco. *DP. PE*, p. 507, propuso recurrir a la solución del concurso de leyes, alternativa que considero exagerada porque de modo alguno el ambiente natural constituye una realidad totalmente incluible en el concepto de salud pública.

[554] Vid. p.e. la STS de 23 de abril de 1992 relativa al caso del aceite de colza, Vid. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995. También la STS de 22 de abril de 1987, comentada por CORCOY BIDÁSOLO, Mirentxu. "Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública", en: *ADPCP*, 1989, pp. 331 ss.

Por el contrario, tratándose del ambiente natural ya la propia CE reconoce la posibilidad de protegerlo como fin en sí mismo, lo que autoriza a tutelar su valor estético sin que sea precisa la lesión o puesta en peligro de condiciones humanas individuales (vida, salud) o colectivas (salud pública). Sin embargo, en el terreno penal el merecimiento de pena exige que el bien jurídico-penal contemple la posibilidad de afectación, cuando menos indirecta, para los individuos. Pero dicho perjuicio para los sujetos no sólo ha de entenderse como la sola posibilidad de alterar negativamente la salud pública, sino como la afectación de las condiciones que hacen posible la existencia, conservación y mejora de otros intereses como la salud individual, la vida en el planeta, el patrimonio, el desarrollo de la personalidad, el ocio, etc. Por esa razón el CP criminaliza la contaminación del agua, el aire o lo suelos, sin precisar que dichas conductas deban afectar directamente a uno o varios individuos (art. 325), pues se entiende que el bienestar de éstos últimos deriva inmediatamente de las condiciones ambientalmente favorables, las que trascienden ampliamente el ámbito de la salud pública. Por ende, como expresa PRATS CANUT, los problemas medioambientales afectan a cuestiones tan diversas, que no pueden circunscribirse tan sólo a problemas sanitarios[555], aunque no puede negarse su estrecha relación con éstos en determinados casos.

§7. Debe también desestimarse la identificación del bien jurídico ambiental con los de naturaleza socioeconómica. Esta era la posición de BUSTOS RAMÍREZ[556], cuando señalaba que el ambiente «constituye un bien jurídico de carácter socioeconómico, ya que abarca todas las condiciones para el desarrollo de la persona en sus aspectos sociales y económicos». Opción que han seguido algunos códigos penales sudamericanos, entre los que cabe destacar el de Perú de 1991[557] y el colombiano de

---

[555] PRATS CANUT, José Miguel. "Observaciones críticas", pp. 752-753.

[556] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de DP. PE*, 1ª ed., Ariel, Barcelona, 1986, p. 352. En la 2ª ed. de 1991, considera que el bien jurídico se relaciona con la seguridad común o colectiva, p. 260.

[557] El carácter aparentemente autónomo que el Código Penal peruano formalmente le ha dado al bien jurídico, por su ubicación sistemática, ofrece

1980[558], sumados a otros centroamericanos como el de Honduras de 1984[559], los de Cuba de 1979[560] y 1987[561], el del Salvador de 1973[562] y el de Panamá de 1982[563]. Asimismo, siempre que se defienda una concepción amplia de ambiente, podrá sostenerse que el PCP80 se adhirió a esta tendencia, dado que los delitos contra la ordenación territorial fue-

---

dudas al advertirse la existencia de una discordancia valorativa entre la connotación ecológica que tienen modernamente los delitos ambientales y el carácter socioeconómico que le otorgó la Exposición de Motivos (Vid. *ítem* 13) al señalar que "El medio ambiente constituye un bien jurídico de carácter socioeconómico, ya que abarca todas las condiciones necesarias para el desarrollo de la persona en sus aspectos sociales y económicos. Su protección es un elemento fundamental de la existencia y supervivencia del mundo. Los controles sociales extrapenales y una adecuada legislación administrativa al respecto, deberán operar junto al Código Penal". Este criterio de carácter marcadamente antropocéntrico contradice los postulados constitucionales de los textos de 1979 y 1993, que favorecen la tutela de otras formas de vida distintas a la humana. Esta contrariedad declarativa se debe a que el legislador elaboró la Exposición de Motivos, en esta parte, transcribiendo literalmente las ideas de Juan Bustos Ramírez, quien sólo hasta septiembre de 1991 consideró a los delitos ambientales como delitos económicos básicamente. En todo caso, de haberse llevado este criterio hasta sus últimas consecuencias, la ubicación sistemática de estos delitos en el código peruano estaría junto con los delitos económicos tal como se propuso en el Proyecto de septiembre de 1984. Vid. CARO CORIA, Dino Carlos. "Empresas «trabajando por el Perú» y el delito de contaminación ambiental", en: *Derecho & Sociedad*, Nº 10, 1995, pp. 234-235.

[558] Título VII: Delitos contra el orden económico y social. Cap. II: de los delitos contra los recursos naturales, arts. 242-246.

[559] Título X: Delitos contra la economía, arts. 300-301.

[560] Título V: Delitos contra la economía nacional. Caps. XIX-XXIII, arts. 287-294

[561] Título V: Delitos contra la economía nacional. Caps. XV-XVII, arts. 238-242.

[562] Título III: Delitos contra el orden económico. Cap. I: delitos contra la economía nacional. Sec. Segunda: delitos contra la actividad económica pública, arts. 345-347.

[563] Título XII: Delitos contra la economía nacional. Cap. I: delitos contra la seguridad de la economía, arts. 377-378.

ron regulados en el Título que aglutinó las infracciones contra el orden socioeconómico[564].

La inadmisibilidad de este criterio obedece, en primer término, a que por sí mismo no logra explicar todo el carácter valioso del ambiente para la existencia y desarrollo de la vida humana. Además, su extremo antropocentrismo es contrario, una vez más, a la concepción antropocéntrica moderada de la CE. Una interpretación conforme a la CE implica que no sólo debe protegerse el ambiente en función de las necesidades humanas esenciales, sino también como fin en sí mismo o por su valor estético. La tutela de las formas de vida no humanas (la flora y la fauna), como valores en sí, resulta ajena a toda lectura socioeconómica. De esta manera, el aspecto socioeconómico, aunque fundamental en la relación existente entre el hombre y su medio natural, no agota todos los alcances e importancia que la CE le otorga al último. Finalmente, tanto el derogado art. 347 bis como las normas vigentes del CP impiden, de *lege lata*, entender que el bien jurídico ambiente natural se inserta en el reducido espacio de la protección penal de los bienes jurídicos socioeconómicos. Una revisión de la sistemática adoptada en el CP permite constatar el distanciamiento que ambas realidades ostentan en el terreno legislativo.

§8. Otra de las tentativas por explicar el bien jurídico ambiental, recurriendo a conocidos bienes colectivos, parte de la gran dependencia del DP respecto al administrativo en esta materia (p.e., utilización constante de la técnica de la ley penal en blanco en la tipificación de las conductas delictivas). Desde esta perspectiva, el bien jurídico protegido no está constituido por los valores ambientales en general, sino por las facultades de la Administración en la ordenación y tutela de esos valores[565]. Como corolario de lo anterior, los ilícitos penales que protegen el

---

[564] Título VIII: Delitos contra el orden socio-económico. Cap. X: delitos contra la ordenación urbanística, arts. 382-385.

[565] DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. "Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente", en: *Documentación Jurídica*, Nº 37-40, 1983,

ambiente no estarían estructurados como tipos de peligro respecto del bien jurídico ambiente, como normalmente se propone, sino como delitos de efectiva lesión del interés institucional de la administración pública en que se cumpla el contenido de sus disposiciones de tutela ambiental[566]. En consecuencia, los delitos ambientales constituirían, por regla general, delitos de obstáculo o delitos donde se tutelan situaciones de peligro estandarizado o violaciones de una obligación funcional (los *Pflichdelikte* de la doctrina alemana)[567].

Esta alternativa es igualmente inaceptable por varias razones. Primero, porque no puede admitirse la identidad entre bien jurídico-penal

---

p. 923, comentando la reforma del StGB en materia penal-ambiental, señala las dudas que plantea la accesoriedad administrativa respecto al verdadero objeto penalmente protegible: los bienes ambientales o las facultades de la Administración. Sobre esta última opción Vid. KUHLEN, Lothar. "Unweltstrafrecht", p. 705; DOLDE, Klaus Peter. "Zur Verwaltugsakzessorietät von § 327 StGB. Bemerkungen zum Alkem-Urteil des LG Hanau", en: *NJW*, 1988, p. 2331. En la doctrina italiana un importante sector comprende que el objeto directo de protección penal es el "interés institucional", así: BAJNO, Riccardo. "Contributto allo studio del bene giuridico nel diritto penale accesorio: l'ipotesi urbanistico-ambientale", en: *RIDPP*, 1979, pp. 143 ss., citando a Pagliaro; LAZZARO, Fortunato. "La tutela delle acque nella lege Merli", en: *Diritto e ambiente. Parte II*, Padua 1987, p. 522; SGUBBI, Filippo. *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bolonia 1990, pp. 17-22. En la doctrina española esta postura es defendida por SÁNCHEZ-MIGALLÓN PARRA, María Victoria. "El bien jurídico protegido en el delito ecológico", pp. 346-347, pues indica que "el bien jurídico inmediato ... es el reforzamiento de la actividad administrativa protectora del medio ambiente, convirtiéndose el medio ambiente en sí en un bien jurídico mediato y final, al que el DP otorga protección pero de modo indirecto al no poder hacerlo de otra manera, dada la complejidad de tal misión", p. 347.

[566] MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio. "Observaciones críticas a la configuración de los delitos contra el medio ambiente en el PCP92", en: *JPD*, Nº 16-17, 1992, p. 101, más ampliamente en *DP y protección del medio ambiente*, Colex, Madrid, 1992, pp. 56-60.

[567] DE LA MATA BARRANCO, Norberto. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 58.

y vigencia de la norma[568]. Tal confusión conduciría a un funcionalismo extremo en el que la mera dañosidad social determina el objeto jurídico-penal y, por ende, opera como el criterio rector del *ius puniendi*[569]. Segundo, equiparar el delito con la simple infracción administrativa conlleva el riesgo de sobredimensionar la presencia del Derecho administrativo en el control penal, lo que bien puede significar la vulneración de importantes garantías como el principio de proporcionalidad[570]: un mero bien instrumental[571] (el poder administrativo), adquiere mayor relevancia que el entorno natural, realidad cuya protección se pretende[572] mediante el ejercicio de dicho poder, de forma que el medio se superpone al fin. Tercero, la garantía de reserva de ley penal, deducida del principio de legalidad, quedaría sin lugar toda vez que si el objeto penalmente protegible son las facultades de la Administración, habría que entender entonces que, cuando a ella le corresponde definir tales facultades, define a la vez los límites de su autotutela a través de la intervención penal. En esa línea, el Parlamento se limitaría a legitimar formalmente dichos poderes administrativos, mediante una Ley Orgánica que les otorga protección penal[573].

---

[568] Identidad que, por contra, defiende JAKOBS, Günther. *Strafrecht. AT*, 2ª ed., W. de Gruyter, Berlín, 1991, 2/1-28, hay trad. 2ª ed. Madrid, 1997. Del mismo, *La imputación objetiva en DP*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 89 ss.; *Sociedad, norma y persona en una teoría de un DP funcional*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 15 ss.; *Fundamentos del DP*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, *passim*.

[569] Vid. ampliamente CARO CORIA, Dino Carlos. "Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal", pp. 145 ss.

[570] MESTRE DELGADO, Esteban. "Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal", en: *ADPCP*, 1988, pp. 521-522.

[571] GRASSO, Giovanni. "L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato", en: *RIDPP*, 1986, p. 714.

[572] FIANDACA, Giovanni/TESITORE, Giovanni. "Diritto penale e tutela dell'ambiente", en: *Materiali per una reforma del sistema penale*, Agneli, Milano, 1984, p. 40; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio. *DP y protección del medio ambiente*, p. 60.

[573] Similar, HEINE, Günther. "DP del medio ambiente. Especial referencia al DP alemán", en: *CPC*, 1997, p. 53.

De *lege lata*, es también imposible realizar una lectura del CP en el sentido criticado, pues las normas de naturaleza penal-ambiental no le otorgan a la Administración un cheque en blanco en el sentido de que todas sus facultades, sin más, son protegidas penalmente[574]. Más aún, si el legislador se ha preocupado por definir en la ley penal en blanco las conductas incriminadas[575], dejando a la norma extrapenal la determinación de los meros, aunque imprescindibles, aspectos de orden técnico. En consecuencia, como señala ESER, «el DP del ambiente no persigue la mera protección de las normas administrativas y de los fines de gobierno, distribución y organización de los recursos ambientales que las caracterizan, sino de los mismos elementos biológicos que constituyen el «involucro» natural dentro del cual se desarrolla la vida del hombre»[576]. De manera, los tipos de carácter penal-ambiental, bien pueden ser de lesión o de peligro para el bien jurídico entorno natural.

§9. Ante las evidentes insuficiencias e inconvenientes de definir el objeto jurídico-penal recurriendo a los bienes individuales o colectivos de viejo cuño, un sector de la doctrina se inclina por una solución ecléctica. Para ello, desde una supuesta visión global y autónoma, inconve-

---

[574] No obstante, excepcionalmente el legislador ha omitido dotar de lesividad a algunas figuras delictivas, como ocurre p.e. en las cualificaciones del delito de contaminación previstas en los literales a-d del art. 326. No obstante, la doctrina viene realizando esfuerzos interpretativos con el fin de realizar lecturas acordes con el principio de ofensividad. En todo caso, la aparente ausencia de lesividad no constituye la regla en los tipos del nuevo CP, Vid. TERRADILLOS BASOCO, Juan (Ed.). *DP del medio ambiente*, Trotta, Madrid, 1997, passim.

[575] BOIX REIG, Javier/JAREÑO LEAL, Ángeles. "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", en: *Comentarios al CP de 1995*, Vol II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1595. Antes bien, la instrumentación de los tipos penales en blanco en el CP no está exenta de críticas, en orden al respeto del principio de determinación, pues aunque el núcleo de las conductas punibles está delimitado, la técnica de las remisiones dinámicas no ofrece certeza respecto a cuales son las normas complementarias no penales.

[576] ESER, Albin. "La tutela penale dell'ambiente", p. 237.

nientemente se concibe el entorno como una realidad omnicomprensiva que aglutina, simultánea y orgánicamente, un conjunto de valores individuales y colectivos[577]. Esta era la concepción adoptada por el Consejo de Europa en su Resolución Nº (77) 28, Acerca de la Contribución del DP a la Protección del Ambiente[578].

En la determinación del contenido de la noción de ambiente natural, esta tendencia recurre a fórmulas generales que son fruto de la integración no armónica de diferentes bienes individuales y/o colectivos. En este sentido se dice que el bien jurídico ambiente es la síntesis de

---

[577] En este sentido se expresa últimamente LERMA GALLEGO, Irene. "El delito ecológico", en: *CPC*, Nº 58, 1996, p. 173, pues afirma que el ambiente constituye "tanto un bien jurídico pluridimensional, en la medida en que afecta tanto a los bienes jurídicos individuales del hombre integrados por la vida, la salud, y eventualmente también la libertad y dignidad humanas, como un bien jurídico supraindividual, que alude a las propias condiciones de existencia de la sociedad como tal y del que es titular la colectividad humana. En su virtud, la descripción de las conductas delictivas de agresiones ecológicas, susceptibles de ser incriminadas por la legislación penal deberá tener en cuenta la valoración de ambas categorías de bienes jurídicos: los individuales de la persona y el general de la colectividad". Es también paradigmática la construcción de BELTRÁN BALLESTER, Enrique. "El delito ecológico", en: *PJ*, Nº especial IV, 1988, p. 93, para quien el disfrute del ambiente es la síntesis de otros bienes tradicionales que se concretan en la calidad de vida, siendo posible a la vez diferenciar tres clases de bienes jurídicos: 1) el común, que es el protegido por la norma penal-ambiental, es decir el respeto a la ley, 2) el genérico, que es la calidad de vida, y 3) el específico, que es el disfrute del ambiente.

[578] Adoptada por el Comité de Ministros el 28 de septiembre de 1977, expresa en el Considerando 2º "que resulta necesario proteger la salud de los seres humanos, de los animales y de las plantas", con lo cual vincula directamente el ambiente con la salud pública. Luego, en la Recomendación 3 se indica el "examen de la oportunidad de penar toda acción y omisión culpable (intencional o por negligencia) que suponga una puesta en peligro de la vida o la salud de las personas o de los bienes de gran valor", en: *Protección internacional del medio ambiente y derecho ecológico*, UPV, Bilbao, 1987, pp. 311-312; vid. VERCHER NOGUERA, Antonio. "Consejo de Europa y protección penal del medio ambiente", en: *LL*, Vol 2., 1991, pp. 1070 ss.

otros como la vida o la salud individual, o que el delito reviste carácter pluriofensivo porque ataca innumerables bienes que el ordenamiento valora positivamente. Sobre tales consideraciones, se crea un «*totum revolotum*» de intereses, de modo que el ambiente se amplía para abarcarlo todo, pero a la vez se reduce a nada porque carece de un sustrato propio[579]. De esta manera, la constatación de que el medio natural se relaciona con múltiples bienes individuales y colectivos, no es razón suficiente para incluirlo en el primero. Más aún si el propio CP les dispensa una protección específica mediante otras normas[580].

---

[579] Por ello prefiero alejarme de la conceptualización del bien jurídico ambiente sustentada por RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. "Presente y futuro", pp. 306-307, quien pese a entender que se trata de "un bien jurídico autónomo que no puede confundirse ni subsumirse en otros" p. 306, señala luego que el "ambiente es la síntesis de otros bienes jurídicos tradicionales consistente en último término en la conservación de los recursos naturales para garantizar a corto plazo la calidad de vida y, a largo plazo, la vida misma" p. 307 , razón por la cual "incluye en su ser aspectos económicos (utilización racional de todos los recursos naturales, que son bienes escasos), de salud pública e individual, de calidad de vida, etc.". p. 307. Vid. EL MISMO. "Delitos contra el medio ambiente", pp. 108-109, donde indica que el ambiente es un interés de superior nivel de abstracción y generalidad, formado a partir de la conjunción de esos bienes jurídicos tradicionales, fundando precisamente la entidad del nuevo bien en la interrelación existente entre todos ellos, entidad que tiene por tanto un carácter de síntesis o sincresis de dichos bienes, pudiendo formularse gráficamente como un poliedro. Le sigue MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio. "Observaciones críticas", p. 101. Como bien precisa RODAS MONSALVE, Julio. *Protección penal y medio ambiente*, p. 89, RODRÍGUEZ RAMOS aporta un concepto confuso que nace de la identidad entre ambiente natural y la noción de calidad de vida. Asimismo, me alejo también de definiciones como la de MISOL SÁNCHEZ, Esther. "Delito ecológico: relaciones administrativo-penales", en: *RFDUCM*, Nº 75, 1990, p. 590, para quien el ambiente comprende "no sólo la vida humana, la salud pública o individual, la riqueza nacional, etc. (bienes ya protegidos desde hace más o menos tiempo), sino que supone un interés mayor. Este comprende a todos aquellos por su mayor nivel de abstracción y generalidad. Cuando garantizamos un bien así, estamos garantizando a la vez todos los anteriormente citados".

[580] Como destaca SÁNCHEZ-MIGALLÓN PARRA, María Victoria. "El bien jurídico protegido en el delito ecológico", p. 338, "Aunque el bien jurídico

§10. n el esfuerzo por dotar de autonomía al bien jurídico, deben descartarse igualmente las definiciones negativas puras, como la propuesta en la doctrina penal española por RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ. Para tales autores, en la tarea de precisar los contornos del ambiente ha de procederse necesariamente con criterios residuales. Así consideran que «Pertenecen al medio ambiente, en el sentido de la ley, todos aquellos elementos naturales cuya conservación o restauración es indispensable para la supervivencia del ser humano, siempre y cuando no encuentren una tutela penal específica en otros preceptos del propio Código o leyes penales especiales o cuando se hallen interrelacionados de suerte que esa protección específica no alcance al sistema (al ecosistema), sino sólo a uno de los elementos aisladamente considerado, de manera que dicha protección penal sea insuficiente para garantizar, mediante el cumplimiento por separado de las normas, la preservación o recuperación de elementos vitales para la supervivencia del hombre»[581]. Esta tendencia ha sido escasamente sostenida por la jurisprudencia, como lo evidencia la aislada SAP de Granada, Sección 1ª, de 21 de marzo de 1994[582].

Esta posición no es aceptable por la inconveniencia de su propio instrumento delimitador. El problema que presenta es que adopta un

---

sea múltiple y el delito en tal sentido pluriofensivo, el medio ambiente tiene la suficiente entidad como para proceder a la criminalización de las conductas que atentan contra él de modo directo, evitando instrumentar este nuevo bien jurídico para seguir protegiendo otros tradicionales que ya cuentan con protección específica, lo que equivaldría a vaciar este concepto de cualquier contenido nuevo con capacidad para ampliar al campo del derecho ... *(el ambiente)* no es mera síntesis de otros bienes jurídicos tradicionales al tener entidad propia como bien, valor o interés digno de protección en sí mismo por lo que representa para nuestra vida", cursiva entre paréntesis fuera de texto.

[581] RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *DP español. PE*, 16ª ed., Dykinson, Madrid, 1993, pp. 1105-1106. Les sigue en idéntico sentido: DE VEGA RUÍZ, José Augusto. *El delito ecológico*, Colex, Madrid, 1991, p. 30.

[582] Fundamento de derecho 4º, en: AP. Vol 2. (1994) p. 873.

concepto penal intrasistemático, que prescinde de los fundamentos constitucionales que rigen la materia ambiental. Y esto porque la concepción residual es también marcadamente antropocéntrica[583] y por ende opuesta a la CE que sí permite la tutela de formas de vida no humanas. Asimismo, le resta autonomía al bien jurídico en la medida que define el ambiente en función de lo no protegido por otras normas del ordenamiento penal, con lo cual no sólo se renuncia a una caracterización positiva sino que además se mantiene un injustificado conformismo frente a la protección de los bienes jurídicos tradicionales, sin reivindicarse, por ende, un terreno propio para el sector penal-ambiental.

§11. Por último, la misma valoración que la concepción residual merece el criterio legalista, que entiende el bien jurídico ambiente como aquel conformado por todos aquellos sectores que el legislador penal ha decidido proteger[584]. Dicho criterio, excesivamente formal e inmanente, renuncia a la posibilidad de construir un concepto de ambiente derivado de la realidad social o de la CE, huyendo además de toda idea material de bien jurídico-penal en orden a criticar la obra del legislador.

III

§12. A pesar de las dificultades que plantea la delimitación del concepto de ambiente, éste no necesariamente es un bien indefinible[585]. Es cierto que se echa de menos la existencia de un concepto

---

[583] PERIS RIERA, Jaime. *Delitos contra el medio ambiente*, Universidad de Valencia, Valencia, 1984, p. 29 nota 41. Le sigue RODAS MONSALVE, Julio. *Protección penal y medio ambiente*, p. 83.

[584] Así, BELTRÁN BALLESTER, Enrique. "El delito ecológico", p. 93, cuando, comentando la reforma penal de 1983 en materia penal-ambiental, señaló que "el bien jurídico común que el artículo 347 bis protege es el respeto a la ley".

[585] MARTÍN MATEO, Ramón. "El delito ambiental. Reflexiones desde el derecho administrativo", en: *Criminología y DP al servicio de la persona. Libro-homenaje al Prof. Antonio Beristain*, IVC, San Sebastián, 1989, p. 810. En contra: MANZANARES SAMANIEGO, José Luis/ABALCAR LÓPEZ, José Luis. *Código penal. (Comentarios y jurisprudencia)*, Comares, Granada,

operativo y de carácter legal[586]. Ausencia que explica las múltiples acepciones y confusiones sobre la determinación del concepto de ambiente[587], y que en muchos casos crea incertidumbre e inseguridad, según puede apreciarse en la regulación del CP[588]. Frente a esta situación, se impone la tarea de adoptar un concepto de ambiente lo suficientemente útil y operativo en el plano penal, es decir, acorde con los principios de merecimiento y necesidad de pena. Para tal efecto, y como consecuencia de la comprensión del entorno como sistema, debe partirse de la idea mayoritaria y actual de considerarlo como un bien autónomo[589] material y formalmente. Esto ha de concretarse en

---

1987, p. 730. Por su parte, el Informe titulado "La protección penal del medio ambiente en España", presentado por la Delegación española en la 17ª Conferencia de Ministros Europeos de Justicia de 1990, considera que el medio ambiente es un "concepto jurídico indeterminado", Vid. el texto en: *BIMJ*, Suplemento del Nº 1569, jul. 1990, p. 3083. Finalmente, es lugar común en la doctrina la referencia de HOHMANN, Olaf. *Das Rechtsgut der Unweltdelikte. Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes*, Frankfurt am Main, 1991, pp. 230 y ss., quien destaca el extendido desacuerdo sobre el concepto pre-penal de ambiente.

[586] Debe recordarse que el Proyecto de Ley General del Medio Ambiente de 1979 recogía en el art. 1 una definición comunitaria, es decir como "conjunto de sistemas compuesto de objetos y condiciones físicamente definibles, que comprenden particularmente a ecosistemas equilibrados bajo la forma que los conocemos o que son susceptibles de adoptar en un futuro previsible y con los que el hombre, en cuanto punto focal dominante ha establecido relaciones directas".

[587] GARCÍA MATOS, Ignacio. "El concepto de «medio ambiente» en el ordenamiento jurídico español", en: *LL*, Vol. 4, 1993, pp. 1108 ss.

[588] Vid. la crítica a la configuración del bien jurídico ambiente en el CP que sostienen OLMEDO CARDENETE, Miguel/ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. "El mandato constitucional", pp. 1719-1722.

[589] SÁNCHEZ-MIGALLÓN PARRA, María Victoria. "El bien jurídico protegido en el delito ecológico", cit., p. 341; BOIX REIG, Javier. "Delitos contra el medio ambiente", p. 374; MUÑOZ CONDE, Francisco. *DP. PE*, 10ª, p. 545, para quien la doctrina española es unánime en considerar la autonomía del ambiente como bien jurídico protegido. Por su lado, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Candido. "Introducción al delito ecológico", en: *El delito ecológico*,

el uso de especiales técnicas de tipificación, tales como las fórmulas de peligro y normas penales en blanco, así como en los aspectos sistemáticos y terminológicos.

No obstante este consenso, en la doctrina se aprecian diversos enfoques sobre el contenido del ambiente en tanto bien jurídico autónomo. Ya en la interpretación constitucional no existe acuerdo acerca de sí el art. 45 adopta una noción amplia, estricta o intermedia de entorno. A mi parecer la Carta Magna permite sostener, desde una visión antropocentrista moderada, un concepto intermedio de ambiente, según el cual la protección constitucional recae sobre el entorno natural; es decir, todos los recursos naturales, renovables o no, entre los cuales se hallan tanto el agua, el aire y los suelos, como la flora y la fauna. Los

---

p. 16, indica que el objeto de protección penal deber ser el bien jurídico "medio ambiente", diferenciable tanto de la salud pública como del orden socio-económico, con sustantividad propia como bien jurídico autónomo. En la obra antes citada, TERRADILLOS BASOCO, Juan. "El ilícito ecológico: sanción penal-sanción administrativa", pp. 95-96, para quien, la autonomía del ambiente, implica que su tutela no se realice en función del perjuicio para otros bienes que cuentan con una protección penal específica, por lo que se descarta la necesidad de instrumentalizar los valores ecológicos. Un importante matiz lo introduce BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Necesidad de la pena", p. 103, pues entiende el entorno como un bien colectivo o macrosocial, referido al funcionamiento del sistema, por lo que es inferior en jerarquía y se encuentra al servicio de bienes microsociales que constituyen la base del funcionamiento del sistema, es decir la vida y la salud individual. Tales aseveraciones le han costado a Bustos la calificación de doctrina contraria a la autonomía del ambiente, como indica sin acierto DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *Responsabilidad penal del funcionario por delitos contra el medio ambiente*, UCM/MJ, Madrid, 1993, p. 60 nota 10, pues la autonomía de un bien jurídico no depende de la jerarquía que se le otorgue, ni de la relación teleológica que pueda establecerse, entre aquél y otras realidades positivamente valoradas, por lo que al margen de la valía de los argumentos de BUSTOS, entiendo que la autonomía discutida queda salvaguardada en su pensamiento. Antes bien, sin duda la mayor jerarquía y aislamiento de otros bienes, puede redundar en un aumento de autonomía.

mismos que se interrelacionan dinámicamente[590]. Esta interpretación de la CE deja de lado, por tanto, las concepciones amplia y restringida de ambiente. Sin embargo, estas ideas no cuentan con pacífica aceptación en la ciencia penal española, pues aún se discute sobre la viabilidad de tales concepciones[591].

§13. Desde una perspectiva global[592], la concepción amplia entiende por «ambiente» todo el entorno que rodea al hombre, adoptando el sentido omnicomprensivo que utilizó inicialmente la Comisión Económica para Europa al definirlo en 1978 como «un conjunto de sistemas compuesto de objetos y condiciones físicamente definibles que comprenden, particularmente, ecosistemas equilibrados bajo la forma en que los conocemos o que son susceptibles de adoptar en un futuro previsible, y con los que el hombre, en cuanto punto focal dominante, ha establecido relaciones directas»[593]. De lo expuesto, el ambiente comprende dos sectores claramente identificables y contrapuestos: el ambiente natural (aire, suelo, agua, flora y fauna) y el ambiente artificial, el cual incluye a su vez al ambiente construido por el hombre (edificios, fábricas, vías de comunicación, etc.) y al ambiente social (sistemas sociales, económicos, políticos, culturales)[594].

---

[590] CARO CORIA, Dino Carlos. *La estabilidad del ecosistema*, pp. 14-25.

[591] RODAS MONSALVE, Julio. *Protección penal y medio ambiente*, pp. 32ss; MATEOS RODRÍGUEZ- ARIAS, Antoni. *DP y protección del medio ambiente*, pp. 43ss.

[592] Comúnmente adoptada en los pronunciamientos de los organismos internacionales, en opinión de MARTÍN MATEO, Ramón. "Modernas amenazas contra la salud pública; la contaminación y su control", en: *Delitos contra la salud pública*, Universidad de Valencia, Valencia, 1977, p. 302.

[593] Cit. por MARTÍN MATEO, Ramón. "El ambiente como objeto de derecho", en: *Derecho y medio ambiente*, Ceotma/Mopu, Madrid, 1981, pp. 21 ss.

[594] En este sentido amplio: DI FIBIO, Mario. *Tutela dell'ambiente naturale. Difesa, gestione e sviluppo della natura e del paesaggio*, Pirola, Milán, 1987, pp. 19-20. Para una visión desde el derecho comparado, Vid. RODAS MONSALVE, Julio. *Protección penal y medio ambiente*, pp. 61-72.

Contra esta concepción, cabe indicar en primer lugar su incompatibilidad con el concepto intermedio de ambiente que adopta la CE. Lo que determina la falta de merecimiento de pena en aquellos sectores no protegidos constitucionalmente bajo el rótulo de «ambiente», es decir, los bienes pertenecientes al entorno artificial[595]. En segundo lugar, aun cuando efectivamente el concepto amplio pone de relieve la interrelación existente entre todos los factores que condicionan el marco y las condiciones de vida del hombre, resulta poco satisfactorio desde el punto de vista punitivo, pues su propia amplitud hace difícil configurar la protección como bien jurídico autónomo[596]. Y esto en definitiva disminuye las posibilidades de eficacia del control y por ende reduce la necesidad de pena.

§14. Semejantes críticas, aunque ya no por exceso sino por defecto, pueden formularse contra la llamada concepción estricta o restringida defendida por MARTÍN MATEO. Este autor parte de una primera delimitación que consiste en reducir al ambiente a su aspecto físico[597] y luego lo identifica con «los elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas». Con ello, reduce toda la problemática ambiental a la tutela del aire y del agua[598] y descarta, en consecuencia, las cuestiones relativas al ambiente artificial y los restantes elementos naturales (suelo, flora y fauna)[599]. Antes bien, dado que es también objeto de

---

[595] Ello no enerva sin embargo la imposibilidad de protección penal fuera de la órbita penal-ambiental, como efectivamente sucede con la ordenación del territorio y el patrimonio histórico, protegidos en Caps. separados (I y II, arts. 319-324) de la regulación del medio natural (Caps. III-IV), aunque dentro del mismo Título (XVI) de la PE del CP.

[596] CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Candido. "Introducción al delito ecológico", p.16.

[597] En ese sentido se pronuncia tanto la doctrina administrativa como la penal, Vid. MARTÍN MATEO, Ramón. "El delito ambiental", p. 812.

[598] MARTÍN MATEO, Ramón. "El ambiente como objeto de derecho", p. 22.

[599] En la doctrina penal española defiende esta concepción restringida PRATS CANUT, José Miguel. "El delito ecológico", en: *Jornadas sobre el delito ecológico*, Versión dactilográfica, DGMA, Barcelona, 1989, p. 4.

las perturbaciones que afectan a los otros medios, posteriormente el citado autor ha considerado el suelo dentro del concepto de ambiente[600].

Ahora bien, una concepción tan estricta y antropocéntrica tampoco garantiza una protección suficiente, pues no agota la totalidad del concepto de «ambiente» recogido en la CE que abarca también el suelo, la fauna y la flora, así como la relación del hombre con dichos elementos[601]. Consecuentemente, descuida sectores que merecen y necesitan protección penal.

§15. En respuesta a los contenidos amplio y estricto del ambiente, se ha propuesto en la doctrina española, italiana y alemana una concepción intermedia, consistente en deducir el contenido del bien jurídico a partir de los preceptos constitucionales y de los fundamentos de la ecología[602]. Esta es la tesis preferida actualmente por la doctrina penal[603] y proce-

---

[600] MARTÍN MATEO, Ramón. "El delito ambiental", p. 813. En igual sentido la STS de 11 de marzo de 1992 (fundamento de derecho 3º) y la STS de 26 de septiembre de 1994 (fundamento de derecho 1º).

[601] CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. "Introducción al delito ecológico", p. 17.

[602] RODAS MONSALVE, Julio. *Protección penal y medio ambiente*, p. 84.

[603] En España siguen esta tendencia: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. "Protección penal del medio ambiente. Cuestiones generales", en: *PJ*, Nº especial IV, 1988, p. 71; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente", en: *EPC*, Nº V, 1982, p. 200; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "El medio ambiente", pp. 46-47; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. "Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente", p. 880; EL MISMO. "Ecología y DP", en: *La droga en la sociedad actual*, San Sebastián, 1985, p. 283; PERIS RIERA, Jaime. Delitos contra el medio ambiente, p. 28; BOIX REIG, Javier. "Delitos contra el medio ambiente", p. 375; BOIX REIG, Javier/JAREÑO LEAL, Ángeles. "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", p. 1593; MUÑOZ CONDE, Francisco. *DP. PE*, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 502; QUERALT JIMÉNEZ, Joan. "El delito ecológico en España: situación actual y perspectivas de reforma", en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 4, 1994, p. 553; CARMONA SALGADO, Concepción. "Los delitos contra

sal[604]. Desde esta perspectiva, casi todos los autores circunscriben la noción de ambiente al ambiente natural (aire, agua, suelo, flora y fauna), dándole un acento antropocentrista moderado que destaca su relación con la vida humana[605]. En esa línea de ideas, debe resaltarse, por su gran acogida en España, el concepto de BACIGALUPO, para quien la protección del ambiente consiste en «el mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y de la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico[606] se mantenga en sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales»[607].

---

el medio ambiente", p. 179; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María Dolores. "Protección jurídico-penal del medio ambiente", en: *Estudios en homenaje al Prof. Martín Bernal*, Universidad de Murcia, 1980, p. 200; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *Responsabilidad penal del funcionario*, p. 63. En Italia: NUVOLONE, Pietro. "La delinquenza ecologica in Italia", en: *LIP*, 1978, p. 15; LIBERTINI, Mario. "La nuova disciplina del danno ambientale e i problemi del diritto dell'ambiente", en: *Rivista critica del diritto privato*, Nº 3, 1987, p. 553. En Alemania: ESER, Albin. "Derecho ecológico", en: *Revista de Derecho Público*, Nº 100-101, 1985, pp. 604-606; EL MISMO. "La tutela penale dell'ambiente in Germania", p. 237; TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito*, Ariel, Barcelona, 1985, p. 140; LACKNER, Karl. *StGB mit Erläuterungen*, 18ª ed., C.H.Beck, München, 1989, pp. 1330-1337.

[604] Vid. por todos GIMENO SENDRA, Vicente/GARBERÍ LLOBREGAT, José. "La protección procesal del medio ambiente", en: *PJ*, Nº 37, 1995, pp. 142-143.

[605] Esta misma orientación es la que desarrolla la Circular Núm. 1/1990, de 26 de septiembre, sobre la Contribución del Ministerio Fiscal a la investigación y persecución de los delitos contra el medio ambiente, en: *ADPCP*, 1990, pp. 979 ss.

[606] Según FERRARI, por ecosistema debe entenderse "un sistema en el cual organismos vivientes y abióticos interactúan para producir un intercambio de materiales y de energía", cit. por PERIS RIERA, Jaime. *Delitos contra el medio ambiente*, p. 28 nota 37.

[607] BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente", p. 200. Esta misma definición fue acogida en las Jornadas sobre el Medio Ambiente, organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Poder Judicial, Vid. *PJ*, Nº especial IV, 1988, p. 9, conclusión cuarta, *ítem* 4. Asimismo, fue reproducida por la SAP de Barcelona, Sec 3ª, de 20 de feb de 1988, empero,

La trascendencia de esta postura ha quedado reflejada en el XV Congreso Internacional de AIDP de 1994, donde se recomendó que se entienda por «ambiente» la realidad que «engloba todos los componentes del planeta, bióticos y abióticos, e incluye el aire y todas las capas de la atmósfera, el agua, la tierra, incluido el suelo y los recursos minerales, la flora y la fauna y todas las interrelaciones ecológicas entre estos componentes»[608]. Cabe señalar igualmente que la concepción intermedia ha sido asumida por la Resolución Nº 1, Relativa a la protección del medio ambiente por el DP, adoptada en la 17ª Conferencia de Ministros Europeos de Justicia celebrada en Estambul del 4 al 8 de junio de 1990[609],

---

PERIS RIERA, Jaime. "La primera sentencia por delito ecológico: ¿una resolución histórica?", en: *PJ*, Nº 11, 1988, pp. 96-97, comentando dicho texto jurisprudencial, señala que los considerandos de una sentencia no es el lugar adecuado para determinar el contenido del ambiente como bien jurídico-penal. Por contra, a favor de la concepción intermedia se pronuncian: la STC 102/95 de 26 de junio (fundamento de derecho 6), la SAP de Zaragoza, Sec 3ª, de 27 de mayo de 1994 (fundamento de derecho 1º, en: *AP*, Vol. 2., 1994, p. 934), y la SAP de Vizcaya, Sec 3ª, de 9 de feb de 1995 (fundamento jurídico 2º, en: *AP*. Vol. 1., 1995, p. 353).

[608] XV Congreso Internacional de DP. Río de Janeiro (Brasil) del 4 al 10 de septiembre de 1994. Resoluciones. Sección I: Delitos contra el ambiente. Aplicación de la PG del DP. Recomendación. Principios generales, *ítem* 1. En: RIDP. 66e année -nouvelle série. 1e et 2e trimestres. (1995) p. 75. Este documento se sustenta en una tendencia más ecocentrista, que toma distancia del antropocentrismo moderado sostenido en el XII Congreso Internacional de la AIDP, celebrado en Hamburgo del 16 al 22 de septiembre de 1979, en donde se señaló que "Para una protección eficaz del ambiente es indispensable reconocer, junto a la protección de la vida humana y de la salud, valores como el agua, el aire o el suelo, que constituyen en la actualidad el mínimo a proteger desde la perspectiva penal. Es además preciso mejorar lo antes posible la protección de otros bienes, en especial la flora y la fauna, y luchar contra las vibraciones y ruidos excesivos", Vid. Sección II: La protección penal del ambiente. Recomendación a escala nacional, *ítem* 4, en: *Protección internacional del medio ambiente y derecho ecológico*, p. 316.

[609] El Informe de la Delegación española presentado en la Conferencia, bajo el título "La protección penal del medio ambiente en España", cit., p. 3084, adopta también la concepción intermedia de ambiente.

cuya recomendación a) explícita la conveniencia de «elaborar una lista de infracciones para prever una protección adecuada, por el DP, del agua, el suelo, el aire, la fauna, la flora y los elementos del medio ambiente merecedores de protección, así como del hombre en este medio ambiente»[610].

Ahora bien, dentro de esta orientación intermedia es posible apreciar aún diversos matices que se distinguen, a nivel penal, según se asuma una concepción antropocéntrica (moderada o radical) o ecocéntrica[611]. En el Código penal alemán estos matices coexisten en las diversas disposiciones protectoras del ambiente, p.e., en la tipificación de los delitos de contaminación del agua del (§324) se asume una posición marcadamente ecocéntrica[612], mientras que en la contaminación del aire (§325) la orientación seguida es más bien antropocéntrica[613].

IV

§16. Este es, en términos generales, el estado de la cuestión sobre la delimitación del bien jurídico-penal. No obstante, a mi juicio los esfuerzos de concreción merecen mayor proyección en la medida que el entorno natural apenas puede proporcionar el sustrato físico sobre el que se edifica el interés merecedor y necesitado de protección penal[614], dado que no es posible identificar objeto material del delito y bien jurídico-

---

[610] *BIMJ*. Suplemento del Nº 1569, jul. 1990, p. 3124; VERCHER NOGUERA, Antonio. "Consejo de Europa", pp. 1070 ss.

[611] RODAS MONSALVE, Julio. *Protección penal y medio ambiente*, pp. 86-88.

[612] TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones*, pp. 181-182. Empero, no debe perderse de vista, como expresa MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "La protección penal de las aguas", p. 295 ss., que el bien jurídico protegido en el § 324 del StGB no es el agua como fin en sí mismo, sino como interés de la comunidad, p. 296.

[613] TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones*, p. 182.

[614] RODAS MONSALVE, Julio. *Protección penal y medio ambiente*, cit., p. 85.

penal[615]. Esta compleja tarea debe abordarse teniendo en cuenta tres aspectos fundamentales.

En primer término, que en el ámbito de los bienes colectivos nos hallamos generalmente ante relaciones de conflicto entre múltiples intereses, de modo tal que la protección a instrumentarse no puede ser absoluta, sino más bien como producto de la ponderación de dichos intereses[616]. Como señala HEINE, existe en la mente del legislador un conflicto "entre los intereses particulares y sociales en la conservación de un medio ambiente puro, por un lado, y el derecho a la libertad (de empresa) del contaminador, junto a intereses públicos de desarrollo tecnológico e industrial, por otro"[617]. De este modo, la ponderación del conflicto social presente en torno a la tutela de los intereses colectivos, se efectúa principalmente al definir el bien jurídico y al estructurar el tipo penal[618].

§17. En segundo lugar, es de tener en cuenta la noción del riesgo permitido. Si bien se discute aún sobre su delimitación conceptual, contenido, funciones y autonomía sistemática[619], existe cierta unani-

---

[615] Modernamente se diferencia el objeto material del delito del bien jurídico-penal, por cuanto éste último cuenta con un momento valorativo, perspectiva axiológica determinada por el valor o desvalor de la realidad social protegible, MIR PUIG, Santiago. "El objeto del delito", en: *Enciclopedia Jurídica*, T XVII, Seix, Barcelona, 1982, p. 765; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Consideraciones en torno al injusto penal", en: *Bases críticas de un nuevo DP*, Temis, Bogotá, 1982, p. 36; LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en DP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 63-104, 140-165; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de DP. PG I*, Universitas, Madrid, 1996, p. 328; STRATENWERTH, Günther. *DP. PG I*, p. 78; JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de DP. PG*, Comares, Granada, 1993, p. 234.

[616] PEDRAZZI, Cesare. "El bien jurídico en los delitos económicos", en: *La reforma penal: delitos socio-económicos*, Universidad de Madrid, Madrid, 1985, pp. 282-284.

[617] HEINE, Günther. "Accesoriedad administrativa", p. 292.

[618] MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro*, p. 34.

[619] MAIWALD, Manfred. *De la capacidad de rendimiento del concepto «riesgo*

midad en reconocer su utilidad en la resolución de aquellos casos en donde la autorización general de la conducta peligrosa o dañina para el bien se deriva de la consideración de otros intereses. Los mismos que han de ser puestos en relación con la protección que el bien jurídico subyacente al tipo merece, limitándose así dicha protección, en función de la ponderación de todos los intereses concurrentes[620]. Este argumento, sumado a la consideración del principio de subsidiaridad, fundamenta la accesoriedad del DP. Esto significa que en la concreción de la noción de bien jurídico y en el proceso de tipificación se deben tener en cuenta los criterios fundamentales de la CE, el Derecho administrativo -central, autonómico y local- y el Derecho comunitario, principalmente.

Este conjunto normativo, al establecer los principios generales de la tutela jurídico ambiental y los específicos límites de impacto tolerable, permite realizar un primer acercamiento a la ponderación de los intereses concurrentes, con lo cual señala las bases mínimas para la determinación de los linderos de la protección penal, en particular lo relativo al riesgo ambiental permitido por el DP[621]. Esto de ningún modo significa que el DP se convierta en un apéndice del Derecho administrativo, pues los límites que impone este último deben ser sometidos, a nivel penal, a ulteriores correctivos relacionados con el merecimiento y la necesidad de pena a efecto de determinar el bien jurídico-penal y diferenciarlo del bien jurídico administrativo[622].

Igualmente es fundamental tener presente las características ontológicas del ambiente natural. El hecho de que sea concebible como un sistema dinámico implica reconocer la existencia de mecanismos

---

permitido», para la sistemática del DP, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 11 ss.

[620] PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *El riesgo permitido en DP*, MJI, Madrid, 1995, p. 517.

[621] HEINE, Günther. "Accesoriedad administrativa", pp. 289 ss.

[622] CARO CORIA, Dino Carlos. *La estabilidad del ecosistema*, pp. 231 ss.

de retroalimentación o «*feed back*» que permiten la autorregeneración espontánea ante determinados niveles de afección[623]. De plano esta característica hace innecesaria una tutela absoluta del ambiente natural y justifica la exclusión de pena frente a los comportamientos de bagatela, entre otras consecuencias político criminales relevantes.

§18. En tercer término, no puede obviarse que la efectiva lesión o puesta en peligro de aquellos bienes jurídicos colectivos no reconducibles a individuales, no se realiza muchas veces a través de una mera conducta individual, sino mediante la reiteración generalizada de comportamientos que violan las reglas básicas que aseguran el sistema y su funcionamiento[624]. Debido a ello, actualmente suele aceptarse el planteamiento de SCHÜNEMANN sobre la necesidad de recurrir a los llamados «delitos con bien jurídico intermedio espiritualizado»[625], a través de los cuales pueden protegerse aquellos bienes colectivos en los que la tipificación de una lesión o concreta puesta en riesgo es difícilmente imaginable, siendo incierta la determinación del grado de dañosidad exigible a la conducta individual en relación con el bien colectivo[626].

---

[623] KORMONDY, Edward. *Conceptos de ecología*, 4ª ed., Alianza Ed., Madrid, 1985, pp. 23-24.

[624] RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. *Delitos de peligro*, pp. 299-301.

[625] SCHÜNEMANN, Bernd. "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits-und Gefährdungsdelikte", en: *JA*, 1975, p. 798. Asume esta denominación, ROXIN, Claus. *Strafrecht. AT*, T I, 3ª ed., C.H. Beck, München, 1997, 11/126; JAKOBS, Günther. *Strafrecht. AT*, 6/88, se refiere a los "delitos que lesionan un objeto con función representativa", lo que parece más adecuado al erradicar todo signo de «espiritualismo» del discurso dogmático. En la dogmática española, MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, Carlos. *DP económico. PG*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 96 ss.

[626] Así p.e. en los delitos contra el ambiente natural (arts. 325 y ss. del CP), no cabe duda que la protección del bien jurídico-penal estabilidad del ecosistema sería inútil si los tipos penales contemplaran directamente la lesión o el peligro de dicho bien, pues tal punto de partida obligaría a criminalizar conductas lo suficientemente graves para ello, es decir las catastróficas (lesión) o las encaminadas hacia tal meta (peligro), lo que sólo se lograría tipificando conductas omnicomprensivas, inciertas o vagas.

Como precisa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS: "aquí no se trata de anticipar la tutela de los bienes esenciales (*individuales*), sino de proteger *otros bienes* (*colectivos*) cuya peculiar naturaleza exige el empleo de esta técnica (...) Siendo así, es legítima la punición de toda realización típica sin necesidad de constatar la peligrosidad en relación con el bien inmaterial (*colectivo*) que mediatamente se protege, pues *formalmente estamos ante delitos de lesión* (*respecto del bien intermedio* ...) En cuanto a las exigencias del tipo subjetivo, es también irrelevante la referencia al bien jurídico (*colectivo*) mediatamente protegido: el dolo o la imprudencia del sujeto han de referirse sólo a los elementos típicos (...) sin necesidad de corrección alguna. Es suficiente con la lesión del objeto o bien «representante» (*o intermedio*) y con que el dolo o la imprudencia se refieran a ella"[627].

§19. Sobre tales presupuestos, es posible delimitar materialmente el objeto de tutela en los delitos ambientales y, desde allí, enfrentar la concepción del «Derecho ambiental como un arma sin municiones, un "tigre de papel" -como dicen los chinos-»[628]. En esa dirección se inscribe, a mi entender, su concreción normativa como la estabilidad del ecosistema[629], planteamiento que amerita un estudio complementario.

Como ello no es conveniente político criminalmente, ni desde el punto de vista del principio de legalidad, es necesario tipificar los comportamientos en relación con bienes intermedios, o mejor dicho a través de aquellos objetos que en su interacción permiten la estabilidad del ecosistema: es decir el aire, el agua, los suelos, la flora y la fauna.

[627] RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. *Delitos de peligro*, pp. 300-301, cursiva entre paréntesis fuera de texto.

[628] WOLF, Paul. "Megacriminalidad ecológica", cit.

[629] Ampliamente, CARO CORIA, Dino Carlos. *La estabilidad del ecosistema como bien jurídico-penal y su protección mediante la técnica de los delitos de peligro*, Tesis Doctoral, Inédito, Salamanca, 1998, Vid. Cuarto Capítulo.

CAPÍTULO XI
TUTELA PENAL DEL AMBIENTE (III): TÉCNICAS DE PROTECCIÓN EN EL DERECHO PENAL DEL AMBIENTE

I. DERECHO PENAL Y «NUEVOS RIESGOS»

Múltiples estudios científicos[630] y casos paradigmáticos como los de la talidomida o Contergan[631], Erial o *Lederspray*[632], *Holzschutzmittel*[633],

---

[630] BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986, passim.

[631] LGSt de Aechen, de 18 de diciembre de 1970, en: *JZ*, 1971, pp. 507 ss. ; KAUFMANN, Armin. "Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan", en: *NPP*, Nº 1, 1973, pp. 7ss.; MAIWALD, Manfred. *Kausalität und Strafrecht*, Göttingen, 1980, passim; GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 123 ss.

[632] BGHSt 37, 106, en: *JZ*, 1992, pp. 253ss.; LGSt de Mainz, pp. 163 ss.; BEULKE, Werner/BACHMANN, Gregor. "Die «Lederspray-Entscheidung» -BGHSt 37, 106", en: *JuS*, 1992, pp. 737 ss.; SCHMIDT-SALZER, Joachim. "Strafrechtliche Produktverantwortung. Das Lederspray-Urteil des BGH", en: *NJW*, 1990, pp. 2966 ss.; KUHLEN, Lothar. "Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitssgefahrdender Produkte", en: *NStZ*, 1990, pp. 566 ss.; MEIER, Bernd- Dieter. "Verbraucherschutz durch Strafrecht? Überlegungen zur strafrechtlichen Produkhaftung nach der «Lederspray»-Entscheidung des BGH", en: *NJW*, 1992, pp. 3193 ss.; HASSEMER, Winfried. "Strafrechtliche Produkthaftung", en: *JuS*, 1991, pp. 253 ss.; SCHUMANN, Heribert. "Responsabilidad individual en la gestión de empresas. Observaciones sobre la «Sentencia Erdal» del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH)", en: *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 199 ss.

[633] BGHSt, de 2 de agosto de 1995, en: *NJW*, 1995, pp. 2930ss.; =en: *NStZ*, 1995, pp. 590ss.; =en: *wistra*, 1995, pp. 303 ss.; LGSt de Frankfurt am

del aceite de colza[634], o los desastres de Seveso, Chernobyl, los Alfaques, San Juan[635] o Aznalcollar, son representativos de lo que actualmente ha venido a denominarse «sociedades de riesgo»[636], es decir aquellas donde

---

Main, de 25 de mayo de 1993; PUPPE, Ingeborg. "Zur Körperverletzung durch Vertrieb von Holzschutzmitteln", en: *JZ*, 1996, pp. 315 ss.; IÑIGO CORROZA, María Elena. "El caso del «producto protector de la madera» (Holzschutzmittel). Síntesis y breve comentario de la BGHSt", en: *AP*, Vol 1, 1997, pp. 439 ss.

[634] SAP de 24 de mayo de 1989, en: *AP*, Nº 495, 1989; STS de 23 de abril de 1992, en: A 6783; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel/ Teresa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. "Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del «caso de la colza» (Primera Parte)", en: *Responsabilidad penal de las empresas*, pp. 263 ss. En la misma publicación, PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. "Problema de la responsabilidad penal en supuestos de comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del «caso de la colza» (Segunda Parte)", pp. 289 ss.; EL MISMO. "Límites de la responsabilidad penal individual en supuestos de comercialización de productos defectuosos: algunas observaciones acerca del «caso de la colza»", en: *PJ*, Nº 33, marzo 1994, pp. 421 ss.; MAQUEDA ABREU, María Luisa. "La relación «Dolo de peligro»-«Dolo (eventual) de lesión». A propósito de la STS de 23 de abril de 1992 «sobre el aceite de colza»", en: *ADPCP*, 1995, pp. 419 ss.; HASSEMER, Winfried/ MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en DP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 49 ss.; PUPPE, Ingeborg. "Vertrieb von vergiftetem Speiseöl in Spanien", en: *NStZ*, 1994, pp. 37 ss.

[635] A los que puede sumarse la «experiencia general» derivada de otros innumerables eventos lesivos, como los desastres de Seveso, Chernobyl, los Alfaques y San Juan, Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco/ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ GARCÍA ARÁN, Mercedes. *La reforma penal de 1989*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 62-63.

[636] Sostiene BECK, Ulrich, *Ibid*., passim, que las sociedades capitalistas desarrolladas se configuran cada vez más como verdaderas "sociedades de riesgo", pues las implicaciones negativas del desarrollos tecnológico y del sistema de producción y consumo cobran entidad propia y amenazan de forma masiva a los ciudadanos. Sobre la repercusión penal de esta verificación, Vid. PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur*

la realidad inevitablemente se percibe y estructura a nivel cognitivo como una constante tensión o controversia entre seguridad y riesgo[637], como se evidencia p.e. en sectores de la energía nuclear, la utilización del ambiente natural, la seguridad del tráfico, la salud pública o la seguridad en el trabajo. En tales ámbitos, la dinámica e interacción de los componentes de la tecnósfera conforman innumerables fuentes de riesgo y determinan que bienes individuales como la vida o la salud de las personas y su patrimonio se encuentren permanentemente sometidos al peligro de ser lesionados.

Esta constatación ha logrado dos sensibles repercusiones en el DP. En primer término, la creciente concienciación que dentro del DP «clásico»[638] no pueden encontrarse las barreras apropiadas para enfrentar los nuevos modos de amenaza originadas por la civilización técnica[639].

Ciertamente, el modelo penal liberal, en orden a privilegiar la esfera de la libertad, fue articulado, principalmente, como instrumento de protección de los llamados bienes jurídicos individuales[640], para

---

Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, Vittorio Klostermann, Frankfurt;, 1993, passim; HERZOG, Felix. *Gesellschaftliche Unsicherheit uns strafrechtliche Daseinvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, R.V. Decker's, Heidelberg, 1991, passim; EL MISMO. "Límites al control penal de los riesgos sociales. (Una perspectiva crítica ante el DP en peligro)", en: *ADPCP*, 1993, pp. 318-319; SCHÜNEMANN, Bernd. "Las reglas de la técnica en DP", en: *ADPCP*, 1994, pp. 307 ss.

[637] LAU, Christoph. "Risikodiskurse. Gesellschaftliche Auseinandersetzungen um die Definition von Risiken", en: *Sociale Welt*, 1989, p. 418; HERZOG, Felix. "Límites al control penal", p. 318.

[638] HASSEMER, Winfried. "Crisis y características del moderno DP", en: *ADPCP*, 1993, pp. 636-637.

[639] HEINE, Günter. "Accesoriedad administrativa en el DP del medio ambiente", en: *ADPCP*, 1993, p. 290.

[640] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Los bienes jurídicos colectivos", en: Control social y sistema penal, PPU, Barcelona, 1987, passim.. .

lo cual cimentó una dogmática funcional a dicha tutela y obediente de los principios de legalidad, lesividad y causalidad. De este modo, el DP clásico, se concentra en una relación individualizable entre autor y víctima, sus criterios de atribución que actualmente proporcionan seguridad jurídica, se han desarrollado sobre tal fundamento y para esa función[641]. La inidoneidad de los tradicionales instrumentos y categorías jurídicas, obedece a que se sustentan en la ignorancia de datos fundamentales sobre esos «nuevos riesgos» que se desea controlar[642], tales como: la imposibilidad de prever y dominar, espacio-temporalmente, las consecuencias de la técnica[643]; la llamada «explosión de ignorancia» originada por el progreso científico que acredita como mayor lo ignorado que lo conocido sobre los procesos naturales; y, la operatividad de tal progreso en el marco de una estructura social que lo canaliza primordialmente mediante organizaciones altamente especializadas, complejas y jerarquizadas, como la empresa capitalista o el Estado intervencionista.

En segundo lugar, y como secuela de las limitaciones del DP «clásico», la sentida presencia de riesgos que hallan su fuente en el mundo moderno[644], sumada a las exigencias del Estado social y democrático[645],

---

[641] HEINE, Günther. "Accesoriedad administrativa", p. 291.

[642] PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. "Responsabilidad penal y «nuevos riesgos»: el caso de los delitos contra el medio ambiente", en: *AP*, Vol 1, 1997, p. 218; DENNINGER, Erhard. "Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y derecho postmoderno", en: *Doxa*, Nº 14, 1993, pp. 368-372.

[643] PAREDES/RODRÍGUEZ, José Manuel. *El caso de la colza*, pp. 49 ss.; KLEINE-COSACK, Eva. *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht. Die Strafrechtliche Relevanz der Schwierigkeiten naturwissenschaftlicher Kausalfeststellung im Umweltbereich*, Erich Schmidt, Berlin, 1988, pp. 54 y ss.; SAMSON, Erich. "Kausalitäts- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht", en: *ZStW*, 1989, pp. 617 ss.

[644] SCHÖNE, Wolfgang. "La protección del hombre en el mundo moderno. (Algunas consideraciones sobre el papel del DP)", en: *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, N° 12, 1985, Universitat de les Illes Balears, pp. 51ss.

[645] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Los bienes jurídicos", p. 184.

modelo asumido en general por nuestras Constituciones[646], ha provocado la instrumentación de nuevas técnicas de imputación jurídico-penal que permitan atribuirle responsabilidad a quienes ejecutan comportamientos no permitidos, *ex-ante* riesgosos y que se realizan en resultados de lesión o de peligro para los intereses penalmente tutelados. En esa línea se inscribe la protección generalizada de los bienes jurídicos colectivos[647], la reevaluación de los delitos imprudentes y omisivos, la técnica de los delitos de peligro y de la ley penal en blanco, la responsabilidad de las personas jurídicas y su órganos de dirección, el distanciamiento del «dogma causal» y el reconocimiento del valor del método de la imputación objetiva, entre otras construcciones dogmáticas[648]. Somos testigos de una verdadera «crisis» del DP liberal, a la par que se asiente la necesidad de articular un modelo dogmático capaz de responder con eficacia a los requerimientos político criminales de estos tiempos. Ello ha conducido, inclusive, al planteamiento de convivir con un DP de dos velocidades, un modelo de imputación que reivindique el sistema de garantías y otro más flexible, que gradúe las reglas garantistas, precisamente en ese DP de los nuevos riesgos sociales[649].

---

[646] Arts. 43 y 51 de la Constitución peruana de 1993, art. 1 de la Constitución colombiana de 1991, art. 1.1 de la Constitución española de 1978.

[647] Se entiende pues que la efectiva protección de bienes como la vida o la integridad de las personas no puede conseguirse hoy sin una adecuada protección de los intereses colectivos, Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. "Delitos de peligro con verificación de resultado lesivo: ¿concurso de leyes?", en: *ADPCP*, 1994, p. 113; FIANDACA, Giovanni. "Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminales", en: *Diritto Penale in trasformazione*, Giuffré, Milano, 1985, p. 168; MARCONI, Guglielmo. "La tutela degli interessi collettivi in ambito penale", en: *RIDPP*, 1979, p. 1053.

[648] HILGENDORF, Eric. "Gibt es ein «Strafrecht der Risikogesellschaft»", en: *NStZ*, 1992, pp. 10 ss.; KUHLEN, Lothar. "Zum Strafrecht der Risikogesellschaft", en: *GA*, 1994, pp. 347 ss.; PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko*, passim; HASSEMER, Winfried. "Crisis y características", pp. 638 ss.

[649] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del DP*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 118 ss.

En este contexto de riesgo social y tránsito hacia una dogmática moderna, pero especialmente en el terreno del DP económico y ambiental, la doctrina y la jurisprudencia actualmente remarcan la necesidad de instrumentar nuevas técnicas de tutela, de las cuales se evaluará en esta contribución principalmente la concreción de la estabilidad del ecosistema como bien jurídico colectivo merecedor y necesitado de protección penal, y sus consecuencias para la dogmática del Derecho penal ambiental.

II. LA ESTABILIDAD DEL ECOSISTEMA COMO BIEN JURÍDICO COLECTIVO

2.1. LA TUTELA EXTRA-PENAL COMO PUNTO DE PARTIDA

Las premisas impuestas por las Constituciones que elevan al máximo nivel la instrumentación de una política ambiental de uso sostenido de los recursos, exigen entender el entorno como una realidad sistémica, es decir el ambiente natural como un ecosistema dinámico y equilibrado, en el que se sustentan y desarrollan las diversas formas de vida, humanas o no[650]. Este punto de partida margina toda posibilidad de darle contenido al ambiente, con el recurso a los bienes jurídicos individuales y/o colectivos tradicionales o de viejo cuño[651], pero deja subsistentes varias opciones de corte autonomizador que se diferencian según los sectores conforman el ambiente.

Entre tales alternativas existe una casi unanimidad en pro del concepto intermedio de ambiente, que pone de relieve el valor de los recur-

---

[650] RODAS MONSALVE, Julio César. *Protección penal y medio ambiente*, PPU, Barcelona, 1994, p. 89, plantea la apertura hacia las enseñanzas pluridisciplinares, en especial hacia los aportes de la ecología, ciencia que demuestra el carácter sistémico del ambiente natural.

[651] CARO CORIA, Dino Carlos. "Presupuestos para la delimitación del bien jurídico-penal en los delitos contra el ambiente", en: *Advocatus*, N° 2, Lima, 2000, pp. 127 ss.

sos naturales renovables[652], lo que concuerda plenamente con la orientación constitucional, con el sentido de las disposiciones del derecho comunitario europeo y administrativo, y con los preceptos que dicta la ecología, en tanto ciencia que estudia la estática y la dinámica de los ecosistemas. Pese a que la imposible o difícil regeneración, propia de los recursos no renovables, es argumento para criminalizar las conductas que los afectan, pues generalmente éstas enervan su destrucción o desaparición, a ello se oponen importantes argumentos que destacan el marcado acento económico de estos recursos, de forma que su existencia no constituye una condición *sine qua non* para la vida en su estado natural, sino más bien un relevante factor para la tecnósfera y que puede favorecer, artificialmente, la mejora de la "calidad de vida", entendida ampliamente.

Planteadas estas ideas iniciales, no debe perderse de vista que el ambiente natural apenas proporciona el sustrato físico sobre el que se edifica el bien jurídico, pero en ningún caso se identifica con éste[653]. No es posible equiparar bien jurídico-penal y objeto material del delito, por ello el contenido del bien jurídico no se expresa a través de los recursos naturales, éste es un concepto normativo y abstracto, por tanto merece una delimitación jurídica que trascienda la realidad ontológica que le subyace.

Ciertamente, tomar como punto de partida el sentido constitucional, y el de las normas comunitarias y administrativas, implica ya

---

[652] Así lo pone de relieve RODAS MONSALVE, Julio César. *Protección penal y medio ambiente*, p. 79, cuando precisa que existe consenso respecto a la exclusión de los recursos no renovables como objetos de protección penal. Sin embargo, esta opción no es unánime, pues algunas legislaciones criminalizan la ilícita explotación de determinados recursos no renovables, tal es el caso del Código Penal colombiano de 1980 que sanciona el ilícito aprovechamiento de los recursos mineros (art. 242), así como la ilegal explotación de un yacimiento minero (art. 244).

[653] En el mismo sentido RODAS MONSALVE, Julio César. *Protección penal y medio ambiente*, p. 85.

una toma de postura, en sentido negativo, frente a la cuestión de si el DP debe operar con un concepto propio de ambiente, es decir independiente de lo que protegen los otros sectores del control social. Con razón comparto dicha toma de postura, pues entiendo que el principio de subsidiaridad, que refrenda el carácter accesorio del DP del entorno, impone la necesidad de vincular la tutela punitiva en la misma dirección que la instrumentada desde el resto del ordenamiento[654], la reacción penal sólo se encuentra justificada, en términos de proporcionalidad y utilidad social, frente al fracaso de los medios no penales, argumento al que se suma el unánime sentimiento doctrinal de que la eficacia de la ley criminal está vinculada al soporte que la norma sancionadora encuentre en la protección organizada desde el orden constitucional, comunitario, administrativo o civil, entre otros.

De esta manera, un DP respetuoso del principio de ultima ratio y aspirante a lograr visos de eficacia, debe operar como refuerzo de la tutela orientada desde los restantes mecanismos de control, lo que sería imposible si se postulase un concepto intrasistemático, es decir una noción de ambiente privativa o propia del DP[655]. Antes bien, afirmar que el concepto penal de entorno debe derivar necesariamente del sentido de las normas no punitivas, en particular de la Constitución, del derecho comunitario europeo y de la regulación administrativa, no equivale a postular que la tutela criminal deba recaer sobre los mismos aspectos o sectores protegidos extra penalmente, la perspectiva minimista del orden punitivo exige una minuciosa selección de las conductas merecedoras y necesitadas de pena, de forma que el bien jurídico penalmente protegible se delimite en función de criterios de fragmentariedad y utilidad.

---

[654] El carácter auxiliar del DP ambiental ya se había puesto de manifiesto en la Resolución del XII Congreso Internacional de DP, Sec II, recomendación Nº 3, celebrado en Hamburgo del 16 al 22 de sep. de 1979.

[655] En similares términos me he expresado antes, Vid. CARO CORIA, Dino Carlos. "Empresas "trabajando por el Perú" y el delito de contaminación ambiental", en: *Derecho & Sociedad,* Nº 10, Lima, 1995, pp. 229-232.

En este orden de ideas, debe ponerse de relieve que la propuesta de recurrir a la Carta Magna, como norma informadora y delimitadora de la tutela penal, no importa sostener una posición jurídico-constitucionalista frente al bien jurídico. En tal sentido, es oportuno el razonamiento de PRADO SALDARRIAGA cuando sostiene que la Constitución es el marco más adecuado y seguro para la identificación política de bienes jurídicos, dado que en ella se reproducen la mayoría de derechos individuales y colectivos que "por su trascendencia para la interacción social cumplen los requisitos democráticos que demanda todo bien jurídico para merecer la protección penal del Estado"[656]. El juicio de arraigo constitucional constituye un importante factor en orden al merecimiento de pena. A su turno, el recurso a las normas comunitarias y administrativas de naturaleza ambiental[657], también como fuentes para la delimitación del objeto de protección penal, se debe a que desarrollan los lineamientos de la política y la gestión ecológica a nivel de Europa y España, y porque imponen los linderos del desarrollo económico a través de mínimos de tutela ambiental que, a su vez, influyen en la delimitación del riesgo penalmente permitido, pues las leyes penales en blanco se remiten a la regulación ambiental de origen administrativo y comunitario europeo.

Abundando en esta línea de pensamiento, no debe olvidarse que la CE y el derecho de la UE, de modo semejante a nuestra Carta Magna, apuestan por un modelo de desarrollo sostenible que permite la coexistencia del sistema de protección ambiental con el desarrollo económi-

---

[656] PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Todo sobre el Código Penal*, T I, Idemsa, Lima, 1996, pp. 32-33. Cercano HURTADO POZO, José. "Derechos humanos, bien jurídico y Constitución", en: *ADP*, 1995, p. 79.

[657] Me refiero a las normas ambientales en un sentido amplio, de modo que abarque tanto las que directamente obedecen a un móvil ecológico, así como aquellas que de forma indirecta o "casual" inciden en la regulación del entorno. En tal línea, es lugar común de la doctrina americana remitirse al trabajo de BRAÑES, Raúl. *Aspectos institucionales y jurídicos del medio ambiente. Incluida la participación de las organizaciones no gubernamentales en la gestión ambiental*, BID, Washington D.C., 1991, p. 11.

co, e imprimen a la tutela una orientación antropocentrista moderada, abierta a las necesidades humanas pero sin marginar el valor de los otros modos de vida. Ahora bien, estos matices normativos se concretan luego en la vigencia de niveles permitidos de degradación ambiental o límites de tolerabilidad definidos técnicamente por el ordenamiento jurídico, tanto a nivel de la UE como por el derecho interno, especialmente el administrativo. Y tales límites, cuya implementación en el Perú aún se encuentra en sus inicios, regulados fuera del sistema punitivo, juegan un rol trascendental en la determinación del riesgo permitido en materia penal ambiental[658].

Por lo tanto, no es posible pretender una tutela absoluta del entorno, es decir la estéril pretensión de conservar por conservar. En todo caso, debe articularse teleológicamente la protección a distintas finalidades humanamente reconocibles, tales como garantizar la vida en el tiempo y en el espacio, asegurar el crecimiento económico o mejorar la calidad de vida en condiciones naturales. En tal perspectiva, se mantiene coherencia con el concepto de bien jurídico-penal aquí defendido, por cuanto se exige mirar hacia el individuo, no sólo en los matices colectivos que expresa el concepto de lesividad social, sino también en su propia individualidad, esto es, en función de las condiciones necesarias para su desarrollo digno y en sociedad.

De esta manera, se trata de proteger penalmente el ambiente, pero en determinadas circunstancias, es decir teniendo en cuenta la accesoriedad del DP respecto del control formal no punitivo, orden que define jurídicamente los límites de tolerancia o niveles permitidos de degradación, a través de disposiciones que algunos denominan "normas de calidad" de los recursos naturales[659].

---

[658] HEINE, Günter. "Accesoriedad administrativa en el DP del medio ambiente", pp. 289 y ss.

[659] La Recomendación Nº 75/436 de la CEE conceptualiza las normas de calidad como aquellas que establecen coercitivamente los niveles de contaminación o de perturbación que no debería sobrepasarse en un medio o parte de un medio determinado. Empero, tal Recomendación carece de

2.2. LA ESTABILIDAD DEL ECOSISTEMA COMO OBJETO DE PROTECCIÓN PENAL

2.2.1 Delimitación normativa de la estabilidad del ecosistema

El bien jurídico-penal a ser protegido por el DP ambiental es en general la "estabilidad del ecosistema"[660] si se considera la biosfera como un gran ecosistema[661], o la "estabilidad de los ecosistemas"[662] si se comprende que en la biosfera subsisten varios ecosistemas[663], como un conjunto de microcosmos en mutuo y constante intercambio[664]. Evidentemente, ambas expresiones reflejan la misma realidad y sólo varían según se sostenga, como es común en la ciencia ecológica, una

---

efectos vinculantes y se inscribe en un momento (1975) donde la principal preocupación de la CEE reposaba sobre la contaminación del entorno, de modo que la idea de calidad, en tal contexto, se relaciona principalmente con la pureza de los recursos abióticos o mediales, es decir el agua, el aire y los suelos, No obstante, para RODAS MONSALVE, Julio César. *Protección penal y medio ambiente*, p. 94, el concepto de calidad de los recursos es aplicable a los factores bióticos del ambiente, pero señala son acierto que la concreción de las norma de calidad opera mediante un complejo proceso de valoraciones técnico-económico-políticas.

[660] Cercano MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio. *DP y protección del medio ambiente*, Colex, Madrid, 1992, pp. 59-60.

[661] PARRA, Fernando. *Diccionario de ecología, ecologismo y medio ambiente*, Alianza Editorial, Madrid, 1984, p. 121.

[662] Como insinúa el art. 325 del nuevo CP al exigir que pueda perjudicarse gravemente "el equilibrio de los sistemas naturales", Vid. TERRADILLOS BASOCO, Juan. "Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal español. Luces y sombras", en: *EPC*, Nº XIX, 1996, pp. 301-304; EL MISMO. "Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", en: Terradillos Basoco, Juan (Ed.). *DP del medio ambiente*, Trotta, Madrid, 1997, pp. 42-43.

[663] PARRA, Fernando. *Diccionario de ecología, ecologismo y medio ambiente*, p. 121.

[664] DREUX, Philippe. *Introducción a la ecología*, 3ª reimp., Alianza Editorial, Madrid, 1986, p. 144.

perspectiva singular-unitaria u otra de orden plural-unitario[665], respectivamente. En tal sentido, esa doble nominación es válida para hacer referencia al objeto de protección penal, aunque en adelante privilegio la primera de ellas a fin de reforzar el sentido unitario que debe imperar en la órbita punitiva.

Antes bien, debe advertirse que, pese a su estrecha relación, los conceptos de estabilidad y equilibrio no son idénticos desde el punto de vista científico, como se abunda posteriormente. Por ello sería impropio señalar que el bien jurídico-penal es el "equilibrio" de un ecosistema dado. Con estas matizaciones iniciales, la concreción del concepto "estabilidad del ecosistema" no puede ser objeto de una elucubración jurídica, aunque suela aconsejarse su inclusión en un glosario legislativo ambiental con fines clarificadores[666].

El ambiente natural está compuesto por un conjunto de elementos abióticos (aire, agua, suelo) y bióticos (flora y fauna) organizados en un sistema dinámico y equilibrado. Pues bien, todo sistema ambiental natural constituye un ecosistema, aunque entre ambos conceptos existe algún matiz diferenciador. Mientras el ambiente natural constituye el cúmulo de condiciones físicas, químicas y biológicas que rodean a un organismo[667], la idea de ecosistema implica que tales condiciones estén organizadas formando un sistema[668]. Esta perspectiva científica ha sido asumida por la doctrina penal, como lo evidencia PERIS RIERA al des-

---

[665] "El conjunto de la biosfera constituye también un vasto ecosistema dentro del que pueden distinguirse un conjunto de ecosistemas subordinados unos a otros y relacionados entre ellos por flujos más o menos intensos de materia y energía", RAMOS, Angel (Coord.). *Diccionario de la naturaleza, hombre, ecología, paisaje*, Espasa Calpe, Madrid, 1987, p. 345.

[666] GARCÍA MATOS, Ignacio. "El concepto 'medio ambiente' en el ordenamiento jurídico español. Aproximación a la doctrina constitucional en materia de dominio público", en: *LL*, Vol. 4, pp. 1114-1115.

[667] RAMOS, Angel (Coord.). *Diccionario de la naturaleza*, p. 597.

[668] PARRA, Fernando. *Diccionario de ecología, ecologismo y medio ambiente*, p. 121; RAMOS, Angel (Coord.). *Diccionario de la naturaleza*, p. 344.

tacar que "El concepto de ecosistema está considerado hoy como el más comprensivo y generalizado entre aquellos elaborados por la moderna ecología. Se entiende por tal 'un sistema en el cual organismos vivientes y abióticos interactúan para producir un intercambio de materiales y de energía'... Se trata de una definición que acentúa los caracteres dinámicos y energéticos de las relaciones entre los seres vivos entre sí y con el ambiente"[669]. Similar recepción se observa en la jurisprudencia. En esa línea, la STS de 26 de diciembre de 1989[670].

En ecología se entiende por **estabilidad** la capacidad del ecosistema "para permanecer razonablemente igual a sí mismo a pesar de los cambios en los parámetros ambientales o en los efectivos de las poblaciones por razones externas al propio sistema (cambios climáticos, destrucción de organismos por agentes imprevistos, etc.)"[671]. Dicho en palabras de Krebs, "la estabilidad es un concepto dinámico que se refiere a la capacidad de un sistema para compensar las alteraciones"[672]. En consecuencia, la estabilidad se relaciona con las posibilidades del ecosistema de resistir a las perturbaciones externas, de origen natural como la sucesión, o por la explotación humana del medio[673].

Es la estabilidad del ecosistema el bien jurídico-penal que debe orientar la criminalización de los delitos ambientales. La estabilidad es el atributo del ecosistema que le permite subsistir en el tiempo y en el

---

[669] PERIS RIERA, Jaime Miquel. *Delitos contra el medio ambiente*, Univ. de Valencia, Valencia, 1984, p. 28, nota 37, citando a FERRARI.

[670] En igual sentido, la STC 102/1995, de 26 de junio, fundamento de derecho 6.

[671] RAMOS, Angel (Coord). *Diccionario de la naturaleza*, p. 391, existe un segundo sentido de la expresión "estabilidad", referido a "la constancia numérica alcanzada por los ecosistemas en el transcurso de la sucesión". Empero, tal dirección del concepto carece de relevancia para efectos de esta monografía.

[672] KREBS, Charles J. *Ecología. Análisis experimental de la distribución y abundancia*, Pirámide, Madrid, 1986, p. 571.

[673] PARRA, Fernando. *Diccionario de ecología, ecologismo y medio ambiente*, p. 142.

espacio, permitiendo de ese modo la vida en condiciones naturales. Entendida como la capacidad o las posibilidades del ecosistema de resistir a las perturbaciones externas, de origen natural[674] o humana, el concepto de estabilidad es plenamente acorde con las necesidades de protección penal. Por cierto, esa capacidad de resistencia no puede verse perturbada por cualquier actividad humana, sino por aquellas que al generar un gran impacto ambiental disminuyen las condiciones que permiten la estabilidad, es decir que alteran negativamente la composición del agua, de la atmósfera o de los suelos, o disminuyen la biodiversidad.

De esta forma, las conductas bagatelares son inidóneas para poner en riesgo la estabilidad, pues el ecosistema tiene un margen de resistencia que, ante las afecciones, le permite acercarse nuevamente a un punto de equilibrio determinado que le sirve de referencia. En tal sentido, la estabilidad introduce en el ecosistema un grado importante de flexibilidad ante las actividades humanas que afectan al entorno natural, dado que le permite enfrentar parte del impacto causado por la industria, los hábitos de consumo u otras actividades. Por ello, la estabilidad del sistema natural no es un modelo ideal o idealizado como el de equilibrio, sino que constituye una realidad demostrada y delimitada científicamente.

Empero, como bien se ha advertido, la capacidad de resistencia tiene un límite y sin duda no es labor del jurista aventurarse en la determinación de éstos. La identificación de tales linderos debe ser fruto de una específica y continua labor científica. Específica porque ningún ecosistema es igual a otro, lo cual exige un estudio sistemático e individualizado de cada sistema natural, sin perjuicio de poderse obtener conclusiones de valor general, de allí que se justifique la capacidad normativa de las Autonomías y de los Gobiernos locales en materia ambiental. Asimismo, debe ser continua dado que todo ecosistema se halla

[674] La perturbaciones de origen natural son irrelevantes para el DP desde el propio concepto de "comportamiento" o "acción" en sentido penal, por lo que en adelante sólo me refiero a las de origen humano.

en constante evolución, de modo que los límites pueden variar a lo largo del tiempo haciendo necesaria su actualización. En tal línea de ideas, estos límites precisan el grado de resistencia de un ecosistema ante las perturbaciones externas, es decir que permiten conocer cuando se conserva y cuando se destruye la estabilidad.

Técnicamente definidos, los límites se encuentran recogidos, principalmente, en la legislación administrativa del Gobierno Central y sus Ministerios, de las Comunidades Autónomas y de los Ayuntamientos o Municipios. A su vez, en el caso español se observa en el terreno comunitario una constante preocupación de la UE por uniformizar, mediante Reglamentos y Directivas armonizadoras, los límites que imponen los Estados miembros. Dichas disposiciones, conocidas generalmente como "límites de tolerabilidad", tienen la función de delimitar el riesgo permitido, es decir los linderos entre las actividades prohibidas y permitidas[675].

Como he precisado más arriba, el DP no puede ser ajeno a esta regulación por razones de fragmentariedad, subsidiaridad y utilidad. Por ende, a fin de construir la prohibición penal tomando en cuenta los límites de tolerabilidad, se impone el uso de normas en blanco que se remitan a la regulación no penal que los recogen, en su dimensión comunitaria, nacional, autonómica o local. Sin embargo, no puede entenderse que el delito queda consumado con la mera infracción de dichos límites, pues ello equivaldría a identificar el injusto penal con un simple disvalor administrativo y por lo tanto proteger, como JAKOBS, la vigencia de la norma.

La fuerza del principio de lesividad exige un disvalor de resultado, es decir un juicio cierto sobre la lesión o puesta en peligro de la estabilidad del ecosistema. En tal comprobación tiene importancia el dato de haberse violado los límites permitidos, pero éste es por sí mismo insuficiente para juzgar la lesividad, pues tales límites constituyen sólo un in-

---

[675] HEINE, Günter. "Accesoriedad administrativa en el DP del medio ambiente", p. 292.

dicio por su valor relativo. Ciertamente, ellos se determinan realizando un pronóstico del impacto ambiental que podrían causar las actividades humanas sobre un medio natural dado, para lo cual se recurre a datos estadísticos, experiencias pasadas, informes técnicos y científicos, etc. Empero, como en toda prognosis existen márgenes de error, ignorancia o desconocimiento, pudiendo suceder que, por las especiales condiciones ambientales, la infracción del límite no implique lesionar la estabilidad del ecosistema.

De esta forma, aunque haya lugar a una sanción administrativa, la reacción penal debe operar sólo cuando se lesione o ponga en riesgo la estabilidad del ecosistema. Por ello es importante que la ley penal en blanco, como exige la doctrina y el TC[676], contemple no sólo el reenvío sino también el núcleo esencial de la prohibición penal. De este modo, en la criminalización de las conductas debe quedar reflejado el disvalor de resultado, es decir la exigencia típica de que los actos sean capaces, cuando menos, de poner en peligro el bien jurídico-penal estabilidad del ecosistema. Esta reflexión pone de relieve el significado y valor de los tipos de peligro abstracto y de peligro hipotético o abstracto-concreto, problemática que se analizará posteriormente.

2.2.2. Dimensión nacional e internacional del bien jurídico-penal

La interacción sistémica de los elementos mediales aire, agua y suelos (atmósfera, hidrosfera y litosfera), conjuntamente con los elementos bióticos flora y fauna, permite la estabilidad del ambiente natural, con lo cual ésta última puede afectarse en tanto se perjudique alguno o varios de los elementos que la sostienen. En consecuencia, el **objeto material** de los delitos que afectan la estabilidad del ecosistema está constituido por el aire, las aguas, los suelos, la flora y la fauna, de modo que los tipos penales deben instrumentarse en función de las conductas que lesionen

[676] Vid. la STC 127/1990, de 5 de jul, fundamento jurídico 3, relativa al delito de contaminación ambiental del art. 347 bis del trCP. También la STC, Sala 2ª, 62/1994, de 28 de feb, fundamento jurídico 3º.

o pongan en peligro dichos elementos, sea en su conjunto o aisladamente, espacio en el cual cobran relevancia las regulaciones no penales que imponen el respeto de determinados patrones de calidad, incolumidad o existencia de bienes ambientales, tanto a nivel local, autonómico, nacional y comunitario europeo en el caso español.

En esta última línea apuntada, debe tenerse presente que el carácter normativo de la estabilidad que se desea garantizar, en tanto objeto de tutela jurídico-penal, exige tener en cuenta en el caso de España una doble expresión del bien jurídico: una nacional y otra comunitaria. Evidentemente el ambiente natural no conoce fronteras.

Ciertamente, la posibilidad de hacer propia una respuesta positiva implica la superación de múltiples inconvenientes, que bien pueden derivar del respeto a los principios de soberanía, territorialidad, legalidad, entre otras garantías, de modo que el actual desarrollo del DP impide predicar la existencia de una jurisdicción mundial capaz de juzgar los actos antiambientales[677], por lo que sólo resta conformarse con los modestos y casi retóricos desarrollos en el terreno del DP internacional y del derecho internacional penal, tendientes a instrumentar concretas alternativas, tales como la extradición, la ampliación de las fórmulas de extraterritorialidad, tribunales y leyes penales internacionales, etc., alternativas que no satisfacen totalmente las necesidades ambientales de los tiempos actuales.

Empero, considero que los esfuerzos realizados en el ámbito de la Unión Europea, en orden a la armonización de las disposiciones ambientales de los Estados miembros, constituye un importante avance de cara a la protección del ambiente comunitario europeo, entendido no sólo como la sumatoria de los entornos nacionales, sino como la integración equilibrada y dinámica de los mismos. Esta realidad normativa,

---

[677] Apenas, de *"lege ferenda"*, el citado Proyecto de Estatuto del Tribunal Penal Internacional de la AIDP propone, mediante el art. XIX y el anexo 1, *ítem* 18, someter a la Jurisdicción supranacional el juzgamiento de los delitos ambientales

como he evidenciado con detalle, tiene la virtud de ejercer influencias positivas y negativas en la legislación penal española, lo que a mi entender permite concluir que una protección penal ambiental, acorde con los requerimientos de la época y la regulación de la UE, no puede conformarse con la sola y aislada tutela nacional[678], sino que debe extenderse al terreno comunitario.

Como indica PRATS CANUT, la política ambiental destaca la necesidad de redimensionar las soluciones básicas a escalas territoriales amplias, a nivel nacional e incluso supranacional, pues la degradación afecta a todos los Estados y la regulación disímil puede crear injustificadas situaciones de desigualdad para la competencia en el mercado, de modo que, concordante con el principio de solidaridad colectiva previsto en el art. 45 de la CE, la territorialidad debe ceder a la extraterritorialidad, sin que ello implique cerrar los ojos a las específicas necesidades de cada zona[679].

Empero, si creo posible y necesario renovar el contenido material del **bien jurídico-penal** para reconocer o introducir en el mismo el **aspecto comunitario** de la estabilidad del ecosistema, de la mano con la clásica expresión nacional o intramuros. En esta perspectiva, constituye un obstáculo real la inexistencia de un DP comunitario en sentido propio, ausencia que, al margen de su valoración positiva o negativa, impide una protección integral y uniforme del ambiente de la UE. Esta concepción del bien jurídico y del objeto material del delito, debe que-

---

[678] Baste con reproducir el sentido de la recomendación Nº 10 de la Resolución del XII Congreso Internacional de DP, Sección II, celebrado en Hamburgo del 16 al 22 de sep. de 1979, en la cual se reconoció que "La protección del ambiente en el plano nacional no basta", Vid. la trad. de José Luis De La Cuesta Arzamendi del texto de la Resolución, en: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis/ FERNÁNDEZ CASADEVANTE, Carlos (Eds.). *Protección internacional del medio ambiente y derecho ecológico*, p. 317.

[679] PRATS CANUT, José. "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", en: Quintero Olivares, Gonzalo (Dir.). *Comentarios a la PE del DP*, Pamplona, Aranzadi, 1996, pp. 864-865.

dar reflejada en la interpretación de los tipos penales, razón por la cual ha de depurarse los supuestos en los que el derecho comunitario puede completar la norma penal el blanco, y delinearse las posibles soluciones que permiten enfrentar los conflictos entre el ordenamiento supranacional y el del Estado. En consecuencia, la protección penal de la estabilidad del ecosistema comunitario ha dejado de ser un asunto retórico o de *lege ferenda* y se ha convertido en una cuestión de actualidad, predicable de *lege lata*.

Sin embargo, esta situación ha de valorarse apenas como el principio de la respuesta penal comunitaria frente a la degradación del entorno, inicio al que espero sucedan otras medidas más específicas e intensas como podría ser la celebración de un Tratado Internacional con el fin de armonizar la protección penal ambiental en la UE, similar al existente en materia de intereses financieros de las Comunidades y que ha sido recepcionado por el legislador del nuevo CP. Ello se presagia ya, desde la Recomendación de las Comunidades "sobre los delitos contra el medio ambiente" de 1993.

2.3. MERECIMIENTO Y NECESIDAD DE PROTECCIÓN PENAL

2.3.1. Merecimiento de pena

Actualmente la importancia de preservar el ambiente como una de las mejores aportaciones para elevar la calidad de vida de los ciudadanos no es discutida por nadie, siendo objeto de diferencias únicamente el alcance de la defensa, los medios a utilizar y el difícil equilibrio y ponderación con otras exigencias de la cultura industrial[680].

En orden al merecimiento de pena, el carácter valioso de la estabilidad se debe a que permite la conservación del ecosistema, y por ende la existencia y desarrollo en el planeta de todas las formas de vida en

[680] MORILLAS CUEVA, Lorenzo. "La contaminación del medio ambiente como delito. Su regulación en el DP español", en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Nº 92, 1989, p. 145.

condiciones naturales, humanas o no, presentes y futuras. De esta manera, las perturbaciones que sufre la estabilidad por la actividad humana, pueden originar la extinción o la contracción de un ecosistema, con graves consecuencia para las posibilidades de vida en el planeta[681].

Este significado socialmente dañoso de las vulneraciones constituye el primer pilar que fundamenta el merecimiento de pena[682]. Pero a ello se añade que la estabilidad del ambiente natural constituye una condición indispensable para el desarrollo libre y digno de los individuos en sociedad[683], pues permite la vida humana, la salud sico-física, la recreación, la realización de actividades industriales o de explotación de recursos, entre otras opciones de participación social, individual o colectiva. Por ende, la protección ambiental debe operar en cuanto fundamento existencial, presente y futuro, del ser humano[684].

En ese mismo sentido, el carácter trascendental de la estabilidad del ecosistema ha motivado su consideración como Derecho Humano de Tercera Generación y que, como exigencia del Estado Social[685], se

---

[681] La Exposición de Motivos de la LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del CP, que introdujo el art. 347 bis, señalaba: "La protección jurídico penal del medio ambiente, a pesar del rango constitucional que este bien jurídico de todos tiene, era prácticamente nula. La urgencia del tema viene dada por lo irreversibles que resultan frecuentemente los daños causados".

[682] Similar DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *Responsabilidad penal del funcionario por delitos contra el medio ambiente (una contribución al estudio de la responsabilidad penal omisiva de los funcionarios públicos por delitos contra el medio ambiente)*, FDUCM/CEJ del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 67.

[683] PIERANGELLI, José Henrique. "Ecología, polución y DP", en: *DoP*, Nº 21, 1993, p. 71.

[684] ESER, Albin. "Derecho ecológico", en: *Revista de Derecho Público*, Nº 100-101, 1985, pp. 610-613, 614-615.

[685] PRATS CANUT, José Miguel. "Análisis de algunos aspectos problemáticos de la protección penal del medio ambiente", en: Varios autores. *La protección penal del medio ambiente*, Coda/Aedenat, Madrid, 1991, p. 53.

refleje en el máximo nivel de nuestro ordenamiento jurídico, en el art. 2.22 de la Cons. como derecho fundamental, y del español, en el art. 45 de la CE que incluso le ordena al legislador, en el pf. 3, recurrir a las sanciones penales[686] para proteger el ambiente natural, pero en función de las exigencias de dignidad humana y libre desarrollo de la persona previstas en el art. 10.1[687]. Similar línea protectora, pero sin prejuzgar el recurso al DP, se evidencia en el Derecho de la UE, que instrumenta la tutela del entorno reforzando la orientación de la Carta Magna española.

De otra parte, el unánime sentimiento sobre la importancia de éste bien jurídico es tangible en la creciente constitucionalización del tratamiento ambiental en el mundo. Asimismo, en el terreno punitivo, merece poner de relieve la Recomendación de la UE "sobre los delitos contra el medio ambiente" de 1993[688] y la Propuesta de Convención sobre la protección del medio ambiente mediante el DP criminal de agosto de 1996[689]. También, el Consejo de Europa múltiples veces ha recomendado a los Estados europeos utilizar el DP con el fin de enfrentar los riesgos ambientales, tal como se describe en la ya citada Resolución Nº (77) 28 acerca de la contribución del DP a la protección del ambiente[690], en la Recomendación R. (81) 12 que enumera los principales delitos

---

[686] "El merecimiento de protección se confirma en España a nivel constitucional", señala DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. "Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente (Tit. XIII, L. II, PANCP 1983)", en: *DJ*, Vol 2, Nº 37-40, 1987, p. 883.

[687] PRATS CANUT, Miguel. "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", p. 865. Así también la STC 102/1995 de 26 de jun, fundamento de derecho 7.

[688] Comunicado de Prensa 10.550/1993 (Presse 209).

[689] HEINE, Günter. "El DP ambiental alemán y español: un estudio comparado desde la perspectiva de consideración de la futura convención europea sobre el DP del medio ambiente", en: *CPC*, Nº 63, 1997, pp. 653 y ss.

[690] El texto de la Resolución (77) 28 en: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis/ FERNÁNDEZ CASADEVANTE, Carlos (Eds.). *Protección internacional del medio ambiente y derecho ecológico*, pp. 311 y ss.

económicos de trascendencia europea[691], y en la Resolución Nº 1 de 1990 relativa a la protección del medio ambiente por el DP[692]. Con esto, desde los años sesenta, existe en Europa una creciente tendencia hacia la criminalización de los comportamientos que agreden el entorno, lo que es tangible, por ejemplo, en España, Francia, Inglaterra, Alemania, Italia, Suecia, Austria, Portugal, Holanda, Dinamarca, Noruega, Suiza y Grecia[693].

En semejante perspectiva, diversos organismos intergubernamentales e internacionales han desarrollado un papel dinámico en la promoción o adopción de acuerdos, recomendaciones o resoluciones que pretenden la instrumentación, a nivel interno de cada país, de sanciones penales en el sector ambiental[694]. Entre tales documentos figuran varios de los anteriormente citados: la Convención de Londres sobre la inmersión de residuos (1972), la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar (1982) y la Convención de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de residuos peligrosos y su eliminación (1989). Asimismo, las Resoluciones 45/121 de 1990 y su similar de 1995, adoptadas por el Octavo y Noveno Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, apelan al uso eficaz de sanciones penales para tutelar el entorno. En igual sentido se pronuncian las Resoluciones 1993/32 y otra de junio de 1994 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

---

[691] HERRERO HERRERO, César. *Los delitos económicos. Perspectiva jurídica y criminológica*, Ministerio del Interior, Madrid, 1992, pp. 443-444.

[692] El texto de la Resolución Nº 1 de 1990 en: Boletín de Información del Ministerio de Justicia. Suplemento del Nº 1569, jul. (Madrid 1990) pp. 55 y ss.

[693] DE LA MATA BARRANCO, Norbeto J. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 24.

[694] MOHAN PRABHU, C. R. *Coloquio sobre la PG del DP. Crímenes contra el ambiente*, versión mimeo, Otawa, 1992, pp. 4-5.

En semejante tendencia se inscriben las iniciativas de la AIDP, pues la recomendación 4 del XII Congreso Internacional de 1979 y la Resolución de la Sección I del XV Congreso realizado en 1994[695], se decantan por el uso del DP ambiental, señalando algunas técnicas de tipificación en pro de su eficacia. Finalmente, en el ámbito procesal, el Proyecto de Estatuto del Tribunal Penal Internacional de la AIDP destaca la trascendencia internacional de los perjuicios ambientales, debido a lo cual propone, mediante el art. XIX y el anexo 1, *ítem* 18, someter a la Jurisdicción supranacional el procesamiento de los delitos ambientales[696].

De esta manera, la estabilidad del ecosistema se erige como una realidad merecedora de protección penal porque la lesividad social de sus afecciones y su esencialidad para el desarrollo del individuo, tienen plena relevancia en CE, en el Derecho de la UE y en el plano internacional. Pero, como se ha advertido, esa relevancia se plantea desde una perspectiva acorde con el desarrollo sostenible y manteniendo una orientación eco-antropocéntrica, de modo que la estabilidad del ecosistema sólo tiene sentido para el DP si se vincula a las necesidades existenciales de los sujetos[697], lo que no es óbice para que, en determinadas ocasiones, pueda protegerse como fin en sí mismo, desde una visión ecocéntrica pero que a la vez refleje un interés estético o paisajístico humanamente reconocible. En todo caso, carecen de valor penal los enfoques estrictamente ecocéntricos, como el de Eser, cuan-

---

[695] El texto de la resolución en: AIDP. *Xvème Congrès International de droit penal*, *RIDP*, 1e et 2e trimestres 1995, pp. 74 y ss.

[696] El texto del Estatuto en: BASSIOUNI, Cheriff. *Proyecto de estatuto del tribunal penal internacional*, 2ª ed. Trad. de José Luis De La Cuesta Arzamendi, AIDP, Érès 1993, pp. 253 y ss.

[697] Insisten en esta dirección: DE LA MATA BARRANCO, Norberto. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa*, pp. 51-57; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. "Responsabilidad penal y "nuevos riesgos": el caso de los delitos contra el medio ambiente", en: *AP*, Nº 10, 3-9 de mar. 1997, pp. 219-220.

do postula se reconozca a las entidades ambientales como sujetos de derecho[698].

Consecuentemente, el ambiente natural se protege no como realidad ideal o intangible, sino como ambiente del ser humano, sobre el que éste tiene un poder de actuación autorresponsable[699]. De allí que el juicio sobre el merecimiento de pena obedezca a una doble función protectora o función de protección ambivalente, según la cual se protege la estabilidad del ecosistema de las agresiones "del" hombre, para "el hombre"[700]. Ciertamente, como señala la STC 102/1995 "en el caso del medio ambiente se da la paradoja de que ha de ser defendido por el hombre de las propias acciones del hombre, (...) en beneficio también de los demás hombres y de las generaciones sucesivas"[701]. Asimismo, como expresa el TS, la protección del ambiente constituye un objetivo irrenunciable como defensa de la vida de los habitantes[702], "se ha convertido en una auténtica prioridad social en cuanto que incide en la propia supervivencia humana, y de

---

[698] ESER, Albin. "Derecho ecológico", p. 616; EL MISMO. "La tutela penale dell'ambiente in Germania", p. 246. Antes bien, en la doctrina y en el Derecho comparado es permanente la discusión sobre la conveniencia de erigir una tutela penal del ambiente natural en sí mismo, Vid. HEINE, Günter. "DP del medio ambiente. Especial referencia al DP alemán", en: *CPC*, N° 61, 1997, p. 53; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Política criminal y técnica legislativa en materia de delitos contra el medio ambiente", en: *CDJP*, N° 4-5, 1996, pp. 144-145.

[699] DE LA MATA BARRANCO, Norberto. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa*, p. 52, citando a STEINDORF.

[700] Parafraseando a RODAS MONSALVE, Julio César. *Protección penal y medio ambiente*, p. 135.

[701] STC 102/1995 de 26 de jun, fundamento de derecho 7º.

[702] STS, Sala 2ª, de 30 de nov de 1990, fundamento de derecho 12º, 1. En similar sentido: STS, 538/1992, Sala 2ª, de 11 de mar de 1992, fundamento de derecho 3º. SAP de Zaragoza, Sec 3ª, de 27 de mayo de 1994, fundamento de derecho 1º. SJP Nº 11 de Sevilla, de 21 de dic de 1992, fundamento de derecho 9º.

vida, dada la trascendencia de los bienes en juego" como indica la AuP de Vizcaya[703].

2.3.2. Necesidad de pena

Otras matizaciones, sin embargo, corresponden al juicio sobre la necesidad de pena. Como señalé antes, ésta existe sólo cuando los medios extrapenales son incapaces de dispensar una adecuada protección al bien jurídico y siempre que la pena sea útil para motivar la inhibición de las conductas que lo lesionan o ponen en peligro. Evidentemente, una exhaustiva evaluación de estos requerimientos implica, por una parte, revisar prudentemente los alcances y límites de la tutela instrumentada extramuros al DP, y por otra, conocer la realidad criminológica de la delincuencia ambiental[704] en Perú y España. Empero, tales derroteros de estudio escapan a los objetivos de la presente investigación[705].

Pese a los importantes inconvenientes de que el constituyente español haya prejuzgado con alcance general la necesidad del recurso penal en la protección ambiental, no puede obviarse la fuerza normativa del mandato positivo de criminalización previsto en el art. 45.3 de la CE cuando señala: *"se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas"*. En tal sentido y partiendo de este precepto, el TS señala que "se comprende la necesidad de dotar a estos intereses colectivos, que afectan a todos y cada uno de los ciudadanos, del máximo de protección

---

[703] SAP de Vizcaya, Sec 3ª, de 9 de feb de 1995, fundamento jurídico 4º.

[704] Teniendo como objeto de estudio la realidad del Perú, anteriormente me he aventurado en ésta empresa, Vid. CARO CORIA, Dino Carlos. *La protección penal del ambiente*, BMU, Lima, 1995, pp. 93-238. En tal oportunidad creo haber constatado una verdadera «huida hacia el DP» en la tutela del medio, conclusión que ha motivado reacciones encontradas, como la sostenida por Aldo FIGUEROA, en la recensión publicada en: *Anuario de DP*, Lima, 1996, pp. 131-137.

[705] En todo caso, Vid. los acercamientos de RODAS MONSALVE, Julio César. *Protección penal y medio ambiente*, pp. 135-140, 150-161; DE LA MATA BARRANCO, Norberto. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa*, pp. 26-39.

que otorga el DP y que sólo puede ser aceptado en cuanto dispone del consenso de la generalidad"[706].

A su vez, un mayoritario sector doctrinal entiende que dicha norma es directa y rotunda sobre la necesidad de protección penal, y exime de razones político criminales en favor de dicha tutela y de referencias a testimonios políticos y científicos internacionales en tal sentido[707]. En igual sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI llega incluso a proclamar que "Si alguna controversia pudiera existir acerca de la necesidad o no de la tutela penal del ambiente, el texto constitucional (...) ha resuelto en sentido positivo la cuestión"[708].

Sin embargo, como bien precisa la sentencia de primera instancia del caso "Doñana", "resulta evidente que nuestra Constitución establece la obligatoriedad de la intervención del DP para proteger el medio ambiente. Pero, si bien esta afirmación no plantea dudas, la delimitación del carácter principal o subsidiario con respecto al Derecho Administrativo plantea una viva polémica en la doctrina española"[709]. En tal línea de ideas y como he fundamentado antes, el mandato del art. 45.3 debe interpretarse en concordancia con los principios de mínima inter-

---

[706] STS, Sala 2ª, de 30 de nov de 1990, fundamento de derecho 12º, 2.

[707] RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. "Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España", en: *EPC*, Nº V, 1982, pp. 292-293. En similar sentido: SÁNCHEZ-MIGALLÓN PARRA, María Victoria. "El bien jurídico protegido en el delito ecológico", en: *CPC*, Nº 29, 1986, p. 335; CARMONA SALGADO, Concha. "Los delitos contra el medio ambiente", en: Cobo Del Rosal, Manuel (Dir.). *Manual de DP. PE*, Vol IV, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994, p. 177; GALLARDO RUEDA, Alberto. "Protección penal del medio ambiente. Cuestiones generales", en: *CPC*, Nº 47, 1992, p. 615; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. "Introducción al delito ecológico", en: Terradillos Basoco, Juan (Coord). *El delito ecológico*, Trotta, Madrid, 1992, p. 15.

[708] DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. "Protección penal de la ordenación del territorio y del ambientep. 883.

[709] SJP Nº 11 de Sevilla, de 21 de dic de 1992, fundamento de derecho 13º.

vención[710] del DP, especialmente los de fragmentariedad, subsidiaridad u utilidad.

Efectivamente, el precepto constitucional "parte pues de la necesidad de proteger penalmente el medio ambiente, sin perjuicio de hacer más adelante precisiones también político criminales, pero que no cuestionan directamente tal necesidad"[711]. Por ello, cuando el art. 45.3 habla de "sanciones penales o, en su caso, administrativas", "supone (...) proporcionar una opción al legislador para que opte por una u otra, de acuerdo con la línea político criminal que considere más adecuada"[712], de modo que es posible privilegiar la actividad sancionadora de la Administración y, subsidiariamente, instrumentar el recurso penal[713].

Consecuentemente, el mandato criminalizador de la CE debe considerarse apenas como un *juicio inicial* acerca de la necesidad de pena, el cual debe completarse tras advertir la imposibilidad de los medios de control no penales para controlar los riesgos ambientales, sumado al pronóstico sobre la utilidad preventivo general de la pena en esa dirección[714]. De esta manera, podrá erigirse la protección penal en función de criterios de mínima intervención.

---

[710] CARMONA SALGADO, Concha. "Los delitos contra el medio ambiente", p. 177.

[711] RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. "Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España", p. 293, nota 8. Infringir el mandato criminalizador puede constituir, para el autor, un caso de anticonstitucionalidad "por omisión" (p. 294).

[712] ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier. "Bien jurídico y Constitución", en: *CPC*, Nº 43, 1991, pp. 32-33, nota 107.

[713] La Exposición de Motivos del PCP92 iba más allá, al entender que "el mandato constitucional también se hubiera podido satisfacer a través exclusivamente del derecho administrativo".

[714] Similar PRATS CANUT, José Miguel. "Análisis de algunos aspectos problemáticos de la protección penal del medio ambiente", pp. 55-58.

Decantada convenientemente esta cuestión constitucional, debe resaltarse además que es minoritario el sector doctrinal que pone en duda la necesidad de pena y expresa su escepticismo frente al DP ambiental, sosteniendo la ineficacia[715] y el negativo carácter simbólico, o de engaño, inherente a la criminalización[716]. Sin embargo, mayori-

---

[715] Tangible sin discusión en las estadísticas que reflejan la escasa persecución por el delito de contaminación ambiental del derogado art. 347 bis. DE VEGA RUÍZ, José. "El presente y futuro del delito ecológico", en: *LL*, Vol 1, 1992, p. 1042, calculó la cifra oculta en 95%, al indicar por mero sentido común, pues no cita fuente o estudio alguno, que sólo el 5 por 100 de las agresiones se denuncian. Al margen de la certeza de esta estimación, la existencia de una cifra negra es evidente, pues con datos de 1984 a 1991 RODAS MONSALVE, Julio César. *Protección penal y medio ambiente*, p. 161, constató el creciente aumento en el número de denuncias, de 23 a 681 en ese período, pese al estancamiento entre 1986 y 1989, empero verificó que en 1991 sólo se iniciaron 161 procesos. Por su parte, VERCHER NOGUERA, Antonio. "Visión jurisprudencial sobre la protección penal del medio ambiente", en: *AP*, Vol 1, 1995, pp. 35-36, en base a un rastreo empírico, calculó en 50 el número de sentencias hasta inicios de 1995, cifra que incluye las absolutorias y condenatorias procedentes del TS, AuP y JuP. No obstante, en 1995 se calculó oficialmente que sólo existían de 40 a 50 sentencias condenatorias en las instancias inferiores, Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Memoria 1995*, Madrid, p. 673. Ahora bien, con certeza, hasta 1995 el TS se ha pronunciado sólo en 5 casos, y hasta 1994 el TC enfrentó en dos oportunidades asuntos de DP ambiental.

[716] En la doctrina española: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Necesidad de pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente", en: *Pena y Estado*, Nº 1, sep-dic., Barcelona, 1991, pp. 104-109; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. "Delito ecológico y función simbólica del DP", en: Terradillos Basoco, Juan. *El delito ecológico*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 58-65. En Alemania: WOLF, Paul. "Megacriminalidad ecológica y derecho ambiental simbólico. Una intervención iusfilosófica en el sistema de la organizada irresponsabilidad", en: *Pena y Estado*, Nº 1, sep-dic., Barcelona 1991, p. 122; HASSEMER, Winfried. "DP simbólico y protección de bienes jurídicos", en: *Ibid*., pp. 23 ss.; EL MISMO. "Umweltschutz durch Strafrecht?", en: *Neu Kriminalpolitik*, 1989, pp. 46-49; HEINE, Günter. "Accesoriedad administrativa en el DP del medio ambiente", p. 290, notas 2-3, pone de relieve el escepticismo de BACKES, ALBRECHT, MATTERN, SCHEERER, STANGL/STEINERT, HAMM, MEINBERG, RÜTHER, a quienes se suman HERZOG y LUDERSSEN.

tariamente se acepta la necesidad de protección penal pues, por una parte, se reivindica la idoneidad del control penal[717], mientras que por otra se constata la insuficiencia de los medios de control informales, como la educación o el mercado, y formales, especialmente por las limitaciones preventivas del Derecho administrativo y el carácter meramente indemnizatorio del Derecho civil asentado en el principio contaminador-pagador[718].

En tal dirección, se sostiene con sumo acierto que la protección del ambiente pasa ineludiblemente por una acción integrada desde los diversos ámbitos, que ni tan siquiera son exclusivamente de cariz jurídico, de modo que la tutela penal debe ser tributaria de la instrumentada fuera de su ámbito, por razones de DP mínimo[719]. A tal juicio se suma el legislador ya desde la LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del CP, al concluir en la Exposición de Motivos que "unos preceptos penales no han de poder por sí solos lograr la desaparición de toda industria o actividad nociva para las personas o el medio ambiente; pero también es evidente que cualquier política tendente a introducir rigurosidad en ese problema requiere el auxilio coercitivo de la ley penal". En es misma perspectiva, la Exposición de Motivos del PCP94 y la del nuevo CP, precisan que la protección penal del ambiente enfrenta "la antinomia existente en el principio de *intervención mínima* y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja"[720].

---

[717] DE LA MATA BARRANCO, Norberto. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa*, pp. 31-39.

[718] TERRADILLOS BASOCO, Juan. "Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", p. 40-42; EL MISMO. "Protección penal del medio ambiente en el nuevo CP. Luces y sombras", pp. 294-301; EL MISMO. "Tutela penal del medio ambiente", en: *DP de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 197-202.

[719] PRATS CANUT, Miguel. "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", p. 863.

[720] Cursiva mía.

Igualmente, el sentido de *ultima ratio* ha sido reivindicado por la jurisprudencia del TS, al afirmar categóricamente que el DP en virtud "del principio de intervención mínima actúa de forma accesoria y subsidiaria del derecho administrativo más en una materia como ésta tan sujeta a una compleja protección de este ordenamiento, lo que supone la previa infracción de normas administrativas antes de dar paso a la sanción penal que, por otra parte, supone atentado medio ambientales de cierta gravedad"[721]. Asimismo, refiriéndose al DP ambiental, precisa la AuP de Sevilla que "La norma penal se reserva, como consecuencia del principio de intervención mínima, para las conductas más graves; siendo las normas administrativas las que han de asumir el papel primario, a través de una regulación tanto preventiva como sancionadora. Hay consenso generalizado en que el criterio de la gravedad es el más seguro para la distinción entre los ilícito penales y los administrativos cuando afectan a un mismo bien jurídico"[722].

Dados estos argumentos, considero que si bien no se concibe una política ambiental basada exclusivamente en la represión penal, sí lo sería una de carácter preventivo que solamente contase con sanciones extrapenales, pero ante la creciente degradación del medio el DP no puede permanecer inmutable en España[723], pues su enfrentamiento *necesita* de todos los instrumentos jurídicos, entre ellos, como ultima ratio, el control penal[724]. Antes bien, para dotar de una mayor instru-

---

[721] STS 538/1992, Sala 2ª, de 11 de mar de 1992, fundamento de derecho 3º.

[722] SAP de Sevilla, Sec. 4ª, de 12 de julio de 1993, fundamento jurídico 14º, caso "Doñana". En igual línea se inscribe la resolución recurrida, la SJP Nº 11 de Sevilla, de 21 de dic de 1992, fundamento de derecho 13º.

[723] A la conclusión contraria arribé anteriormente pero limitándome, de modo exclusivo y excluyente, a la realidad del Perú, Vid. CARO CORIA, Dino Carlos. *La protección penal del ambiente*, pp. 229-238.

[724] MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, José Antonio. *DP y protección del medio ambiente*, p. 83. Aunque la referencia a la degradación (dañosidad social) es un argumento sobre el merecimiento de pena, justifico la llamada a éste autor porque refuerza la **necesidad** de recurrir a todos los medios para defender el ambiente. Se trata pues de un típico caso, donde el merecimien-

mentalidad al DP, debe renunciarse a proyectos político criminales bastante ambiciosos que anteladamente están condenados a fracasar, y en cambio reconocer que el recurso penal es poco apropiado para prevenir situaciones de peligro o flanquear objetivos políticos, de modo que debe centrar sus objetivos en una represión limitada y excepcional de los más graves atentados[725].

Indudablemente, un sustancial avance en la perspectiva aquí defendida significa la puesta en vigor de un nuevo CP que reforma sustancialmente los delitos que atentan contra la estabilidad del ecosistema. Efectivamente, pese a las críticas que viene motivando[726], la nueva regulación supera ampliamente las limitaciones del derogado art. 347 bis y del amasijo de delitos contemplados en la legislación sectorial. En tal sentido, se aprecia el ánimo de dispensar al entorno un tratamiento penal unitario y acorde con las exigencias de la CE, lo que se constata, por ejemplo, en la ampliación del catálogo de infracciones y límites de la sanción en algunos casos, sumado a una relativa mejora en las técnicas de tipificación.

Sin embargo, es evidente que la eficacia penal depende no sólo de un adecuado proceso de creación normativa, pues quizás lo más importante radica en la orientación de los procesos de criminalización secundaria, momento en el suele apreciarse los principales déficits de la protección penal del ambiente, por innumerables razones que se asemejan a las estudiadas en el ámbito del DP económico para denunciar su ineficacia instrumental, asociada al fortalecimiento de una indeseada función simbólica negativa o de engaño.

---

to de pena justifica o motiva la necesidad de pena, Vid. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito", en: *ADPCP,* 1993, pp. 26-33.

[725] RODAS MONSALVE, Julio César. *Protección penal y medio ambiente*, p. 161.

[726] Vid. por todos el comentario sistemático dirigido por TERRADILLOS BASOCO. Juan. *DP del medio ambiente*, passim.

No obstante, aunque sea tentador, es aún prematuro para juzgar o prejuzgar los alcances y límites instrumentales de la reforma penal ambiental. En tal sentido, considero más oportuno corroborar las posibilidades de eficacia del DP a través de medidas intrasistemáticas y extrasistemáticas. Desde el terreno penal, explotando dogmáticamente el sentido de la ley en pro de interpretaciones y soluciones que, respetando los principios de mínima intervención, refuercen la tutela del bien jurídico. Asimismo, es conveniente aun evaluación constante de la operatividad real de los nuevos preceptos, objetivo que no se limita a la revisión de las estadísticas y resultados jurisprudenciales, pues implica acercarse también al funcionamiento del Poder Judicial, el Ministerio Fiscal, las instancias policiales, asociaciones ecologistas y abogados, así como a las estimaciones cuantitativas y cualitativas de la cifra oculta, en orden a confirmar y pretender las necesarias reformas que actualmente pueden ya intuirse o sospecharse.

De otra parte, extrasistemáticamente radican a mi juicio los principales frenos para el logro de los fines preventivo-penales. Ciertamente, los poco explotados medios informales, como la educación o las técnicas de mercado que sin duda albergan grandes limitaciones por la ausencia de reacciones formalizadas de control, adecuadamente orientados pueden contribuir notablemente al reforzamiento de hábitos de consumo o actitudes empresariales menos lesivas para el bien jurídico. A su vez, en el terreno jurídico debe tenerse presente que la actividad controladora y sancionadora de la Administración no puede hacer milagros en el plano preventivo si no va acompañada de los instrumentos necesarios, tales como: 1) La creación de una Autoridad Nacional en materia ambiental, promotora de la política ambiental española y en coordinación con las locales, autonómicas, y comunitarias[727]; y, 2) La puesta en vigor

[727] Sobre esta necesidad Vid. ORTEGA ALVAREZ, Luis. "Organización del medio ambiente: la propuesta de una autoridad nacional del ambiente", en: A.A.V.V. *Estudios sobre la CE. Homenaje al prof. Eduardo García de Enterría*, T IV, Civitas, Madrid, 1991, pp. 3751 y ss.

de una Ley General del Ambiente[728], que aligeraría además múltiples problemas técnico-penales, relacionados principalmente con el respeto del principio de determinación y la concreción del riesgo penalmente permitido.

Con estas expresiones, apenas he querido recordar algunas de las medidas comúnmente señaladas, desde diferentes disciplinas, con el fin de avanzar en la tutela ambiental[729]. Antes bien, entiendo que la viabilidad o realización de estas, aportan importantes criterios para realizar un juicio responsable sobre la necesidad de utilizar el control punitivo en éste sector, de cara a evitar que la regulación del nuevo CP español o la de nuestro CP91, se conviertan en una «huida hacia el DP» o en simple «papel mojado». Desde luego, el programa penal ambiental no es panacea ni puede pretender un cambio sustancial en la sociedad, por ello depende directamente de la fuerza protectora articulada antes y fuera de sí.

Evidentemente nos hallamos ante un problema con alto contenido político[730], pero a la vez técnico[731]. Pero sólo en esta última dirección puede aspirarse, dogmáticamente, a indicar los derroteros del camino protector penal de la estabilidad del ecosistema, reemprendido por el legislador español mediante el nuevo texto legal de 1995.

---

[728] BOIX REIG, Javier/ JAREÑO LEAL, ÁNGELES. "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", en: Vives Antón, Tomás S. *Comentarios al CP de 1995*, Vol II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1593; MUÑOZ CONDE, Francisco. *DP. PE*, 11ª ed, p. 501; PRATS CANUT, José. "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", p. 864-865. En la jurisprudencia: SJP Nº 1 de León, de 16 de oct de 1991, fundamento de derecho 5º, SJP Nº 11 de Sevilla, de 21 de dic de 1992, fundamento de derecho 12º.

[729] Varias de ellas tratadas por ESER, Albin. "Derecho ecológico", pp. 619 y ss.

[730] PRATS CANUT, José. "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", p. 866.

[731] PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. "Sobre algunos problemas dogmáticos que plantea la punición de los delitos contra el medio ambiente", en: A.A.V.V. *La protección penal del medio ambiente*, Coda/Aedenat, Madrid, 1991, p. 145.

2.4. PRINCIPALES CARACTERES

2.4.1 El carácter sistémico-dinámico que permite la estabilidad, como dato ontológico sensible a la valoración penal

Como se ha observado, la protección de la estabilidad del ecosistema, como bien jurídico-penal, debe operar mediante el mantenimiento y mejora de aquellos elementos que lo hacen posible. Sin embargo, no debe perderse de vista que dicha estabilidad no deriva de la estática suma de los componentes del ecosistema, bióticos (flora y fauna) y abióticos (aire, agua, suelo) entendidos aisladamente, sino de la interacción armónica de los mismos, es decir como un sistema dinámico.

Evidentemente, la descripción del ambiente natural como una realidad sistémica y dinámica es ajena al mundo de las valoraciones jurídicas[732], pues se incardina en el ámbito del juicio científico de la ecología. En efecto, la ecología destaca del entorno su carácter sistémico al observar la interacción de sus componentes, entre los cuales operan complejas relaciones de recíproca interdependencia, de modo que el mantenimiento de un determinado recurso depende de la conservación de los restantes. Por ello se habla del "sistema ambiental", del "sistema ecológico"[733] o del "ecosistema", pues resulta imposible pensar en la estabilidad del medio natural sin la articulación sistemá-

---

[732] Ya GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", en: *Estudios de DP*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 140 y ss., demostró como la dogmática se convierte en un "acto de fe" cuando cuestiona los juicios filosóficos o sicológicos recaídos sobre sus propios objetos de estudio. Por tal motivo, GIMBERNAT planteó la necesidad de evitar razonamientos herméticos o puramente intrasistemáticos y el deseo de apostar por un sistema abierto al conocimiento científico en general.

[733] Expresión impropia si se pretende equiparar al concepto de "ecosistema", pues lo "ecológico" no es lo que se dice del medio natural, sino lo que se predica de la ecología como ciencia, Vid. la definición de "ecológico, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª ed., Tomo I, Madrid, 1992, p. 786.

tica de los diferentes recursos, es decir como un sistema, sistémicamente.

Pero tal sistema no es estático, el dinamismo es la otra nota característica de los medios naturales, dado que la interacción continua de sus elementos permite tanto su existencia, como su expansión en el tiempo y en el espacio. En consecuencia, los datos de sistematicidad y dinamismo se implican mutuamente[734], conformando un binomio unitario, pues constituyen las condiciones *sine qua non* que posibilitan la estabilidad merecedora y necesitada de protección penal, razón por la cual entiendo apropiada su consideración conjunta: carácter sistémico-dinámico[735].

Ahora bien, de cara a la valoración jurídico-penal de estos datos ontológicos, debe ponerse de relieve que la estabilidad del ecosistema implica una capacidad de resistencia frente a determinadas actividades humana nocivas, de modo que al ecosistema le es posible acercarse nuevamente a un punto de equilibrio ambiental que le sirve de referencia. En efecto, los elementos que conforman los ecosistemas, dada su conformación sistémica y dinámica, cuentan con mecanismos de

---

[734] En ecología se entiende que el dinamismo ambiental sólo es posible mediante la conformación sistémica de sus elementos, y viceversa, el dinamismo indicado permite que el sistema sea posible.

[735] Es discutible la apreciación de RODAS MONSALVE, Julio César. *Protección penal y medio ambiente*, p. 99, cuando se refiere al "carácter técnico-sistémico". Es cierto que la razón dinámica y sistémica del entorno, como datos ontológicos, son sensibles a múltiples juicios axiológicos, entre ellos el técnico, como bien le preocupa al autor citado, en orden a determinar los niveles de emisión e inmisión acordes con las posibilidades de autorregeneración del ambiente. Sin embargo, siendo aún discutible en la ciencia penal el valor de las categorías ontológicas, de cara al grado de funcionalización (normativización) de los conceptos dogmáticos, creo importante mantener clara la frontera entre lo valorativo y lo ontológico, la cual se difumina mediante el recurso a descripciones unitarias, como la de Rodas Monsalve, que fusiona lo normativo (técnico) y lo real (sistémico).

retroalimentación o *feedback*[736] que les permite su autorregeneración espontánea[737] ante determinados niveles de afección, sean de origen humano[738] o natural, en diversos períodos de tiempo.

En esa perspectiva, son ilustrativas las palabras de KORMONDY[739] cuando precisa que "Los ecosistemas son en gran medida entida-

---

[736] RAMOS, Angel (Coord.). *Diccionario de la naturaleza*, p. 434, precisa que se trata de un término inglés de uso generalizado, quizás por la poca eufonía de los equivalentes castellanos realimentación y retroalimentación.

[737] Es decir natural, advertencia no obvia si se tiene presente que en los últimos años la ciencia ha desarrollado importantes técnicas que permiten en muchos casos la pronta regeneración de los ecosistemas ante algunas formas de desastre, marco en el cual cobra sentido la fórmula premial del art. 340 del CP que idealmente tiene como presupuesto la posibilidad cierta de "reparar el daño causado", así como el precepto del art. 339 del mismo texto legal que permite la imposición judicial de medidas que permitan "restaurar el equilibrio ecológico". Sobre las citadas normas Vid. PRATS CANUT, José Miguel. "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", pp. 905-908.

[738] En la descripción del *feedback* RODAS MONSALVE, Julio César. *Protección penal y medio ambiente*, p. 99, privilegia la valoración antropocéntrica, pues se refiere a la "autorregeneración para enfrentar la presión antropogénica que incorpora, mediante nuevas técnicas y diferentes procesos sociales, nuevos elementos generando reacciones positivas y negativas, a veces imprevisibles". Esta percepción parcial es fruto de la fusión de los datos valorativos y ontológicos, pues omite tomar en cuenta la propia dinámica de los ecosistemas. Aunque la mayor fuente de degradación se concreta en las actividades humanas, no debe olvidarse que los desastres naturales (terremotos, inundaciones, etc.) también afectan la estabilidad ambiental. Antes bien, en el plano normativo dichos desastres son penalmente irrelevantes al no existir siquiera un comportamiento humanamente reconocible, aunque científicamente está demostrado que varios de esos fenómenos tienen su causa anterior en la actividad humana, piénsese por ejemplo en el calentamiento del planeta ante la ruptura de la capa de ozono o la lluvia ácida, ambas generadas por la contaminación de origen humano.

[739] KORMONDY, Edward J. *Conceptos de ecología*, 4ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 1985, pp. 23-24, también el Cap. 5 (Organización y dinámica de las comunidades ecológicas), pp. 171 y ss.

des autorregulables capaces de llevar a cabo un *feedback* (retroalimentación) de la información de la producción del sistema para controlar una futura entrada, llegando a alcanzar así un cierto grado de equilibrio u homeostasis[740]. Para mantener el estado de homeostasis, este *feedback* tiene que ser de tipo negativo de manera que regule un proceso (o una serie de sucesos) desconectándolo o haciéndolo más lento. Tal retroalimentación es el principio básico del termostato de una casa que "desconecta" el sistema de calefacción cuando la temperatura excede un nivel prefijado, permitiéndole funcionar cuando la temperatura está por debajo del nivel. Un *feedback* semejante tiene lugar en los ecosistemas a niveles inferiores: cuando un aumento de nutrientes sobrepasa un cierto nivel, el *feedback* impide un incremento mayor, sobre todo por medio de un equilibrio químico; cuando una población dada sobrepasa un cierto tamaño se desencadenan diversos mecanismos que disminuirán la producción"[741].

En esta línea de ideas, debe entenderse que aún cuando el ambiente natural y la armonía de sus elementos que permiten la estabilidad, pueden verse alterados negativamente por cualquier hecho o conducta lesiva, insignificante o catastrófica, sus propios dispositivos de *feedback*

---

[740] Para RAMOS, Angel (Coord.). *Diccionario de la naturaleza*, pp. 501-502, la homeostasis es el "mantenimiento de un alto grado de constancia en las funciones de un organismo o interacciones de individuos en una población o comunidad, bajo condiciones no estables del medio, gracias a la capacidad de los organismos para realizar ajustes complementarios".

[741] Por su parte, MERGALEF, Ramón. *Perspectivas de la teoría ecológica*, Blume, Barcelona, 1981, p. 10, el *feedback* puede enunciarse como "el mantenimiento de una constancia razonable del número de individuos". HARDESTY, Donald L. *Antropología ecológica*, Bellaterra, Barcelona, 1979, p. 284, lo entiende como "Una respuesta utilizada para controlar o mediatizar una futura respuesta". Finalmente, RAMOS, Angel (Coord.). Diccionario de la naturaleza, cit., p. 434, lo define como un "mecanismo que actúa en un proceso de modo que las salidas inciden sobre las entradas. El *feedback* puede ser negativo, con acción reguladora o inhibidora, o positivo, con acción aceleradora". Vid. también HAWLEY, Amos H. *Teoría de la ecología humana*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 129 y ss.

permiten en muchos casos, sin intervención humana, la restitución de las cosas al estado anterior de la afección.

Pues bien, dado los fines de esta investigación carece de interés abundar con profundidad en el problema del valor de los datos ontológicos en la ciencia penal[742]. Empero, ya con anterioridad me he alejado de los fundamentos del funcionalismo puro o radical de JAKOBS[743], y por ende la absoluta normativización de las categorías dogmáticas. Con ello, creo importante reivindicar en determinados casos la valía de los aspectos ontológicos, sin llegar por cierto al extremo defendido por WELZEL de entender que las categorías del ser condicionan siempre al legislador.

De esta manera y circunscrito a la defensa del ambiente, considero que es innegable el gran valor penal de la realidad que subyace al carácter sistémico-dinámico del ecosistema, que permite los procesos de *feedback* y por ende la estabilidad del ambiente natural que constituye el bien jurídico-penal. Efectivamente, como ya he puesto de manifiesto, considerando estos datos ontológicos es posible construir un modelo penal de mínima intervención que, reivindicando la antijuricidad material y la exigencia de un disvalor de resultado en el injusto[744], conduce a: 1) excluir una protección absoluta del ambiente. 2) Erigir la tutela en función de límites de tolerabilidad técnicamente definidos, de modo que se permita ciertos niveles de degradación, por encima de los cuales opera la sanción penal tras infringirse el "riesgo permitido". 3) Aceptar como necesaria la técnica de las leyes penales en blanco, de forma tal que el tipo incorpore en la descripción dichos límites de tolerancia. 4)

---

[742] Para un acercamiento actualizado a esta problemática, Vid. CADAVID QUINTERO, Alfonso. "Bases metodológicas para la elaboración conceptual del delito imprudente", Texto inédito, Salamanca, 1996, apartado 1.2.1.

[743] Vid. el resumen de esta perspectiva en: JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un DP funcional*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 15-41.

[744] En la doctrina española Vid. por todos MIR PUIG, Santiago. *DP. PG*, 4ª ed., PPU, Barcelona, 1996, pp. 122-123; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de DP. PG I*, Universitas, Madrid, 1996, pp. 323-324.

Excluir la sanción de los comportamientos que no afecten la estabilidad de ecosistema o lo hagan de modo insignificante. 5) Aceptar la tipificación del peligro dado que los graves efectos inherentes a la lesión efectiva del bien jurídico, exigen intensificar las medidas preventivas mediante el adelantamiento de la barrera penal.

2.4.2. El carácter colectivo como dato normativo que informa las técnicas de tipificación

El doble fundamento material de los bienes jurídicos colectivos se sostiene en la realidad social y en el modelo de Estado social[745]. Por una parte, existen nuevas necesidades sociales que demandan su satisfacción, entre otros medios, a través de una eficaz protección jurídica para enfrentar los riesgos de la modernidad, derivados de la expansión de la tecnósfera concebida en el seno de la revolución industrial, técnica y científica[746]. Pues bien, tales demandas tienen acogida en el modelo de Estado social y democrático de derecho (art. 1.1 de la CE), en virtud del cual éste debe de atender a las necesidades de todos y cada uno de los miembros de la sociedad, con el objeto de tender a la libertad e igualdad[747] material, razón que justifica una intervención estatal activa para promover la atención de dichas necesidades, superando las disfuncionalidades económicas y sociales[748], como sucede en la protección ambiental que ordena tanto nuestra Constitución como el art. 45 de la CE. En esa perspectiva, BUSTOS RAMÍREZ señala que "los bienes jurídicos colectivos hay que definirlos *a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social*"[749].

---

[745] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Delitos contra intereses generales o derechos sociales", en: *RFDUCM*, N° Monográfico 6, 1983, pp. 569 y ss.

[746] Similar TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de DP económico*, PPU, Barcelona, 1993, pp. 34-36.

[747] Vid. el art. 9.2 de la CE.

[748] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Los bienes jurídicos colectivos", p. 196.

[749] *Ibid.*, p. 197, cursiva del texto.

No obstante, contra una concepción autonomizadora de los bienes jurídicos colectivos se han levantado HASSEMER, PADOVANI y TERRADILLOS BOSOCO, señalando en general que todo bien jurídico es ajeno al sentido garantista sino se fundamenta materialmente en una realidad individual, de modo que los bienes colectivos carecen de autonomía funcional. Por ende, esta tendencia plantea la duda de si el bien jurídico, como creación del Estado liberal, es capaz de solventar materialmente una visión social y no individualista del ilícito penal[750].

Estos aportes reivindican las garantías inherentes al carácter personalista del bien jurídico-penal, pero conducen a resultados político criminales reñidos con las necesidades de protección penal de los propios bienes jurídicos individuales. Al exigirse que en todo bien jurídico colectivo se reconozca una realidad individual, se corre el riesgo de retrasar la intervención penal, pues al sancionarse sólo las conductas que lesionan o ponen en peligro la vida humana, la salud o el patrimonio, es evidente que el DP es impotente como instrumento preventivo al permitir que múltiples riesgos, evitables mediante el adelantamiento de la barrera criminal, revistan una gravedad tal que la vulneraciones de los bienes individuales sea tangible, en cuyo caso la pena no cumple ninguna función utilitaria reconocible y se conforma con la mera retribución. Luego, si a ello se añade que aún se desconoce científicamente la mayoría de relaciones causa-efecto entre tales riesgos y los daños que padecen los bienes personales[751], es evidente que la eficacia del DP se encuentra ampliamente limitada. Consecuentemente, la opción personalista del bien jurídico le resta autonomía a los bienes jurídicos colectivos[752] y

---

[750] *Ibid*., p. 186.

[751] Vid. por todos en el ámbito del DP ambiental, KLEINE-COSACK, Eva. *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht*, pp. 54 y ss.

[752] No queda clara la coherencia de defender simultáneamente una opción personalista del bien jurídico-penal y la autonomía del bien jurídico ambiente. En la doctrina española, MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. "La protección penal del medio ambiente", en: A.A.V.V. *El nuevo CP: primeros*

constituye un proyecto tributario de un modelo penal retribucionista e ineficaz, es decir desprotector de los bienes jurídicos individuales que, contradictoriamente, pretende tutelar garantistamente. Tales críticas, en el terreno penal ambiental, están corroboradas empíricamente con la experiencia criminalizadora del art. 347 bis del trCP, que exigía para la tipicidad poner "en perjuicio grave la salud de las personas"[753].

Por estas razones, considero importante poner de relieve la autonomía de los bienes jurídicos colectivos en relación con los individuales, lo que no implica un divorcio entre ambas realidades normativas, pues partiendo de la clasificación de BUSTOS RAMÍREZ[754] los colectivos

---

problemas de aplicación, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, p. 63, considera que ello es posible.

[753] VERCHER NOGUERA, Antonio. "Visión jurisprudencial sobre la protección penal del medio ambiente", p. 42; PÉREZ DE GREGORIO, José Joaquín. "Jurisprudencia penal medioambiental", en: *LL*, Vol. 4, 1995, pp. 966-968; BAUTISTA PAREJO, Carmen. "La prueba pericial en los supuestos de delito ecológico", en: *La protección penal del medio ambiente*, Coda/Aedenat, Madrid, 1991, pp. 141-145.

[754] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de DP. PE*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1991, p. 6, diferencia los bienes jurídicos referidos a las bases de la existencia del sistema de aquellos que están en conexión con su funcionamiento. Los primeros permiten la **existencia del sistema** social, son los que tradicionalmente han sido llamados bienes jurídicos individuales e inciden en las relaciones microsociales como la vida humana o la salud individual. De otro lado, los bienes relacionados con el **funcionamiento del sistema** se refieren a las relaciones macrosociales, sin su protección el sistema puede existir pero no funciona adecuadamente, pues están al servicio de las bases del sistema, por lo que implican una actividad de intervención para corregir sus disfunciones como ocurre con el ambiente, la fe pública o la libre competencia. Ahora bien, el autor distingue entre dichos bienes: los colectivos, los institucionales y los de control. Los colectivos se refieren intrínsecamente a las condiciones indispensables para que se den las bases de la existencia del sistema, son bienes presentes en forma constante en el quehacer cotidiano de cada uno de los sujetos y grupos en que éste se integra, su afección impide el desarrollo real y efectivo de la vida, la salud individual, la libertad, etc.

son bienes que inciden en el funcionamiento del sistema y por ende se encuentran al servicio de bienes microsociales como la vida humana o la salud, razón por la cual son jerárquicamente inferiores y precisan de una tutela penal menos intensa, pero a la vez autónoma de cara a la eficacia penal sostenida en fines preventivos y de protección de bienes jurídicos, pues sólo si se acepta que los bienes jurídicos colectivos poseen sustantividad propia puede concluirse que la titularidad de los mismos es colectiva[755].

Empero, estas ideas no necesariamente han de conllevar a justificar el recurso a los tipos de peligro abstracto[756], dado que dicho carácter complementario no implica que los delitos que se configuren para proteger bienes jurídicos colectivos hayan de ponerse, para definir su estructura, en relación a los bienes jurídicos individuales complementados. Por ello, no hay necesidad de recurrir a dicha fórmula de tipificación contraria al principio de lesividad, "ya que desde una debida caracterización del bien jurídico colectivo se pueden construir en relación a él -y no al bien jurídico complementado- delitos de lesión o de peligro concreto"[757], técnicas recomendadas por la Sección I del XV

---

[755] MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, UCM y Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 34. La autora advierte que, por contra, si los bienes jurídicos colectivos, como proponen HASSEMER, PADOVANI y TERRADILLOS, "no son más que nuevas formas de defensa de los bienes jurídicos individuales, si se están refiriendo directamente al individuo, no podemos afirmar su titularidad colectiva, sino individual".

[756] Técnica considerada en la Resolución Nº 1 Relativa a la protección del medio ambiente por el DP", de la 17ª Conferencia de Ministros Europeos de Justicia, realizada en Estambul en 1990, cuyo apartado b) motiva examinar la oportunidad "De regular en éste ámbito el concepto de delitos de peligro (concreto, *abstracto* o potencial) con independencia del perjuicio efectivo", cursiva mía. En el ámbito del DP económico la AIDP, en su XIII Congreso de 1984, recomendó (Sec. II, *ítem* 9) el uso de delitos de peligro abstracto.

[757] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Los bienes jurídicos colectivos", p. 198. En igual sentido TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito*, p. 36.

Congreso de la AIDP de 1994, relativa a los delitos contra el ambiente, cuando precisa que el elemento material mínimo de las infracciones penales debería ser "una *acción u omisión* que contravenga un texto legal o reglamentario y que cree un peligro real e inminente (concreto) para el ambiente"[758].

No obstante, debe reconocerse las mayores dificultades que plantea la concreción y estructuración de los tipos penales que protegen bienes jurídicos colectivos, frente a lo cual debe recurrirse a los criterios de merecimiento y necesidad de pena anteriormente delineados, pero teniendo presente además que generalmente nos hallamos ante relaciones de conflictividad entre múltiples intereses, de modo tal que la protección a instrumentarse no puede ser absoluta o pretenderse en términos de intangibilidad, sino más bien como producto de la ponderación de dichos intereses[759]. Ciertamente, en la protección del entorno, como señala Heine, existe en la mente del legislador un conflicto "entre los intereses particulares y sociales en la conservación de un medio ambiente puro, por un lado, y el derecho a la libertad (de empresa) del contaminador, junto a intereses públicos de desarrollo tecnológico e industrial, por otro"[760]. En esta línea de pensamiento, la ponderación de los conflictos sociales en relación a los bienes jurídicos individuales se efectúa en muchas ocasiones a través de las causas de justificación, sin embargo en relación a los colectivos, se efectúa al definir el bien jurídico y al estructurar el tipo penal[761].

---

[758] Apartado II.8.b), cursiva del texto, en: *RIDP*, 1e et 2e trimestres, 1995, p. 76.

[759] PEDRAZZI, Cesare. "El bien jurídico en los delitos económicos", en: Barbero Santos, Marino (Ed.). *La reforma penal: delitos socio-económicos*, Universidad de Madrid, Madrid, 1985, pp. 282-284.

[760] HEINE, Günter. "Accesoriedad administrativa en el DP del medio ambiente", p. 292.

[761] MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 34.

2.4.3. La estabilidad del ecosistema como bien jurídico colectivo

Nuestra Constitución reconoce el carácter colectivo del interés subyacente a la protección del entorno pues el art. 2.22 reconoce el goce de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida como un derecho fundamental de "Toda persona". Ello concuerda plenamente con el contenido del art. IV de la LGA que establece una legitimación general para obrar en defensa del ambiente[762]. En similar sentido, el art. 45.1 de la CE señala que "*Todos* tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente"[763]. Asimismo, pero con múltiples precisiones normativas, es común la caracterización del ambiente como bien jurídico colectivo, en la doctrina penal[764] y en la jurisprudencia del TC[765] y del TS relativa a los delitos contra el medio[766].

En este sentido, el interés que subyace a la protección del entorno pertenece en general a todos los miembros de la sociedad, organizados o no, pero a ninguno en especial. Evidentemente el daño ambiental afecta de modo directo o potencial a un amplio e indeterminado número de víctimas. Es más, desde la perspectiva antropocentrista moderada que impone la Constitución, puede afirmarse que muchos de los interesados aún no han nacido, pues a las generaciones futuras también les asiste, al menos desde una concepción ética, el derecho de contar con un medio físico para desarrollarse[767].

---

[762] Vid. SCS en el Exp. 332-92 y S de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la CS de 14 de jul de 1992, Exp. 1639-89.

[763] Más explícito parecía ser el art. 45.1 del Proyecto de CE debatido en el Pleno del Senado, según el cual "*Todos y cada uno de los españoles* tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente".

[764] Vid. por todos MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS. Antonio. *DP y protección del medio ambiente*, pp. 35-39.

[765] STC 102/1995, de 26 de junio, fundamento de derecho 3º al 7º.

[766] Vid. por todas la STS, Sala 2ª, de 30 de nov de 1990, fundamento de derecho 12º, 2.

[767] Sin duda, desde una concepción clásica de derecho subjetivo sería imposible fundamentar un "derecho de las futuras generaciones", pues el derecho es

Pues bien, el carácter colectivo del bien jurídico-penal es predicable porque el equilibrio del ecosistema permite la vida humana en el planeta, de modo que constituye una condición indispensable para el funcionamiento de todo el sistema social. En tal sentido, la titularidad colectiva deriva de las propias característica del bien jurídico, dado que el ecosistema de la biosfera es uno sólo y producto de la interrelación de sus diferentes subsistemas, constituyendo una realidad infraccionable e indivisible, lo que no impide que en determinadas circunstancias algunos de sus elementos pueda ser objeto de un derecho subjetivo[768].

Las consecuencias a que conduce el carácter colectivo del bien jurídico-penal son las siguientes:

i. Dado que la titularidad de este bien macrosocial pertenece a todos los individuos y no al Estado, éste último no puede asumir una indiscriminada tutela penal que se materialice en una autotutela estatal y culmine en un modelo autoritario[769]. De allí la negativa a aceptar que el DP ambiental se convierta en un

---

entendido como una facultad atribuible a un "sujeto de derecho", categoría a la que no pertenecen los habitantes de la Tierra que aún no han sido biológicamente concebidos. Es por esta razón que múltiples documentos internacionales, pertenecientes al llamado "soft law" o derecho en transición, apuestan por ir asentando como norma vinculante una nueva categoría de derecho capaz de dispensar una adecuada tutela al interés de las generaciones venideras. De allí el concepto "Derechos de Solidaridad" en el marco de los Derechos Humanos de Tercera Generación, cuya naturaleza jurídica se encuentra actualmente a caballo entre la moral y lo jurídico. En todo caso, de *lege lata*, el art. 45 de la CE no consagra un derecho fundamental a gozar de un ambiente natural estable. Por ello, la protección de estos legítimos intereses ha de expresarse sin el acompañamiento de derechos subjetivos, Vid. SERRANO MORENO, José Luis. "El conflicto ecológico en el momento judicial del Estado de Derecho", en: *JPD*, Nº 25, mar., 1996, p. 80.

[768] RODAS MONSALVE, Julio César. *Protección penal y medio ambiente*, p. 97.

[769] FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *El delito contable. Análisis del art. 350 bis del CP*, Praxis, Barcelona, 1988, p. 65, nota 98.

medio protector de meras funciones administrativas, programas o proyectos políticos.

ii. Si se trata de un bien jurídico indivisible y de titularidad generalizada, no es posible su libre disponibilidad. Empero, la indisponibilidad no niega que todos y cada uno de los miembros de la colectividad ostente un particular interés en la protección del bien jurídico colectivo, aunque nadie puede disponer individualmente del mismo porque ello repercute en los intereses de los demás miembros[770].

iii. Asimismo, ese carácter indisponible impide la alegación del consentimiento como causa de justificación[771], lo que cobra plena relevancia en el terreno de las autorizaciones administrativas para la realización de actividades que ponen en peligro el entorno[772].

---

[770] PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación. Análisis del tipo objetivo del delito alimentario nocivo*, Praxis, Barcelona, 1991, p. 47.

[771] Vid. MIR PUIG, Santiago. *DP. PG*, pp. 510 y ss., señala que el consentimiento sólo opera en el terreno de los bienes jurídicos individuales y con múltiples restricciones. De hecho, las legislaciones que recogen expresamente el consentimiento como causa de justificación acentúan el carácter disponible del bien jurídico, por ejemplo, el art. 20.10 del código penal peruano precisa que se halla exento de pena "el que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición".

[772] TIEDEMANN, Klaus. "El DP alemán del ambiente", pp. 185-189; HEINE, Günter. "Accesoriedad administrativo en el DP del medio ambiente", pp. 283 y ss.; SCHÜNEMANN, Bernd. "Las reglas de la técnica en DP", en: *ADPCP*, 1994, pp. 307 y ss. En España: VERCHER NOGUERA, Antonio. "Las autorizaciones administrativas y los delitos contra el medio ambiente (Algunas consideraciones en torno a la S de 26 de may de 1994 de la AP de Murcia)", en: *AP*, Vol, 2, 1995, pp. 905 y ss.; GUITIAN, Luis. "Sobre la accesoriedad del DP en la protección del medio ambiente", en: *EPC*, Nº XIV, 1991, pp. 113 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, Juan. "Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", pp. 46-47; DE LA MATA BARRANCO, Norberto. *Protección penal del medio ambiente y accesoriedad administrativa*, p. 95-116.

En el DP alemán, la existencia de tales autorizaciones ha despertado las dudas acerca de si éstas son capaces, por sí mismas o bajo ciertas exigencias, de motivar la ausencia de tipicidad[773] o de dispensar una justificación para las conductas prohibidas, por existir un estado de necesidad, concurrir el consentimiento de la administración o por no existir un interés necesitado de tutela[774]. En Perú y en España sin embargo, las fórmulas de los arts. 20.8 del CP91 y 20.7 del CP, que respectivamente regulan el ejercicio de un derecho, simplificaría la discusión sobre los efectos y naturaleza jurídica de las autorizaciones[775], aunque un sector doctrinal entiende que se trata de elementos descriptivos del tipo penal[776], de modo que los comportamientos ajustados a ellas serían atípicos al no haberse infringido el riesgo penalmente permitido[777], lo que en ningún caso debe significar, a mi juicio, la formalización de la protección o la tutela de las funciones que desarrolla la Administración ambiental.

En tal sentido, creo oportuno valorar dichas autorizaciones en función del bien jurídico-penal[778], pues la mera ausencia de tales permisiones no necesariamente supone la lesión o puesta en peligro de

---

[773] TIEDEMANN, Klaus/ KINDHÄUSER, Urs. "Unweltstrafrecht-Bewährung oder Reform?", en: *NZSt.*, 1988, p. 342.

[774] DE LA MATA BARRANCO, Norberto. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa*, pp. 105-106.

[775] DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mª. *Respuesta penal al peligro nuclear*, PPU, Barcelona, 1994, pp. 264 y ss.

[776] DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mª. "De los delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes", en: Terradillos Basoco, Juan. *DP del medio ambiente*, Trotta, Madrid, 1997, p. 147.

[777] HEINE, Günter. "Accesoriedad administrativa en el DP del medio ambiente", pp. 293 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, Juan. "Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", p. 47; RODAS MONSALVE, Julio César. *Protección penal y medio ambiente*, p. 385.

[778] PRATS CANUT, José Miguel. "Análisis de algunos aspectos problemáticos de la protección penal del medio ambiente", pp. 71-72.

la estabilidad del ecosistema[779], de forma tal que cuando la lesividad esté negada no existirá ilícito penal, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa. Asimismo, la sola existencia de una autorización eficaz tampoco puede conducirnos inmediatamente a afirmar la licitud penal del comportamiento, pues la determinación del riesgo permitido no puede quedar sólo en manos de la Administración, más aún cuando los límites de la protección ambiental deben precisarse muchas veces casuísticamente, teniendo presente los intereses del propio Estado, *de la colectividad en general* y de los particulares, como por ejemplo la propiedad privada y la libertad de empresa, lo que impide establecer una solución *ex-ante* o con carácter general. Por ello, una tendencia de la doctrina comprende que la valuación del riesgo permitido debe quedar en manos del Juez penal, quien en el caso concreto debe realizar la ponderación de dichos intereses contrapuestos, en función de criterios de racionalidad práctica o de eficiencia, es decir según los baremos coste/beneficio y coste/eficiencia[780].

En esta línea de pensamiento, ha de negarse siempre la opción de fundamentar la falta de antijuricidad sobre el consentimiento de la Administración, pues dicha justificante exige el pronunciamiento válido del titular del bien jurídico, y tratándose del entorno la titularidad no recae en el Estado que permite o tolera una actividad ambientalmente lesiva, sino en toda la ciudadanía. En ese orden, el Estado está llamado por la Constitución a administrar racionalmente el entorno, más ello no significa que sobre él recaiga el monopolio de su titularidad. Por ello, el ambiente natural no es objeto de un derecho público subjetivo, pese a

---

[779] DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *Responsabilidad penal del funcionario por delitos contra el medio ambiente*, p. 91.

[780] Vid. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. "Responsabilidad penal y "nuevos riesgos": el caso de los delitos contra el medio ambiente", pp. 225-226; PRATS CANUT, José Miguel. "Análisis de algunos aspectos problemáticos de la protección penal del medio ambiente", pp. 70-71; EL MISMO. "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", pp. 872-873; BOIX REIG, Javier/ JAREÑO LEAL, Ángeles. "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", pp. 1598-1599.

que la tarea de protección es esencialmente pública, la responsabilidad en la conservación es colectiva como precisa la Constitución, dado que las agresiones al entorno crean riesgos para toda la ciudadanía antes que al aparato estatal[781].

A su vez, el consentimiento sólo es eficaz si el bien jurídico es de libre disposición, lo que erróneamente podría predicarse del ambiente si se comprende que el modelo de desarrollo sostenible previsto en el Derecho de la UE, en la Carta Magna española y peruana, como en la legislación sectorial, autoriza a "disponer" del entorno hasta niveles racionales. No obstante, a mi entender se trata siempre de un bien indisponible por su importancia ya destacada, pero si se permiten niveles de deterioro razonables no es porque sea un interés de uso antojadizo o de "libre disposición", sino para dar paso a otros intereses dignos de protección como la libertad de empresa, el crecimiento económico o el desarrollo tecnológico[782]. Y en esta ponderación, la función de la Administración es meramente indicativa, de modo que el injusto penal ambiental no puede depender íntegramente de las valoraciones que ella realiza al autorizar, tolerar o sancionar una determinada actividad.

iv. El carácter colectivo del bien jurídico-penal no impide que, aisladamente, alguno de los elementos que permiten la estabilidad pueda ser objeto de derechos subjetivos[783]. Ciertamente, si la tutela ambiental no puede realizarse en términos absolutos o ecocéntricos es porque existen otros intereses merecedores de tutela desde la perspectiva constitucional[784]. Antes bien, el ejercicio de derechos consti-

---

[781] RODAS MONSALVE, Julio César. *Protección penal y medio ambiente*, p. 52-53, 98.

[782] En ese sentido, la clásica STC 64/1982 de 4 de nov.

[783] RODAS MONSALVE, Julio César. *Protección penal y medio ambiente*, p. 98.

[784] STC 64/1982 de 4 de nov, STC 102/1995 de 26 de jun, fundamento jurídico 3º y ss.

tucionales como la propiedad o la libertad de empresa, se encuentra limitado de modo general por el modelo de Estado social, entre otras razones, con el fin de atender a las necesidad de proteger el ecosistema. De allí que la jurisprudencia mantenga una línea constante respecto a la función social de la propiedad en relación con fines conservacionistas[785].

[785] Vid. Sentencias del TC 227/1988 de 29 de nov; 170/1989 de 19 de oct; 66/1991 de 22 de mar; y 243/1993 de 15 de jul. Vid. además MORENO TRUJILLO, Eulalia. *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, José María Bosch, Barcelona, 1991, pp. 113 y ss., quien precisa que la tutela civil del entorno puede justificarse en relaciones de vecindad, vía el abuso del derecho y por la función social de la propiedad.

CAPÍTULO XII
TUTELA PENAL DEL AMBIENTE (IV): LOS DELITOS AMBIENTALES EN EL CP PERUANO. ANÁLISIS DE SUS ELEMENTOS ESENCIALES

I. GENERALIDADES

El Tratado de Libre Comercio (TLC) suscrito con los Estados Unidos de América ha traído como consecuencia ciertos "ajustes" en el sistema penal de protección ambiental, específicamente lo concerniente a la represión de lo forestal. En efecto, el TLC suscrito con los Estados Unidos de América establece, además, que cada Parte establecerá sanciones o reparaciones apropiadas y efectivas a las infracciones a su legislación ambiental que podrán incluir sanciones y reparaciones administrativas, civiles y penales, tales como, acuerdos de cumplimiento, penas, multas, encarcelamiento, mandatos judiciales, cierre de instalaciones, o requisitos de tomar acción de reparación o pagar el costo de contener o limpiar la contaminación.

El compromiso del Estado Peruano con el Tratado es el de brindar una difusión adecuada sobre la responsabilidad penal en materia ambiental, entre los cuales destaca la imposición de sanciones civiles y penales diseñadas para desincentivar la violación de las leyes, las normas y otras medidas en relación con la extracción y el comercio de productos madereros. Entre ellas se encontrarán, según el Tratado: a) aumentar considerablemente las sanciones penales contempladas en el Art. 310º del CP del Perú, Decreto Legislativo Nº 635.

Definitivamente, la reforma penal en los *delitos ecológicos*, o mejor llamados *delitos ambientales* en nuestro país a partir de la Ley 29263, ha sido totalmente favorable por dos motivos puntuales: desde el punto de vista de la sistemática del bien jurídico protegido, ya que ahora se des-

cribe con mejor técnica legislativa los ámbitos de protección. Así, ahora se estructura en función a cuatro capítulos: delitos de contaminación (capítulo I); delitoscontra los Recursos Naturales (capítulo II); responsabilidad funcional e información falsa (capítulo III); medidas cautelares, exclusión y reducción de penas (capítulo IV), pero no solo del lado de lo jurídico-sustantivo ha venido la reforma legal, sino también del lado de lo jurídico-procesal, ya que en la parte de las medidas cautelares que puede dictar el Juez penal se ha "ampliado" la suspensión inmediata para las actividades contaminantes, extractivas o depredativas, así como las otras medidas cautelares que correspondan (véase el Art. 314º-C), y no como antes de la reforma legal que solo estaba reservada dichas medidas para la actividad contaminante.

En relación al incremento de los marcos penales en los delitos ambientales, tenemos que manifestar en principio lo siguiente: cuando se quiere agravar los tipos penales de la Parte especial se puede hacer de dos maneras: a) ampliando el marco de la descripción típica, por ejemplo agregando más figuras agravadas o cláusulas de interpretación analógicas, b) agravando el marco penal de las figuras delictivas. En tal sentido, no estamos de acuerdo con una propuesta legislativa de "*endurecimiento*" ya que siempre se ha dicho desde la política criminal, y en general desde el DP que el incremento de la penas (en cualquiera de sus clases) y en cualquier clase de hechos punibles (doloso u culposos), no resuelve en lo absoluto el problema más importante que se quiere combatir y reprimir, cual es prevenir –de manera general o especial tal como lo dice el Título Preliminar del CP y la propia Constitución Política del Estado– la comisión de los delitos en la sociedad. Muy por el contrario, el incremento de las penas y de las conductas típicas lo que hace es poner en evidencia la incapacidad del Estado de solucionar un problema socio-estructural expresado en sectores extraformales –fuera del DP– e informales –la educación, la familia, etc.–, máxime cuanto en esta clase de delitos que son funcionariales la mayoría de los sujetos activos que son los altos funcionarios o servidores públicos están socializados, es decir que no existe un defecto cognitivo en la internalización de la norma penal.

Sin embargo, debemos ser conscientes que, en nuestro país al menos, a cada reforma legal en la Parte Especial del CP o en legislación complementaria viene acompañada de una reforma punitiva, en el sentido de incrementarla. Desde esta perspectiva, la sanción jurídico-penal impuesta a casi todos los delitos ambientales a través de la Ley Nº 29263 ha ponderado con mejor criterio las penas, pues se ha aumentado los marcos penales para algunos ilícitos –como por ejemplo el delito de contaminación ambiental básico (Art. 304º) y su circunstancia agravante (Art. 305º)–, y en otros delitos totalmente "novísimos" se ha impuesto una sanción penal racional como el Art. 308-B, Delito de tráfico ilegal de recursos genéticos, o el Art. 301º-B, Delito de obstrucción de procedimiento.

Como es sabido, el Art. 310 del CP sanciona el denominado *delito de tala ilegal de árboles*. Seguramente al aumentar la sanción penal se creará un efecto disuasivo en los agentes económicos, a modo de prevención general ya sea positiva o negativa, ya que el decir que se aumente "considerablemente" las sanciones penales en este delito, el efecto sancionatorio se dirige básicamente en la población y no tanto en el agente que cometió el delito. Debe tenerse en cuenta además, que el TLC impone a las partes a que realicen consultas periódicas sobre la información pertinente y no confidencial sobre el comercio bilateral de productos madereros en la medida en que sea compatible con sus leyes y normas respectivas, y esté autorizado por ellas. Esto incluirá información como datos aduaneros, información sobre esfuerzos para combatir la tala ilegal y el comercio asociado (incluyendo las medidas de interdicción, confiscación, arrestos procesos judiciales y los fallos condenatorios). Esto demuestra, además, que la pena criminal aumentada no es la "única" fórmula para combatir la delincuencia forestal (y su inevitable efecto en el transcurso del proceso penal como una posible detención preventiva y posteriormente una pena efectiva), sino que hay otras formas de sanciones que deben ser tomadas en cuenta a la hora de legislar sobre esta materia (por ejemplo las medidas de interdicción, confiscación, etc.).

El delito de contaminación ambiental y en general todos los delitos ambientales, no solo representan un problema jurídico-penal, sino que es algo más que una simple hipótesis típica perfilada por el legislador.

Es un problema, ante todo, multidisciplinario que exige soluciones de corte político y social desde que las actividades contaminantes son, en principio, actividades socialmente útiles y apreciables, caracterizadas por una constante y casi inevitable trampa de intereses en conflicto. Solo una mediación constante y regular puede resolver el conflicto sin desconocer obviamente la potencialidad positiva de aquellas actividades. Además, debe instrumentalizarse en normas jurídicas el modelo de sustentabilidad ambiental como estrategia para el desarrollo del siglo XXI, ya que el origen y la solución de los valores ambientales se encuentran en un nivel más profundo que el puro dogmatismo penal.

Si bien las infracciones penales ambientales se corresponden con el criticado proceso de "*elefantismo legislativo*", hay que tener presente que se debe a que el ingente flujo de información doctrinaria viene pregonando, lenta pero inexorablemente, la arremetida del pensamiento jurídico-penal contemporáneo y con ello todos los paradigmas que lo caracterizan. Se produce una situación de *constreñimiento ideológico* que se respira en toda la atmósfera del DP en pro de acceder a los nuevos riesgos que la sociedad moderna inevitablemente plantea, de los cuales el codificador patrio no podía sustraerse. Asimismo, las infracciones penales ambientales se encuentran neutralizadas tanto por la contradicción con el DP mínimo y la crisis que padece el DP. Por tal motivo, cualquier reforma en el ámbito político-criminal para que tenga sus efectos en el ámbito ambiental deberá tener en consideración estos aspectos.

La criminalización de los delitos ambientales despertó en la ciudadanía la conciencia y valoración acerca de la importancia de proteger nuestro entorno, produciendo una suerte de "asunción" de los valores ambientales tal como actualmente pregona la teoría de la prevención general positiva. Hoy en día, empero comprobamos que existe un déficit de aplicación de las normas ambientales, confirmándose su utilización meramente simbólica[786]; acompañada de un dogmatismo puro expre-

[786] En este punto cabe hacer algunas observaciones en torno la función que realizan los preceptos penales, sobre todo en materia ambiental. Así,

sado en la exégesis tecnócrata de la ley penal muy imperante en nuestro medio, que hace que los objetivos políticos criminales estén alejados del debate doctrinario de nuestro sistema penal.

Como es sabido, en el Capítulo Decimotercero del CP peruano de 1991 (ahora llamado con mejor criterio conceptual "Delitos ambientales", antes llamados simplemente "Delitos contra la Ecología"[787]) se tipifican las siguientes figuras delictivas, sin perjuicio de la existencia de

---

puede hablarse de una función instrumental de los tipos que influye, o mejor dicho, que influyó en la población seguramente a partir de abril de 1991, fecha que entró en vigencia el CP y con ello los delitos ambientales. Es decir que mediante mandatos y prohibiciones pretendió el legislador una eficaz aplicación de las consecuencias jurídicas que acarrearía de su vulneración, función que es legítima porque se conecta con la motivación en el accionar de sus destinatarios. Sin embargo, dicha función se ve paralizada por que los tipos ambientales a la postre vienen cumpliendo una función exclusivamente simbólica o retórica, que son ilegítimas desde todo punto de vista, y engañosa a *corto plazo.* La legislación simbólica, con su estigmatización sobre las conductas anti-ambientalistas y la cualificación del bien jurídico "ambiente", constituye la manifestación de un Derecho penal de connotación "educativa ambiental", "promocional" o de "ética-social-ambiental", pero a *largo plazo,* redunda incluso en una pérdida de credibilidad del ordenamiento jurídico como la realidad nos demuestra, obstaculizando la función instrumental.

[787] Como se sabe, antes solo se tenía un promedio de diez (10) tipos penales que protegían los valores ambientales, de una manera asistemática en nuestro CP, como puede verse en el siguiente listado de tipos penales, ahora derogados:

- Art. 304º, Delito de contaminación ambiental genérica.
- Art. 305º, Delito de contaminación ambiental agravado.
- Arts. 306º y 312º, Delito de Responsabilidad funcional.
- Arts.307º y 307º-A, Delito de eliminación de desechos industriales o domésticos y Delito de ingreso ilegal al territorio nacional de residuos o desechos peligrosos o tóxicos respectivamente (Ley N°26828).
- Arts. 308º y 309º, Delito contra las actividades de la flora y la fauna.
- Art. 310º, Delito de depredación de recurso forestal protegido.
- Art. 311º, Delito de uso indebido de tierras agrícolas.
- Art. 313º, Delito contra la ordenación territorial y contra los recursos naturales.

otras figuras que inciden en los valores ambientales que se hayan fuera de la sistemática del bien jurídico tutelado[788]:

(*i*) Delitos de Contaminación (Capítulo I):

- Art. 304º, Delito de contaminación ambiental genérica.
- Art. 305º, Delito de contaminación ambiental agravado.
- Art. 306º, Delito de incumplimiento de las normas relativas al manejo de residuos sólidos.
- Art.307º, Delito ilegal de residuos peligrosos.

(*ii*) Delitos contra los Recursos Naturales (Capítulo II):

- Art. 308º, Delito de tráfico ilegal de especies de flora y fauna silvestre protegida.
- Art. 308-Aº, Delito de tráfico ilegal de especies acuáticas de la flora y fauna silvestre protegidas.
- Art. 308º-B, Delito de extracción ilegal de especies acuáticas.
- Art. 308º-C, Delito de depredación de flora y fauna silvestre protegida.

---

[788] Así, puede mencionarse que existen infracciones penales que se yuxtaponen a los delitos ambientales y estos pueden ser:
Delitos con relevancia ambiental**:** Delitos contra el patrimonio: artículos 203° (usurpación de aguas).Delitos contra la seguridad pública. Delitos de peligro común: artículos 273°, 275° y 278° (liberación de energía); 276° (estragos); 279 (manipulación de materiales tóxicos). Delitos contra la salud pública, contaminación y propagación: artículos 286° (contaminación de aguas de consumo); 287° (adulteración de sustancias); 288° (tráfico de productos nocivos); 289° y 292° (propagación de enfermedades); 293° (venta de animales alimentados con desechos o venta de derivados).
Contravencionalidad con relevancia ambiental: Faltas contra las buenas costumbres: artículo 450° numerales 4° (maltrato de animales) y 5° (destrucción de plantas o parques); Faltas contra la seguridad pública: artículo 451° numeral 6° (eliminación o incineración) de basura); Faltas contra la seguridad pública: artículo 452 numeral 6° (ruidos molestosos).

- Art. 308º-D, Delito de tráfico ilegal de recursos genéticos.
- Art. 309º, formas agravadas.
- Art.310º, Delitos contra los bosques o formaciones boscosas.
- Art. 310º-A, Delito de tráfico ilegal de productos forestales maderables.
- Art. 310º-B, Delito de obstrucción de procedimiento.
- Art. 310º-C, Formas agravadas.
- Art. 311º, Delito de utilización indebida de tierras agrícolas.
- Art. 312º, Delito de autorización de actividad contraria a los planes o usos previstos por la ley.
- Art. 313º, Delito de alteración del ambiente o paisaje.

(*iii*) Responsabilidad Funcional e información falsa (Capítulo III):

- Art. 314º, Responsabilidad de funcionario público por otorgamiento ilegal de derechos.
- Art. 314º-A, Responsabilidad de los representantes legales de las personas jurídicas.
- Art. 314º-B, Responsabilidad por información falsa contenida en informes.

(*iv*) Medidas cautelares y exclusión o reducción de penas (Capítulo IV):

- Art. 314º-C, Medidas cautelares.
- Art. 314º-D, Exclusión o reducción de penas.

II. SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Nuestro ordenamiento jurídico-penal protege el bien jurídico "medio ambiente", o mejor dicho "estabilidad del ecosistema", definido como la suma de bases naturales de la vida humana, dentro del cual encuentran protección las propiedades del suelo, el aire y el

agua, así como la fauna y la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, impidiendo que el sistema ecológico sufra alteraciones perjudiciales, siendo un bien jurídico de naturaleza universal[789].

En el caso específico del ecosistema natural, perteneciente a la categoría de bienes jurídicos colectivos, como concepto es sumamente amplio en superficie y vago en contenido, y lo es más si queremos sustraer la verdadera dimensión de aquel concepto y llevarlo hacia al DP, para su adecuada protección.

Como puede observarse de la sistemática legislativa del CP, se ubica al delito de contaminación ambiental en un lugar preferencial por cuanto preside el Capítulo Único del Título XIII del Libro Segundo. Dicha ubicación no es producto del azar, sino por el contrario, se ha seguido criterios universalmente aceptados en el sentido que los procesos contaminantes constituyen la forma más tradicional de ataque al ecosistema terrestre. En ese sentido, probablemente el mayor problema en materia de política ("sanitaria colectiva" y "criminal"), no sea la regulación y el control sobre determinadas enfermedades, sino fundamentalmente el de la contaminación ambiental en general, que también causan, igual o quizás peor riesgo no solo a la calidad de vida de las existentes y futuras generaciones, sino a todos los componentes de seres vivos en la tierra.

III. SOBRE LOS DELITOS AMBIENTALES EN EL CP PERUANO

La descripción típica de la versión original del delito de contaminación ambiental (hoy derogado) prescribía lo siguiente:

> *"Artículo 304º.- El que infringiendo las normas sobre protección del medio ambiente, lo contamina vertiendo residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquier otra naturaleza por encima de*

[789] REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *La contaminación ambiental como delito. Aspectos sustantivos y procesales*, Lima, 2006, p. 85.

> *los límites establecidos, y que causen o puedan causar perjuicio o alteraciones en la flora, fauna y recursos hidrobiológicos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años, o con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa. Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de un año o prestación de servicios comunitarios de diez a treinta jornadas".*

Ahora, el delito de contaminación del ambiente se encuentra previsto y sancionado por el Art. 304º del CP (a través de la Reforma de la Ley Nº 29263) de la siguiente manera:

> *"El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicios, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con ciento a seiscientos días-multa".*
>
> *Si el agente actúo por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas".*

1. El delito de contaminación

Es menester advertir que en el delito de contaminación, el legislador ha respetado la letra del *"nullum crimen..."* al criminalizar primariamente las formas de ataque a los valores ambientales, pero esto no quiere decir que no escape a las ambigüedades en sus respectivas formulaciones. En nuestro tiempo proliferan preceptos penales con términos vagos y porosos, con cláusulas generales o de intenso contenido valora-

tivo[790], quebrantando la seguridad jurídica expresada en el mandato de taxatividad o de determinación (*"lex certa"*) "...que obliga a la máxima precisión en los mensajes normativos del legislador y la máxima vinculación del juez al tenor de dichos mensajes a la hora de adoptar sus decisiones"[791].

Ahora bien, no queremos ser cómplices primarios "silenciosos" de un evidente oscurantismo, de un dislate jurídico imputable *ex-profesamente* al legislador patrio al redactar un exacerbado condicionamiento en el momento consumativo del tipo penal básico del Art. 304ºdel CP. En la tipicidad objetiva el supuesto de hecho está determinado por dos etapas bien definidas.

En lo concerniente a la conducta típica, se tiene que cumplir tres momentos de progresión aumentativa:

- Que la actividad contaminante sea ejecutada mediante "vertidos".
- Que los vertidos infrinjan las normas (jurídicas) sobre protección del medio ambiente.
- Asimismo, que supere los límites permitidos reglamentados extra-penalmente.

En lo concerniente al resultado típico se precisa:

- De un resultado en sentido amplio, es decir causar peligro concreto o lesión, con la consiguiente necesidad de probanza de la relación causal, y lo más risible, que dicho resultado típico recaiga "simultáneamente" en la flora, fauna y recursos hidrobiológicos.

---

[790] Así: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Malos tiempos para la codificación penal en Europa. A propósito de nuevo CP español", en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 7/8, Lima, 1999, p. 277.

[791] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 256 - 257.

La conducta típica en sentido estricto de la contaminación ambiental (Art. 304º CP) se expresaba de la siguiente manera: "*El que infringiendo las normas sobre protección del medio ambiente, lo contamina vertiendo residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquier otra naturaleza...*". Si bien la conducta prohibida exige que sea provocada mediante el vocablo "contaminación"[792], o llamados por otros "polución"[793], también es cierto que esta presenta dos restricciones. En la primera, está expresado en el mismo verbo rector del tipo: contaminar, pero esta debe

---

[792] CARO CORIA (CARO CORIA, Carlos. *Protección penal del ambiente*, Lima, 1995, p. 281) define a la contaminación como "...el acto de lograr la presencia en el ambiente de una o más contaminantes, o de cualquier otra combinación de ellos en concentración o en niveles capaces de comprometer, perjudicar o incomodar la vida, la salud o el bienestar humano". Por su parte, RODAS MOLSALVE, *Protección penal y medio ambiente*, Barcelona, 1994, p. 290, lo entiende como el "conjunto de compuestos tóxicos que el hombre libera en la biosfera, y también las sustancias que sin ser verdaderamente peligrosas para los organismos, ejercen una influencia perturbadora sobre el ambiente". MAGARIÑOS DE MELLO (citado por FOY VALENCIA, Pierre. "En busca del Derecho ambiental", en: *Derecho y ambiente. Aproximaciones y Estimativas*. PUCP, Lima, 1997, p. 111) define como "el acto o el resultado de introducir artificialmente en un medio dado, cualquier elemento o factor que altere negativamente las propiedades bióticas del mismo, por no estar neutralizado por mecanismos compensatorios naturales".
El término contaminación nos puede llevar a confusiones por su amplitud pues en la actualidad se prefiere hablar de "entorno" antes que "recursos". En consecuencia, la contaminación podría definirse como cualquier deterioro del entorno en forma global por lo que se hace inmanejable su conceptualización, más aun cuando las conductas comienzan en niveles más bajo y terminan en los niveles más dramáticos: desde la simple costumbre de arrojar colillas de cigarros a la vía pública, hasta las grandes contaminaciones industriales de las fábricas que arrojan gran cantidad de residuos químicos a la atmósfera, las amenazas radiactivas entre otras.

[793] MOSSET ITURRASPE, Jorge, en: MOSSET ITURRASPE, Jorge/ HUTCHINSON, Tomás/ DONNA, Edgardo. *Daño ambiental*, tomo I, Buenos Aires, 1999, p. 54 y ss. "La polución ambiental es la degradación de la calidad ambiental, resultante de actividades que, directa o indirectamente, perjudican a la salud, a la seguridad o al bienestar de la población con reflejos daños sobre la propia vida".

hacerse bajo una determinada modalidad: "*vertidos*"[794]. La voz *verter* gramaticalmente significa derramar o vaciar líquidos y también cosas menudas; como sal, harina, etc.[795] El tipo penal no indica a donde serán arrojados, pero se entiende en el aire, agua o suelo. Como puede evidenciarse la voz *verter* no se corresponde con la realidad social, porque existen casos -por ejemplo, de verter residuos radioactivos- que cuando son arrojados por ejemplo en la gran Fosa Atlántica no están dentro de tal acepción (cosas menudas) dado su gran volumen y peso. Los vertidos pueden ser de forma inmediata o directa (que se realizan sobre un curso de agua, cauce público o canal de riego), o de forma indirecta ya que puede realizarse a través de azarbes, canales de desagüe y pluviales.

Por otro lado, la segunda restricción del tipo está referida al medio empleado. Esto es, que los vertidos deben realizarse a través de "*residuos*" sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquier otra naturaleza. Cualquiera sea el campo en el que el hombre desenvuelva sus actividades industriales, agrícolas, sociales o domésticas, la huella de su paso irá marcada por una pesada carga de residuos. Gramaticalmente residuo significa "lo que resulta de la descomposición o destrucción de una cosa" o al "material que queda como inservible después de haber realizado un trabajo u operación"[796]. Residuo es lo restante, lo que queda después de ser sometido a un proceso

---

[794] El CP español (Art. 325º), al describir la modalidad contaminante, lo hace utilizando vocablos diversos: *"emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos***".**

[795] *Diccionario de la lengua española. Real academia española*, tomo II, Madrid, 1992, p. 2081.

[796] *Diccionario de la lengua española. Real academia española*, tomo II, Madrid, 1992, p. 1263. En Argentina lo más razonable sería hablar de sustancias residuales que tendrían como finalidad causar "peligro", y soslayar la distinción que tiende a dividir por un lado los insumos y por el otro a los residuos. Entonces, razonable sería hablar que los riesgos para el ambiente se limitan a los desechos que las actividades humanas generan y que la utilización de los insumos, en principio, están exenta de peligrosidad. (Así, COSTA, Mario Gustavo. "Residuos y principio de legalidad", en: *La Ley, Suplemento de Derecho Ambiental*, 26-Diciembre-2003, Buenos Aires, p. 4).

determinado. Es lo que queda tras un proceso de consumo del insumo respectivo, y que evidentemente es separable del producto, o sea lo que no "queda", o sea la parte aprovechable tras ese proceso[797]. Ahora, los residuos industriales difieren fundamentalmente de los urbanos en que son muchos más variados, tanto desde el punto de vista físico, como químico. Por otra parte, estos se recuperan en mayor proporción en las propias fábricas y en las industrias de tratamiento de materiales secundarios. Pero no solo se puede contaminar vertiendo residuos, sino también con otras sustancias no residuales. Ejemplo: hidrocarburos.

Respecto a los verbos rectores "contaminar" mediante "vertidos residuales", debe señalarse que su adecuación típica está condicionada a una serie de elementos normativos y descriptivos, entre los que se destaca la dependencia a las infracciones de la legislación administrativa, que es última instancia, el que define esta primera parte del injusto penal bajo análisis. En otras palabras, el *disvalor* de la acción que sanciona el Art. 304º CP es que el sujeto activo contamine no en términos penales sino en términos administrativos. Sobre este punto será materia de análisis cuando toquemos la accesoriedad administrativa.

Por último, el tipo de injusto básico prevé otras posibilidades de contaminación al señalar que los vertidos puedan ser *"residuos de cualquier otra naturaleza"*. Aquí, el tipo penal descarga toda su magnitud de tipo abierto. Este último es un recurso técnico que el legislador posee para abarcar otros supuestos parecidos a la contaminación como principalmente los desechos tóxicos peligrosos y a los desechos radiactivos que no cuentan en

---

[797] Por ejemplo, el primer problema planteado por los residuos sólidos es su *eliminación*. La solución principal que la sociedad ha dado a este problema es bastante primitiva: quitárselo de la vista, arrojando los residuos en las afueras de las ciudades, u ocultar el problema, enterrándolos. Debido al aumento poblacional esto se torna cada vez más difícil por lo que se están contemplando otras alternativas: reducción por incineración y el aprovechamiento mediante recuperación o transformación. El segundo problema que ha afectado a los residuos sólidos ha sido el de la protección al ambiente. La diferencia fundamental entre los residuos sólidos y otros agentes contaminantes, líquidos o gaseosos, es su *permanencia en el lugar de origen*.

nuestro país con una regulación especial, descartándose la posibilidad de contaminación odorífica, energética o sonora que encontrarían tipificación en otros tipos como el Art. 273°, Art. 452º, numeral 6 del CP[798].

El tipo penal en cuestión (según la Reforma de la Ley Nº 29263) señala en primer lugar, lo siguiente: *"El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles*". La infracción administrativa cumple, entonces, una mera *función indiciaria* de la superación del riesgo penalmente permitido. Por esa vía –dice CARO CORIA– no se vincula absolutamente la tipicidad penal a normas administrativas que no siempre resultan tan irreprochables en sus objetivos y en su contenido como en un principio se podría suponer. En todo caso, la infracción administrativa puede operar como "indicio de peligrosidad", de modo que el Juez deberá constatar caso por caso y conforme a las exigencias del concreto tipo penal la presencia de una posibilidad de afectación al bien jurídico"[799].

---

[798] La contaminación sonora no es considerado delito en nuestro DP, más que una contravención (Art. 452º, numeral 6 CP, Faltas contra la tranquilidad pública). El ruido, es considerado como un sonido indeseado por el receptor o como una sensación auditiva desagradable y molesta, es causa de preocupación en la actualidad, por sus efectos sobre la salud, sobre el comportamiento humano individual y grupal; debido a las consecuencias físicas, psíquicas y sociales que conlleva. La evolución experimentada por los países desarrollados en las últimas décadas, con la proliferación de industrias, aumento espectacular del parque automovilístico y de los medios de transporte público, a la vez que ha contribuido a elevar la calidad de vida de los ciudadanos, ha ocasionado un incremento de la contaminación ambiental y, en particular, de la producida por ruidos y vibraciones. Las consecuencias negativas del ruido, por sus características peculiares, afloran a lo largo de dilatados periodos de tiempo. Estas características del ruido, unidas a la complejidad de los procesos para su evaluación y control, fueron determinantes para que hasta el año 1972 no fuera reconocido oficialmente, en el Congreso de Medio Ambiente organizado por Naciones Unidas en Estocolmo, como agente contaminante. En nuestros días, el ruido es considerado como una forma importante de contaminación y una clara manifestación de una baja calidad de vida.

[799] CARO CORIA, Dino Carlos. "El valor de la infracción administrativa en la determinación del riesgo permitido en el Derecho penal económico",

Como puede verse, el legislador nacional con la nueva versión del Art. 304º incorpora sucesivamente, de modo indistinto, que el sujeto puede infringir leyes, reglamentos o límites máximos permisibles. Sobre esto último, la ley penal hace un cambio semántico ya que antes se decía solo "valores límites", ahora se exige, acorde con la LGA, que la conducta sobrepase los límites máximos de permisibilidad, y lo más interesante en aras de la aplicabilidad real y no simbólica del tipo penal en comento, es que no exige que necesariamente se "sobrepase" los valores límites como se interpretaba anteriormente, ahora la nueva redacción simplemente señala lo siguiente: *"El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles"*, la letra "o" hace que los límites máximos de permisibilidad no sean una exigencia previa sino en todo caso un presupuesto alternativo, porque sino existieran tales límites máximos de permisibilidad –como de seguro que no lo hay en varios sectores económicos y era el gran problema hasta antes de la reforma legal– habrá, en su defecto, para ello ciertos reglamentos, y por último si no existieran reglamentos en cada sector económico existirá, en su defecto para ello una Ley General –como la del Ambiente– que podría verse afectada por las conductas contaminantes de empresas o grupos de personas involucradas en actividad empresarial. En otras palabras, con la reforma legal Nº 29263 se ha dado mejor cobertura de protección penal al ambiente y sus componentes.

Ahora bien, de nada servirá que se haya verificado, previamente, un evidente resultado dañoso al ambiente y sus componentes, que en realidad es lo que más sobresale en un proceso penal. Puede suceder que el resultado, como por ejemplo, que el ganado de una comunidad campesina aparezca muerto una mañana en un terreno agrícola, haya sido causado por una alimentación adulterada, y no por conductas humanas contaminantes. En tal sentido, si la conducta del sujeto o los sujetos activos no se ha realizado de determinada manera y condición, por más resultado que hubiere no se aplicará el tipo penal en comento. Podría existir un delito contra la salud pública pero no un delito de contaminación ambiental. En efecto, el

---

en: *Materiales de Enseñanza,* Maestría en Derecho penal, Derecho penal económico, Ciclo 2004-II, Pontificia Universidad Católica del Perú.

tipo penal del Art. 304º, en la nueva versión legal, señala textualmente que la conducta típica es que: "*...provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes...*", y debe hacer en determinadas áreas de influencia como es: "*... la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas...*". En la versión original del Art. 304º del CP simplemente y de manera escueta se decía lo siguiente: "*…lo contamina vertiendo residuos sólidos, líquidos o gaseosos o de cualquier otra naturaleza…*"

Por otro lado, se entiende por contaminación del medio hídrico o contaminación del agua a la acción o al efecto de introducir algún material o inducir condiciones sobre el agua que, de modo directo o indirecto, impliquen una alteración perjudicial de su calidad en relación a sus usos posteriores o sus servicios ambientales. Por otro lado, la contaminación del agua (véase de los ríos, de los lagos y los mares) es producida, principalmente, por cuatro vías: vertimiento de aguas servidas[800], de basuras[801], de relaves mineros y de productos químicos[802].

---

[800] **Vertimiento de aguas servidas.** La mayor parte de los centros urbanos vierten directamente los desagües (aguas negras o servidas) a los ríos, a los lagos y al mar. Este problema es generalizado y afecta al mar (frente a Lima y Callao, frente a Chimbote), a muchos ríos (Tumbes, Piura, Santa, Mantaro, Ucayali, Amazonas, Mayo, etc.) y a lagos (Titicaca, Junín). Los desagües contienen excrementos, detergentes, residuos industriales, petróleo, aceites y otras sustancias que son tóxicas para las plantas y los animales acuáticos. Con el vertimiento de desagües, sin previo tratamiento, se dispersan agentes productores de enfermedades (bacterias, virus, hongos, huevos de parásitos, amebas, etc.).

[801] **Vertimiento de basuras y desmontes en las aguas.** Es costumbre generalizada en el país el vertimiento de basuras y desmontes en las orillas del mar, los ríos y los lagos, sin ningún cuidado y en forma absolutamente desordenada. Este problema se produce especialmente cerca de las ciudades e industrias. La basura contiene plásticos, vidrios, latas y restos orgánicos, que o no se descomponen o al descomponerse producen sustancias tóxicas (el fierro produce óxido de fierro), de impacto negativo.

[802] **Vertimiento de productos químicos y desechos industriales.** Consiste en la deposición de productos diversos (abonos, petróleo, aceites, ácidos,

2. La accesoriedad del DP ambiental en relación con el Derecho administrativo: el caso del delito de contaminación ambiental

2.1. Concepto

Ante la trascendencia de la infracción del precepto administrativo, que tiene implicancias importantes en el plano de la tipicidad como en la antijuridicidad penal, el juzgador puede optar, según CARO CORIA[803], por dos alternativas: a) puede realizar un juicio puramente intrasistemático, basado en la interpretación del tipo penal aislado del resto del ordenamiento jurídico, de modo que no le otorgue valor alguno a los preceptos administrativos; y, b) la segunda opción se contrapone a la primera, pues aquí el Juez no es indiferente al principio de unidad del ordenamiento jurídico y opta por delimitar la prohibición contemplada en el tipo penal, teniendo en cuenta la regulación administrativa.

En el delito de contaminación ambiental se ha seguido la segunda alternativa. En tal virtud, el contexto de la regulación administrativa en la delimitación del injusto penal del Art. 304º CP está, por ejemplo, cuando prescribe que los actos contaminantes infraccionen las "*normas sobre protección del medio ambiente*"[804]. Dicho de otro modo, lo que está aludien-

---

soda, aguas de formación o profundas, etc.) provenientes de las actividades industriales. Este problema es generalizado cerca de los centros petroleros (costa norte y selva), en las zonas de la industria de harina y aceite de pescado (Pisco, Paracas, Chimbote, Parachique, Paita), en las zonas de concentración de industrias mineras (Oroya, Ilo), y en zonas de industrias diversas (curtiembres, textilerías, etc.).

[803] CARO CORIA, Dino Carlos. "El valor de la infracción administrativa en la determinación del riesgo permitido en el Derecho penal económico", passim.

[804] En su afán omnicomprensivo el tipo penal establece: "*El que infringiendo las normas sobre protección del medio ambiente*". Claro está, que hay una aparente limitación, pues solamente tendrán relevancia penal aquellas normas jurídicas que tenga como finalidad específica "*la protección del medio ambiente*". Sin embargo, no precisa a qué clase de normas jurídicas se está remitiendo. Pueden tener rango constitucional, legal. En este último, se vulnerará el

do es que la protección penal del ambiente es un área primordialmente *ocupada* por el Derecho administrativo[805]. Es lo que se llama en doctrina normalmente la "accesoriedad del DP respecto al Derecho administrativo", que en materia ambiental es una técnica completamente irrenunciable[806],

---

Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales, especialmente los artículos I, II, IV, VII, VIII, IX, X, XI y XI y XII de su Título Preliminar y de sus artículos 1°, incisos 5) y 8), 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 10°, 12°, 36°, 37°, 38, 39°, 49°, 50°, 51°, 53°, 55°, 88, 96°, 97°, 114°, 117°, y 118°. Normas que a tenor de lo puntualmente establecido en el Art. X de su Título Preliminar son de *"…orden público"*. Asimismo, se vulnerarían los Tratados ratificados por el Perú, esta interpretación es válida como medio para evitar lagunas de punibilidad por existir escasez de normas administrativas; leyes; decretos legislativos; decretos leyes; ordenanzas municipales; normas regionales; y una pléyade de reglamentos que se complementa, que suplen y, en no poca medida, pueden contradecirse, como son los decretos supremos.

[805] HEINE, Günter. "Accesoriedad administrativa en el Derecho penal del medio ambiente", en: *ADPCP*, 1993, p. 292 (Las cursivas son del texto); MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1996, p. 504 señala que "La reglamentación administrativa es pues, decisiva para la delimitación del supuesto de hecho típico, hasta el punto que si la conducta no está prohibida y prevista por dicha reglamentación o se produce dentro de límites autorizados por la misma, no tendrá aplicación..."

[806] En este sentido, véase: ESER, Albin. "Derecho ecológico", en: *Revista de Derecho Público*, Vols. II y IV, Madrid, 1985, p. 643; HEINE, Günter. Op. Cit. p.57; MOECKEL GIL, Emilio. "Perspectivas del delito ecológico en el CP de 1995. Su prueba en el proceso", en: *CPC*, N° 65, 1998, p. 386; RODAS MONSALVE, Julio César. *Protección penal y ambiente,* PPU, Barcelona, 1994, p. 224 cuando afirma que "ve en aquella una estructura técnica riesgosa, pero necesaria dada la índole compleja de determinadas materias que hace inevitable una cierta flexibilización de los presupuestos típicos, la que debe, sin embargo, someterse a restricciones para asegurar que la definición de la conducta prohibida quede en manos del legislador penal en sentido estricto"; DE LA MATA BARRANCO, Norberto. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Barcelona, 1996, p. 31 y 61. Asimismo, HEINE, Günter. Op. Cit., p. 293. Este autor admite que *"...para el Derecho penal las consideraciones del ordenamiento jurídico-administrativo sobre daños al medio ambiente son, en gran medida, imprescindibles"*.

aunque también existen autores que se muestran críticos ante la accesoriedad[807]. Por otro lado, la accesoriedad se destaca, como modelo técnico-legislativo, porque aunque exista un verdadero peligro o lesión efectiva a los objetos ambientales, resultará irrelevante penalmente sino se infringe las normas jurídicas de protección del ambiente. En otras palabras, el principio de accesoriedad administrativa responde a una nueva tendencia en materia jurídico-penal, a denominarse "administrativización" del DP[808]. Además, la pérdida de los contornos precisos de la norma penal y la proliferación de elementos normativos respecto al ámbito administrativo se deben a la inevitable "modernización" de la ley penal[809].

La accesoriedad administrativa, como dice SCHÜNEMANN representa *el punto de Arquímedes del DP del medio ambiente* y de amplios ámbitos del DP económico en su conjunto[810]. Por tal motivo, para apaciguar los poderosos escollos que enfrenta la accesoriedad, esta debe sujetarse a tres reglas básicas. En primer lugar, debe primar el principio

---

[807] Véase: SCHÜNEMANN, Bernd. "Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana", traducción de Manuel Cancio Meliá, en: *RPCP*, N 5, Lima, 1995, pp. 248 y 249. En nuestra doctrina: REYNA ALFARO, Luis Miguel. "La protección penal del medio ambiente: posibilidades y límites", disponible en: www.unifr.ch/derechopenal/artículos/pdf/Reyna1.

[808] Este fenómeno de la administrativización del Derecho penal es criticado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl /ALAGIA, Alejandro/ SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*, 2000, Buenos Aires, p. 11, ya que banaliza el contenido de la legislación legal, destruye el concepto limitativo del bien jurídico, profundiza la ficción de conocimiento de la ley, pone en crisis la concepción del dolo, cae en responsabilidad objetiva y, en general, privilegia al Estado con el patrimonio de los habitantes".

[809] GARCIA ARAN, Mercedes. "Algunas características generales del CP español de 1995: ¿Hacia la superación del Derecho penal de la codificación?", en: *Gaceta Jurídica*, Tomo 49, Lima, 1997, p. 56.

[810] SCHÜNEMANN, Bernd. "¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?", traducción de Teresa Rodríguez Montañés, en: *Jornadas sobre "Reforma del Derecho penal en Alemania"*, Madrid, 1991, p. 45.

de *unidad* del ordenamiento jurídico, en el sentido que no puede haber una contradicción entre la prohibición penal y la permisión en sede administrativa. La accesoriedad debe producir una valoración unitaria del Derecho administrativo ambiental y del DP ambiental. Como correlato de esto, en segundo lugar, teniendo en consideración el principio de *subsidiariedad* en el ámbito punitivo, el DP no puede penalizar aquellos comportamientos que el Derecho administrativo autoriza. En otras palabras, en virtud del principio de intervención mínima, el DP reglamenta la actuación accesoria y subsidiaria respecto del Derecho administrativo más aún en una materia como la ambiental tan sujeta a una compleja protección de este ordenamiento, lo que supone la previa infracción de normas administrativas antes de dar paso a la sanción penal que, por otra parte, supone atentados ambientales de cierta gravedad. En tercer lugar, resulta evidente que las normas penales (como en el caso del delito de contaminación ambiental) no pueden determinar cuándo comienza exactamente el límite punible contaminante, con lo cual las normas administrativas, a través de los valores-límite, servirían de auxilio.

La accesoriedad administrativa no es otra cosa que la injerencia del Poder Ejecutivo –a través de reglamentos sectoriales que constituye una delegación legislativa- en las facultades legisferantes del Poder Legislativo. Esta situación de accesoriedad respecto del Derecho administrativo de los tipos penales ambientales se debe fundamentalmente a dos cuestiones: en primer lugar, porque en un ámbito de situaciones conflictivas entre protección del ambiente y desarrollo económico, es el Derecho administrativo, quien debe fijar el equilibrio de ambos. En segundo lugar, si se deja al criterio de la administración pública esta cumplirá una función más especializada, además que sus instrumentos jurídicos son menos "toscos" que los que posee el DP, entonces, aquel habrá de intervenir para reforzar la ejecución de la decisión administrativa[811]. A toda esta argu-

[811] Crítico, por ejemplo: HERZOG, Félix. "Límites al control penal de los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el Derecho penal en peligro)", traducción de Larrauri Pijoan y Pérez Álvarez, en: *ADPCP*, 1993, p. 320 ("La accesoriedad de la Administración en el Derecho penal del medioambiente

mentación se agrega el hecho que el delito ambiental viene a ser la confirmación del fracaso de los medios de control extra-penales, por lo que el sistema penal poco o nada puede hacer dentro del proceso de socialización del individuo debido justamente a su carácter secundario del DP.

Parece evidente que la razón de ser de la accesoriedad administrativa en el DP ambiental, radica en que solo este debe servir de refuerzo a la regulación administrativa pues es a ella a la que fundamentalmente se reenvía[812]. Por tal motivo, siguiendo a RODRÍGUEZ RAMOS, decimos que la norma penal protectora del ambiente no es un instrumento principal ni primario, es decir no "...es principal el papel de la norma penal, porque solo puede auxiliar a la normativa y a la autoridad administrativa y, en el mismo sentido, no es primaria, sino secundaria en cuanto que cronológica y ontológicamente ha de existir antes o al mismo tiempo la normativa auxiliada que la auxiliante"[813].

Ahora bien, la peligrosidad del comportamiento contaminante debe medirse mediante criterios normativos de carácter penal, esto es que "(...) será necesario tomar en consideración la prescripción admi-

---

puede ser interpretada como un sinónimo de tal desintegración: el Derecho penal interviene, con gran anterioridad a la lesión del bien jurídico, bajo la presión de la gran importancia política de la ecología. Allí el Derecho penal opera, de nuevo, bajo presión económica, de la infraestructura, presión política del mercado laboral y otras presiones propias de intereses contradictorios").

[812] POLAINO NAVARRETE, Miguel. "La criminalidad ecológica en la legislación penal española", en: *Libro Homenaje al Prof. Del Rosal*, Madrid, 1993, p. 871; CANTERO BANDRES, Rocío. "El delito ecológico: análisis del actual tipo penal", en: Terradillos Basoco, Juan (Coord.). *El delito ecológico*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 62 y ss.

[813] RODRIGUEZ RAMOS, Luis. *"Alternativas de la protección penal del medio ambiente"* en: *CPC*, N° 19, p. 145. Apunta, BACIGALUPO, Enrique. *Estudios de la Parte especial del Derecho penal*, Madrid, 1994, p. 220 que "Es muy frecuente que el Derecho penal opere en este ámbito con un estricto carácter secundario, es decir, penalizando el incumplimiento de normas de conducta que corresponden a un ámbito que le es ajeno".

nistrativa, pero desde una perspectiva penal, es decir que la mera infracción formal no es lo que cuenta, sino la relevancia de puesta para la realización de un delito de peligro o de lesión para la estabilidad del ecosistema"[814].

El problema de la accesoriedad del DP respecto del Derecho administrativo no puede solucionarse elaborando enunciados categóricos convencionales como "no matarás", "no hurtarás" o en nuestro caso "no contaminarás". Esto es, tienen que reelaborarse los enunciados imperativos de la norma primaria que subyace a la ley penal traduciéndose ahora, no en una *prohibición*, sino en términos de *concesión*, es decir, "contaminarás hasta cierto límite". Lo determinante será ponerse de acuerdo en la delimitación normativa entre consumo y conservación, dejando de lado la respuesta punitiva para aquellos actos permitidos o socialmente no lesivos. Tal problemática, como dice SCHÜNEMANN[815], se asemeja a la negociación de un contrato colectivo. Existe una situación extraña porque las partes de la negociación (la generación futura) no está representada y la segunda parte (los contempladores del ambiente) solo cuenta con una representación muy reducida, de modo tal que la parte negociadora dominante (los consumidores del ambiente) es la que decide lo que estaría dispuesta a conceder a las otras partes si estas estuvieran representadas en su totalidad.

---

[814] CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, Lima, 1999, p.577. Este autor esquematiza su pensamiento en este tema (pp.297 y 298) pues afirma que se puede construir un modelo penal de mínima intervención y siguiendo su orientación por la antijuridicidad material y un disvalor de resultado en el injusto, conduce: 1) excluir una protección absoluta del ambiente. 2) erigir la tutela en función de límites de tolerabilidad técnicamente definidos, de modo que se permita ciertos niveles de degradación, por encima de los cuales opera la sanción penal tras infringirse el "riesgo permitido". 3) aceptar como necesaria la técnica de las leyes penales en blanco, de forma tal que el tipo incorpore en la descripción dichos límites de tolerancia.

[815] SCHÜNEMANN, Bernd. "Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho penal del medio ambiente", en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, Nº 9-A, Buenos Aires, 1999, p. 633.

Se reconoce que la actuación penal en materia ambiental no puede llevarse a cabo de espaldas a lo actuado en otros sectores del ordenamiento jurídico. En efecto, la propia Exposición de Motivos del CP peruano reconoce que la protección del ambiente *"...es un elemento fundamental de la existencia y supervivencia del mundo. Los controles sociales extrapenales y una adecuada legislación administrativa al respecto, deberán operar junto al CP*. Por eso, el principio de estricta legalidad sufre en la materia ambiental una fuerte erosión a causa de la irrupción de una cantidad de normas provenientes de fuentes secundarias. De un lado, es el mismo principio del "equilibrio" entre el bien ambiental y otros innumerables intereses sociales, económicos y productivos en conflicto[816].

Consideramos necesario poner de relieve que en este ámbito y ante la verificación de un hecho lesivo en contra del ambiente natural, generalmente reinará una duplicidad sancionadora: la del DP y la del Derecho administrativo sancionador. Acá debe tenerse en cuenta lo establecido por el Art. 230.4 de la LPAG (Ley 27444) que describe el principio de tipicidad administrativa, prohibición de la analogía o interpretación extensiva en materia administrativo-sancionadora. En todo caso, deberá establecerse una delimitación razonable de las competencias regulativas con certeza y seguridad jurídica. Será preciso también acatar los principios de orden constitucional como el de *ne bis in idem*[817] en su articulación procesal y material. Este principio, como sabemos, impide que un sujeto sea sancionado dos veces sobre la misma infracción cuando exista identidad de sujeto, de hecho y de fundamento.

---

[816] PALAZZO, Francesco. "Principios fundamentales y opciones político-criminales en la tutela penal del ambiente en Italia", en: *Revista Penal*, Praxis, Barcelona, 1999, p. 70.

[817] Así, DEL CASTILLO FALCON CARO, María. *"El delito ecológico en la jurisprudencia criminal española"*, en: *CPC* N°59, 1996, p. 516; TERRADILLOS BASOCO, Juan. "*El ilícito ecológico: sanción penal-sanción administrativa*", en: Terradillos Basoco, Juan (Coord). *Delito ecológico*, Trotta, Madrid, 1992, p. 87 y ss.; RODRIGUEZ RAMOS, Luis. Op. Cit., p. 146.

2.2. Los grados de la accesoriedad administrativa

Las fuentes de riesgo exigen pues la "apertura" del DP a las reglas extra-penales que gobiernan cada sector de actividad. Esto supone ya un serio obstáculo para la pretensión de configurar un modelo jurídico-penal *autónomo o puro* en materia ambiental. Sin embargo, como se ha dicho, tenemos que seguir encaminados inevitablemente en la "accesoriedad administrativa" como injerencia del Poder Ejecutivo, y como se sabe está sujeta a un mayor o menor grado de subordinación con respecto a la protección jurídico-penal. Es decir, tendrá que sentarse una posición sobre el grado de dependencia. ¿Acaso será suficiente la violación de las normas administrativas para aplicar los tipos penales correspondientes?, o ¿la aplicación del tipo penal tendrá que realizarse sin tener en cuenta la regulación –y vulneración– administrativa? En el Derecho comparado se admiten las siguientes dependencias:

2.2.1. Cuando la intervención jurídico-penal es absolutamente dependiente del Derecho administrativo

Es el grado más dependiente de la accesoriedad extra-penal y se presenta en primer lugar, para cautelar y garantizar el cumplimiento y la ejecución de las decisiones de orden administrativo. Su finalidad está en el reforzamiento de las facultades de control y supervigilancia de las autoridades. Se presenta cuando la norma penal de conducta por sí sola prescribe la observancia de determinadas decisiones de la autoridad administrativa. Por consiguiente, el DP termina por tutelar aspectos meramente formales de la legislación administrativa o bien simplemente *funciones administrativas de prevención o control* en el sector ambiental, y desconoce el principio de ofensividad material de los bienes jurídicos (Art. IV del Título Preliminar del CP), y la consiguiente sustitución del *DP de los valores (y de los desvalores) por un DP de las funciones*[818]. Sin

[818] MORALES PRATS, Fermín. "La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: Ley penal en blanco y concepto de peligro", en: *Estudios Penales en memoria del Prof. Dr. José Ramón Casabó Ruíz*, Segundo Volumen, Valencia, 1997, p. 477.

embargo, el factor preocupante de este modelo reside en la confianza que se tiene respecto de quienes tienen la potestad de sancionar y prevenir los atentados al ecosistema natural, ya que se deja al libre albedrío determinados actos tanto de fiscalización (expedición de licencias, diligencia de inspecciones, etc.) como discrecionales en función a la imposición de sanciones penales[819].

2.2.2 Cuando la intervención jurídico-penal es relativamente dependiente de la regulación administrativa

Para este modelo no será suficiente la mera desobediencia o contravención administrativa, sino que hace falta, en función a las consecuencias jurídicas, las posibles repercusiones negativas que puedan acarrear en la salud de las personas como en el mismo ámbito del equilibrio ecológico. La regulación de los delitos ambientales del CP peruano se inscribe en este marco. En materia de la contaminación del aire y ruido excesivo, dice TIEDEMANN[820], son únicamente punibles en el Derecho alemán a condición de que el autor infrinja gravemente las reglamentaciones aprobadas por las autoridades competentes para la protección del medio ambiente y con el requisito adicional de que esos actos cambien la composición natural del aire de manera que se vean amenazados la salud humana, los animales, las plantas o las cosas de considerable valor. Por este motivo, se busca que la mayoría de infracciones ambientales se legislen a partir del CP, para obtener una mayor conciencia y prevención en la población.

Ahora, en doctrina se habla de una dependencia relativa respecto al *Derecho administrativo o al acto administrativo*[821]: en la primera, nos hallamos ante un caso de ley penal en blanco, ya que la normativa ad-

---

[819] En este mismo sentido: RODAS MONSALVE, Julio César. Op. Cit., p. 205.

[820] TIEDEMANN, Klaus. "El Derecho penal alemán del ambiente: cuestiones dogmáticas novedosas", traducción de José Luis De la Cuesta, en: Mazuelos Coello, Julio (comp.) *Derecho penal económico y de la empresa*, 1996, Lima, p. 262.

[821] Así, RODAS MONSALVE, Julio César. Op. Cit., p. 206.

ministrativa es un elemento del tipo objetivo del injusto, por lo que la materia prohibitiva está en la norma penal. En la segunda, en cambio, es el grado más débil de la accesoriedad relativa, por lo que las relaciones penal-administrativas son mediante la referencia a las disposiciones de la autoridad administrativa[822]. En este caso, por ejemplo, sería el Art. 307º del CP peruano –manipulación de desechos– cuando señala como sede del delito "lugares no autorizados".

2.2.3. Cuando la intervención jurídico-penal es absolutamente independiente de la administración

En esta hipótesis se quiebra la determinación del modelo equilibrado entre el límite institucional de la gestión administrativa y el necesario respeto que debe guardar el DP para delimitar la protección del ecosistema natural. Según esta apreciación, se produce un grado de indiferencia estructural de la intervención punitiva hacia la propia legislación administrativa, que como hemos dicho, es consustancial a la protección del ambiente natural, cuando se trata de situaciones irregulares que no pueden ser amparados por ningún sector del ordenamiento jurídico. Se ha destacado además, que los niveles de tolerancia están sujetos a diferentes criterios y evaluación de riesgos por parte de la administración pública. Por ejemplo, las discusiones sobre los estándares denominados valores-límite, no evitan riesgos mortales latentes para la población, son en definitiva, más que decisiones técnicamente disfrazadas sobre riesgos producidos socialmente adecuados y todavía tolerados[823].

---

[822] Una sujeción irrestricta a la accesoriedad administrativa abarcaría aquella según la cual en Derecho penal han de respetarse incluso aquellas autorizaciones de emisiones contaminantes realizadas por la autoridad administrativa que sean antijurídica. Es decir un acto administrativo antijurídico tiene validez hasta su anulación por los tribunales contencioso-administrativos, de modo que habría de ser respetado también en el ámbito del Derecho penal.

[823] HEINE, Günther. Op. Cit., p. 298.

2.2.4. Toma de postura

Resulta claro que el legislador penal no debe crear modelos autónomos o puros de intervención punitiva en materia ambiental, de espaldas al entramado institucional y normativo preexistente. Por otro lado, cada una de las tres formas de la accesoriedad administrativa plantea problemas dogmáticos específicos y por ello no deberían ser confundidos. Especialmente es de considerable relevancia la cuestión de si la accesoriedad administrativa se vuelve un tema a nivel del tipo o de la justificación. Ahora bien, asumir un modelo de excesiva dependencia con respecto a los presupuestos extra-penales supone indefectiblemente problemas de solapamiento entre los ilícitos penales y los ilícitos administrativos. Por el contrario, optar por un modelo de intervención penal excesivamente autónomo trasluce una ignorancia de la propia lógica interna del DP con respecto a cada modelo de actividad que la administración pública está llamada primariamente a controlar y vigilar. Por ello consideramos que ante los diferentes grados de accesoriedad debe ampararse fórmulas de equilibrio en el modelo de intervención penal. Así, pues, asumimos una *dependencia relativa* de las normas administrativas, o mejor dicho, del Derecho administrativo con relación a la regulación penal ambiental. De tal manera que la infracción a las normas administrativas conllevará a un riesgo jurídicamente desaprobado y nada más, restando todavía la determinación de los posibles resultados "típicos" que ella ocasione. Resulta evidente que la accesoriedad debe ser en función estrictamente a las normas del Derecho administrativo y no a actos[824].

[824] En este sentido, la crítica de SCHÜNEMANN. "Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho penal del medio ambiente", p. 636, en relación a la accesoriedad respecto del Derecho administrativo no cubre a la llamada accesoriedad del *acto* administrativo porque "…de este modo se estaría sustrayendo la acción misma del Poder Ejecutivo a todo control por parte de la justicia criminal, con lo cual se otorgaría al Poder Ejecutivo la última decisión sobre la conservación de las bases de subsistencia de la humanidad".

El Juez, si bien aplicará el tipo penal una vez verificada la afectación normativa a cualquiera de los objetos del bien jurídico-penal estabilidad del ecosistema, también es cierto que tendrá que comprobar –previo informe del sector correspondiente– la infracción de las normas de protección del ambiente. En resumen, la función del Derecho administrativo, en el marco de los delitos ambientales, es la de alimentar el contenido de la conducta típica –administrativamente hablando–, pero sin fundamentar una imputación penal, esto es, advertirá si una conducta estará dentro del marco de lo lícito (será un riesgo permitido o socialmente adecuado) y si por el contrario, existe un rebasamiento de dichos estándares reglamentarios; situación que da como resultado que faltará algún grado –ya no de dependencia administrativa– sino de ofensividad en los objetos que representan al bien jurídico-penal. Por ello, la accesoriedad administrativa fundamental del DP ambiental debe ser *mantenida*. Solo puede preguntarse seriamente qué tan necesarias o apropiadas son las modificaciones de esta accesoriedad[825].

En todo caso, cualquiera que sea el elegido en los grados de accesoriedad administrativa para la coordinación y defensa de los valores ambientales, estas se verán reflejadas positiva o negativamente en la eficacia de los sistemas de integración normativa. Esto es, en la técnica del reenvío (leyes penales en blanco), como una suerte de "causa" a "efecto" respectivamente. Además, tiene que haber una diferenciación entre las prohibiciones que impone el Derecho administrativo ambiental y las que impone el DP ambiental, aunque actualmente se admiten diferentes aspectos a fin de integrarlas unitariamente[826]. El legislador penal debe

---

[825] TIEDEMANN, Klaus. "Derecho penal ambiental alemán en su contexto europeo y mundial" traducción de Manuel Abanto Vásquez, en: El mismo. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, Lima, 2000, p. 228.

[826] En doctrina se ha clasificado la integración de las prohibiciones administrativas-penales en dos:

(i) Se habla de una llamada prohibición represiva con reserva de liberación. Que ve en la conducta como perjudicial en lo fundamental, sin embargo se prevé la facultad de conceder una *dispensa* bajo determinadas condiciones. Un caso en el Perú sería por ejemplo la Ley 26631 (Art. 2)

estar atento a las reglas de funcionamiento extra-penales con el fin de establecer técnicas de tutela que permitan una coordinación del DP en cada sector, preservando el carácter de *ultima ratio* de la intervención penal. Finalmente, todo esto debe estar globalmente diseñado mediante una política del Estado adecuada[827], a través de una regulación de orden técnico, amplio y completo. Tal diseño servirá no solamente para configurar los vacíos de los tipos penales en bienes jurídicos novísimos, sino también para el eficaz desarrollo con tendencia conservadora y restauradora.

2.3. La Ley penal en blanco

La asignación de las normas incriminadoras en materia ambiental por parte del legislador peruano, se muestra con más fuerza –por la proliferación en todas las descripciones típicas–, de una técnica discutida pero al mismo tiempo necesaria, llamada *leyes penales en blanco*[828]("Blankettstrafgesetze") cuya elaboración correspondió a Karl

---

mediante los Estudios de Impacto Ambiental y Programas de Adecuación y Manejo Ambiental. Es más, el Derecho penal puede vincularse, sin rupturas, a la valoración legislativa del Derecho administrativo y prohibir igualmente la conducta correspondiente. Solamente debe tomar en cuenta la posibilidad de dispensa del Derecho administrativo. Esta dispensa, para algunos debe ser tratada como causa de justificación.

(ii) Por otro lado, se habla también de la llamada ***prohibición preventiva con reserva de permisión***. En este caso, puede tratarse de una conducta que por un lado, sea adecuada socialmente según valoración del Derecho administrativo, y por otro lado esté vinculada con peligros considerables. En este caso, la conducta es prohibida por el Derecho administrativo solamente con la finalidad de *controlar* peligros. Por lo que se pide en este nivel de prohibición, una concordancia entre la valoración administrativa y la penal.

[827] Vid., DE VEGA RUIZ, José Augusto. *El delito ecológico*, Madrid, 1994, p. 31.

[828] Por ejemplo, todos los artículos que comprende el rubro de "Delitos contra la Ecología" están diseñados bajo la técnica de leyes penales en blanco: Art. 304º "*Infringiendo las normas sobre protección del medio ambiente (...) por encima de los límites establecidos*".

BINDING, quien acudió a esta técnica legislativa para explicar ciertos casos de delegación y autorización de la autoridad federal a favor de la estatal de los *Lander*. Más adelante esta técnica fue desarrollada por MEZGER quien agrega otros dos elementos: i) cuando el complemento de la ley penal en blanco se halla contenido en la misma ley y ii) cuando se halla contenido en otra ley, pero que emana de idéntica instancia legislativa.

En el uso de la ley penal en blanco se distingue la *"norma sancionadora"*, que es la remitente, y la "*norma completante*", que es a la cual se dirige la remisión. La remisión puede ser estática, cuando se refiere expresamente a la fuente que complete el tipo penal; o dinámica cuando se remita en general a cualquier otra norma ya sea vigente o futura. En el tipo penal *sub examine* se ha optado por esta última por la complejidad de la materia y la necesidad de una regulación previa por el Derecho administrativo. La ley penal en blanco supone una delegación de la potestad legislativa en materia ambiental[829]. Es aquel tipo penal que describe solo la sanción jurídico-penal aplicable y confía para la determinación total del injusto a fuentes jurídicas extra-penales a la cual reenvía expresa o tácitamente, pero nunca define las condiciones prohibitivas del

---

Art. 306º "*sin observar las exigencias de las leyes y reglamentos sobre protección del medio ambiente*".
Art. 307º "*no autorizados o sin cumplir con las normas sanitarias y de protección del medio ambiente*"–párrafo primero–"*cuando el agente contraviene leyes, reglamentos o disposiciones establecidos*" (último párrafo).
Art. 308º "*...que están legalmente protegidas...*".
Art. 309º "*...que son prohibidas o vedadas o utiliza procedimiento de pesca o caza prohibidas*".
Art. 310º "*...que están legalmente protegidas*".
Art. 311º "*...tierras destinadas por autoridad competente...*".
Art. 312º "*...no conforme con los planes o usos previstos por los dispositivos legales o el profesional que informa favorablemente, a sabiendas de su ilegalidad*".
Art. 313º "*contraviniendo las disposiciones de la autoridad competente...*".

[829] Así, BLANCO LOZANO, Carlos. "Acerca de algunas cuestiones básicas del Derecho penal ambiental en el nuevo CP de 1995", en: *CPC,* N° 60, Madrid, p. 712.

injusto mismo. Debe añadirse que la *ratio* de esta técnica no es tanto de carácter sustantivo sino que sencillamente responde a criterios técnicos de economía legislativa.

Las leyes penales en blanco constituyen un caso especial de normas penales incompletas, pues requieren la determinación del supuesto de hecho[830]. Toda ley en blanco es, sin duda, una ley "incompleta", pero no toda ley incompleta es una ley en blanco[831]. La utilización de esta técnica tiene que ser excepcional desde que la mayoría de normas, en principio, son completas en el sentido que determinan ellas mismas el presupuesto de hecho y las consecuencias jurídicas derivadas del delito. En el momento actual, se incluyen dos supuestos de leyes penales en blanco: 1) aquellos en que el supuesto de hecho se complementa mediante una ley de igual rango; 2) los que deben ser completados acudiendo a una disposición de rango inferior. Nuestra normatividad penal en materia ambiental utiliza la cuestionable técnica del *reenvío dinámico*, a contrario de las denominadas *remisiones estáticas* que son admitidas constitucionalmente, por su perennidad y certeza en la fijación del contenido de conducta prohibida a través de una ley formal a una determinada norma extra-penal. Así las cosas, en el reenvío dinámico, las leyes remiten a una serie de normas indeter-

---

[830] Aunque puede sostenerse, con razón, que en realidad todas las normas penales son incompletas pues sin excepción requieren ser integradas por otros en los que se encuentran conceptos, interpretaciones o normas integradoras. Por ejemplo, el homicidio simple (Art. 106º CP) requiere ser integrado, necesariamente, por el Art. 12º del mismo Código, en el que se señala que se trata de un delito doloso. Evidentemente a partir de la teoría de los elementos negativos del tipo, debería también buscarse la integración desde la consideración de las causas de justificación.

[831] GARCÍA PABLOS, Antonio. *Derecho penal. Introducción*, Madrid, 1995, p. 174. Asimismo este autor (p. 175) afirma que para perfilar mejor el concepto de las leyes penales en blanco, se ha acudido a tres vías: la distinción entre "precepto" o "supuesto" de hecho y "sanción", entre "norma sancionadora" y "norma complementaria" o "complementaria", o bien, se ha resaltado la importancia estructural de la remisión a una instancia distinta que la ley en blanco supone.

minadas presentes y futuras, acogiendo, sin más, el contenido que la norma extra-penal tenga en cada momento[832].

Ahora bien, la función de la técnica del reenvío tiene que reflejar un grado de integración con todo el ordenamiento jurídico en la medida en que las pretensiones penales y administrativas puedan ensamblarse en una ciencia jurídica penal-administrativa tutelar del ambiente. Dicho en otros términos, una vez integrado el tipo penal, el precepto administrativo pasa a ser, también, norma penal. Con lo cual quedará sometida la norma de complemento a los mismos principios de interpretación como son la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos y de retroactividad de disposiciones favorables, respetando, asimismo, el principio de jerarquía normativa propio del sistema de fuentes. Así, por ejemplo, no puede considerarse beneficioso integrar al tipo penal ciertas disposiciones administrativas que amplían el límite permitido de emisiones de ciertos gases, porque no puede considerarse como retroactivas a favor del reo.

No obstante, resulta discutible y polémica la técnica de la ley penal en blanco porque entre otras razones "...excluye las posibilidades motivadora de la norma penal, genera problemas en la relación DP-Derecho administrativo y parece llevar a pensar que, más que castigar la lesión del medio ambiente, se responde a la desobediencia de una decisión

---

[832] CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal del ambiente*, p. 378. Empero, sostiene este autor, que la técnica del reenvío dinámico se aleja del mandato de certeza y que además determina la ineficacia de las incriminaciones pues a los particulares les será relativamente fácil alegar con éxito la existencia de un error de prohibición ante la incertidumbre de las normas que complementan el tipo penal en blanco, lo que redunda en la exclusión, atenuación de culpabilidad y por ende de la pena, p.379. Por su parte, CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*, Bogotá, 1988, p. 99, opina, que son precisamente los reenvíos dinámicos los que, en ciertas circunstancias, solucionan los problemas técnicos que aconsejan dictar una ley penal en blanco y la legitiman. Los estáticos, en cambio, "solo son aceptables en casos, muy especiales, si es que alguno".

administrativa"[833], pues produce un secular enfrentamiento con los principios garantistas propios del ordenamiento sustantivo y procesal penal de un Estado de Derecho, como lo es, el principio de legalidad en su expresión *nullum crime sine lege previa*[834]**.** Sin embargo, el TC español, en un fallo pronunciado en las Sentencias 127/1990 y 62/1994, recogiendo la estructura típica del antiguo 347 *bis*, admite la constitucionalidad de la ley penal en blanco, siempre que exista un reenvío normativo expreso y justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley además de señalar la pena comprenda el núcleo esencial de la prohibición y que se satisfaga la exigencia de certeza, debiéndose dar la suficiente concreción para que la conducta delictiva quede adecuadamente precisada.

La remisión normativa de la norma penal en blanco ofrece la ventaja de otorgar mayor flexibilidad y agilidad en orden a la adaptación del DP a los cambios de la realidad social en parcelas especialmente complejas y tecnificadas y, a la vez, una mayor estabilidad y continuidad para la norma penal[835]. En consecuencia, la ley penal en blanco como

---

[833] Vid. en este sentido: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "El medio ambiente como bien jurídico tutelado", en: Terradillos Basoco, Juan (Coord.). *Delito ecológico*, p.49.

[834] TERRADILLOS BASOCO. "El ilícito ecológico: sanción penal-sanción administrativa", p. 91, manifiesta que el inevitable reenvío a normas de rango inferior no tiene por qué suponer merma del principio de legalidad, ya que en las materias en que es esencial una actuación preventiva de los poderes públicos a través de una compleja normativa administrativa, la configuración de los ilícitos penales como tipos "en blanco" es la más adecuada para conseguir una mejor definición de lo prohibido, cuyos contornos quedan precisados por aquella. (…) Lo decisivo es pues, que el reenvío efectuado por la ley en blanco respete el principio de legalidad, tanto en su faceta formal –relativa al rango necesario de las normas sancionadoras– como en su faceta material –predeterminación normativa de conductas y sanciones–.

[835] BLANCO LOZANO, Carlos. "Acerca de algunas cuestiones básicas del Derecho penal ambiental en el nuevo CP de 1995", p.712. Similar HEINE, Günther. "Accesoriedad administrativa en el Derecho penal del medio ambiente", p. 300.

técnica irrenunciable de tipificación penal en los diferentes tipos penales ambientales no supone un descrédito ni inseguridad jurídica, sino todo lo contrario. Prescindir de la remisión obligaría a la utilización de cláusulas generales imprecisas[836]. No utilizar la fórmula de la ley penal en blanco implicaría hacer nacer una ley con corta vida: el elemento objetivo conllevaría el riesgo de perder vigencia si la técnica o el avance científico modifica sus parámetros y planteándose serios problemas de orden constitucional, más graves que los que se pueden atribuir a esta forma de remisión.

Ahora bien, el problema no reside tanto en la seguridad jurídica que debe proporcionar el principio de legalidad a través de la ley penal en blanco, pues aun dándose una remisión a normas de rango inferior (reglamentos) seguiría estando claro el margen de lo penalmente prohibido; para ello bastaría con acudir a la norma extra-penal de carácter general. Empero, el problema de la ley penal en blanco está en la otra cara del principio de legalidad: el de *legitimidad,* o lo que es lo mismo, *la reserva de ley en materia penal*. La garantía de legitimidad no quedaría colmada si el legislador penal hiciera dejación de sus funciones –olvidando que ostenta el monopolio de la criminalización– y cediera indebidamente al poder ejecutivo (encargado de dictar reglamentos) esta potestad punitiva. La autoridad administrativa está impedida legal y constitucionalmente de crear sanciones "paralelas" de carácter penal por el principio de reserva de la ley punitiva, por lo que el tipo penal a complementar debe describir la esencia del injusto prohibido. He aquí la clave de la cuestión.

En suma, la ley penal en blanco es la única posibilidad de conseguir certeza y seguridad, y tiene como objetivo precisar lo mejor po-

---

[836] DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Op. Cit., 70 y ss. Similar: GARCÍA RIVAS, Nicolás. "Contribución al análisis de los delitos de peligro contra el medio ambiente", en: Collantes Gonzáles, Jorge Luis (coord.) *Tratado de Derecho penal. Desafíos del Derecho penal contemporáneo*, Trujillo, 2004, p. 506 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco. "Principios inspiradores del nuevo CP español", en: *Gaceta Jurídica*, tomo 49, Lima, 1997, pp. 10 y 11.

sible la configuración típica del supuesto de hecho y hacia dónde va dirigida la remisión. La disposición extra-penal solo tiene por función señalar condiciones, circunstancias, límites y otros aspectos claramente complementarios, pero nunca debe entrar a definir lo prohibido mismo[837]. El monopolio legal sobre los elementos esenciales de la materia de prohibición, no se reduce, sin embargo, a la mera descripción formal de la conducta: es necesaria la determinación en la ley penal del "valor a proteger". De acuerdo con ello debe considerarse violación del principio de legalidad la remisión que impida conocer los valores a los que han de referirse las formalidades reglamentarias a considerar en cada situación[838].

Las prescripciones técnicas y normativas reguladoras de la actividad económica, en principio, se presumen conocidas o en todo caso, que el agente debía saberlo. En ese sentido, los empresarios tendrían que saber cuáles son los límites máximos permitidos por la regulación vigente en orden a los índices de contaminación ambiental, y si no obstante, durante todo el tiempo que están al frente de la dirección omiten tomar las medidas precautelatorias, existirá una conducta que linda con lo penal. Además, una de las características del daño por contaminación

---

[837] Véase, en este sentido: BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. "Los delitos ecológicos y sus problemas", p. 207; BRAMONT ARIAS, Luis. "El principio de legalidad de la represión y la nueva Constitución Política del Perú", en: A.A.V.V. *La nueva Constitución y Derecho penal*, Lima, 1980, p. 34. Por otro lado, el TC español, en un fallo pronunciado en las sentencias 127/1990, 5 jul., y 62/1994, recogiendo la estructura típica del Art. 347º bis, admite la constitucionalidad de la ley penal en blanco, siempre que exista un reenvío normativo expreso y justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley además de señalar la pena comprenda el núcleo esencial de la prohibición y que se satisfaga la exigencia de certeza, debiéndose dar la suficiente concreción para que la conducta delictiva quede adecuadamente precisada.

[838] TERRADILLOS BASOCO, Juan M. "Técnicas de articulación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo frente a la delincuencia económica", ponencia presentada al III Congreso Internacional de Derecho Penal, Facultad de Derecho de la PUCP-Universidad de Salamanca, 1998.

es que son daños calculados, que son sometidos a un mayor control. Cuando un industrial se dispone a instalar una fábrica y sabe que su actividad puede arrojar efluvios contaminantes a la atmósfera o a un río adyacente, y por prevención realiza un estudio integral de su proyecto. Si después la fábrica contamina, dicho industrial no puede alegar luego que fue una novedad que no pudo evitar, porque el riesgo producido ya había sido calculado, proyectado.

Ahora bien, la normatividad puede generar cierta ignorancia en el agente contaminante, y este tipo de error recae dentro de estructuras típicas configuradas en base a técnicas de normas penales en blanco. La doctrina ha establecido en estos casos una solución favorable desde el punto de vista del autor, en el sentido de argumentar un error de tipo, ya que como se sabe, si el error es invencible será atípica por exclusión del dolo, por afectación del aspecto cognoscitivo del dolo, y el error será vencible pero a título culposo siempre y cuando existiera el tipo penal correspondiente, ya que el error de prohibición siempre es punible[839]. La ley penal en blanco afecta la faceta "externa" de la ley y como tal sus implicaciones tienen que ver obviamente con el principio de legalidad[840], además con el principio de determinación de la conducta prohibitiva, y el principio de la retroactividad.

---

[839] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas,* Lima, 1997, p. 131. Similar BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis/GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Lima, 1996, p. 517; MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico, Parte general*, Valencia, 1998, p. 183.

[840] En sentido contrario, por ejemplo, REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de Derecho penal económico. Parte general y Parte especial*, Lima, 2002, p. 87, para quien las normas penales en blanco no afectan, en especial, el principio de legalidad, salvo aquellos casos en que la norma extrapenal, integrante de la norma punitiva, describa la prohibición de manera difusa, afectando la certeza de la ley. EL MISMO. "La protección penal del medio ambiente: posibilidades y límites", passim.

Por consiguiente, dada la existencia de una multiplicidad de normas extrapenales en materia ambiental, es muy difícil, y materialmente imposible que los ciudadanos circunscritos a particulares ámbitos riesgosos catalogados como transgresores en potencia (y hasta los operadores jurídicos) conozcan con precisión tal o cual norma prohibitiva, lo que quiebra inevitablemente el aspecto de motivación penal implícito en el mensaje de la ley. Y es que la construcción de delitos en estos tiempos se realiza a través de la protección de bienes jurídicos colectivos como el orden económico, el medio ambiente, la política tributaria y fiscal, etc., cuya inmutabilidad está subordinada a circunstancias cambiantes. Ahora, esta situación trasciende a las exigencias dogmáticas de la cognoscibilidad del hecho punible, ya que genera por un lado, un error según si se afecta a un elemento objetivo del tipo (error de tipo) o sobre la existencia misma de norma o causa de justificación ficticia (error de prohibición)[841].

---

[841] Como es sabido, el error de prohibición afecta el conocimiento del injusto o del carácter antijurídico de la conducta, que junto a la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) y a la exigibilidad de otra conducta de acuerdo a Derecho, es una de las condiciones para establecer el reproche jurídico-penal (culpabilidad) en el agente. Tiene que ser consciente el carácter desaprobatorio de la conducta previamente declarada típica, en otras palabras, debe conocerse la antijuridicidad, o por lo menos haber tenido la posibilidad de conocerla, caracterizado sobre la base de una "valoración paralela a la esfera del profano", que es la posibilidad de cognoscibilidad análoga al efectivamente requerido respecto a los elementos normativos del tipo. Dicho conocimiento no debe ser rígido, sino más bien flexible, en el sentido que no se requiere que el autor conozcael marco penal a la perfección (mínimo o máximo), o la clase de penalidad que conmina el ilícito penal (si es pena privativa de libertad o multa por ejemplo).
Observamos dos cuestiones a tener en cuenta: la primera, que la aptitud interna de la cognoscibilidad del injusto está en función a la perpetuidad o vigencia de las normas penales en la órbita legislativa de un país. Así, por ejemplo, algunos delitos nucleares como homicidio, lesiones, robo, violación sexual, etc., que están arraigados en la mente de los destinatarios a través de la norma primaria, que pensar en un error de prohibición, –vencible o invencible–, resultaría un absurdo o una "*burla penalística*". En cambio, en delitos no convencionales (delitos económicos o ambientales)

2.3.1. Los límites de tolerabilidad

La actividad contaminante de las personas puede tener origen doméstico, por ejemplo, sacando de las viviendas residuos sólidos constituyendo un basural, irrelevantes desde que el injusto penal tiene un *plus* en la valoración de la conducta típica. En cambio, aquellas otras causas que son producidas por la actividad industrial en sus diversas formas, y que comprenden a los residuos industriales[842], sí interesa al DP, en

---

se muestra una carencia en la captación motivacional del injusto por parte de sus destinatarios, debido a la poca difusión y alcance de la prohibición normativa que abstractamente describe a través de la norma el codificador nacional, donde resultará racional alegar una causa de inculpabilidad. En la segunda, el conocimiento puede quedar excluido por situaciones que se encuentran fuera del espacio geográfico de un país (extranjeros), que les cuesta o ignoran la ilicitud de sus comportamientos. En esta temática específica, ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico*, p. 131, apunta que en el Derecho penal económico debido "...al 'problema intelectual de la averiguación' de estas normas extrapenales que regularmente surgen en este ámbito, no debería tratarse de un error de prohibición, sino, en algunos casos un error de tipo (más favorable al autor). Considerar aquí un error de prohibición vencible resultaría desproporcionado, implicaría una violación al principio de mínima intervención y constituiría un abuso del ius puniendi". Similar opinión tiene MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico, Parte general*, p. 183, cuando sostiene que "...no se pretende incidir ya en el aspecto de la vencibilidad o invencibilidad del error, sino que lo que se persigue es reducir la órbita de aplicación del error de prohibición a favor de la del error de tipo. En otras palabras (...) al igual que el error que versa sobre la normativa extrapenal en las leyes penales en blanco, debe ser caracterizado como un error sobre el tipo, y no como un error sobre la prohibición." Por su parte *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, p. 379 afirma en este punto que "...a los particulares les será relativamente fácil alegar con éxito la existencia de error de prohibición ante la incertidumbre sobre las normas que complementan el tipo penal en blanco, lo que redunda en la exclusión o en la atenuación de la culpabilidad y por ende de la pena."

[842] Como es sabido, todos somos de alguna manera agentes contaminantes, sin embargo la actividad industrial resulta ser la principal fuente de contaminación, al respecto la propia Exposición de Motivos del CP en su numeral 11 prescribe: "*Toda actividad humana por sí misma es contaminante máxime*

la medida que representa una actitud lesiva a los bienes jurídicos protegidos, así por ejemplo una gran cantidad de gases, humos, partículas radiactivas, entre otras.

En otros términos, no se trata de una exclusiva protección de bienes jurídicos, sino fundamentalmente, de efectuar lo que en Derecho se ha llamado una *ponderación de intereses contrapuestos*, pues si tomamos como ejemplo al ambiente natural, es fácil observar que no se trata de arbitrar una ponderación exclusiva, sino de encontrar un punto de equilibrio entre los fines de la economía y sus leyes, la ayuda de medios técnicos y el cuidado del ambiente. Otro campo donde se manifiesta es la protección de la salud pública o el interés en la preservación de la pureza del agua, aire y los intereses económicos derivados del proceso industrial.

En ese conflicto, la necesidad de desarrollo económico impide la protección con carácter exclusivo y absoluto de los recursos naturales. En todo caso, la función del Derecho es la de encontrar los criterios que permitan el equilibrio para crear una normativa que fije los límites y que ellos sean respetados de manera que su violación contenga las sanciones, tanto civiles como penales[843]. Ello es señal inequívoca que, hasta ahora, el concepto de bien jurídico está reducido exclusivamente a fines dogmáticos, que ha sido incapaz de cumplir una función crítica o político-criminal legitimando, más aun si los bienes jurídicos colectivos caen en una abstracción conceptual que necesita de criterios limitadores del DP mínimo[844].

---

si es industrial. Por ello, a fin de establecer un criterio que compatibilice la explotación industrial con la protección del medio ambiente, el CP precisa que el acto contaminante, debe sobrepasar los límites establecidos".

[843] DONNA, Edgardo Alberto. "Delito y medio ambiente", en: Mosset Iturraspe, Jorge/Hutchinson, Tomás/Donna, Edgardo Alberto. *Daño ambiental*, tomo II, Buenos Aires, Santa Fe, 1999, p. 321.

[844] Así, PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos", en: *Derecho penal y Criminología*, Vol. XIII, N°43, Universidad Externado de Colombia, 1991, pp. 30 y 31

El llamado equilibrio es conocido en el delito de contaminación ambiental como los valores-límite o límites de permisibilidad. CARO CORIA entiende "...por valores límites a un conjunto de criterios técnicos-cuantitativos cuyos límites no deben ser rebasados por el titular de una licencia o permiso administrativo que lo autorice a verter en el marco de una actividad económica"[845].

FOY VALENCIA anota que los valores límites son "tablas generales para cerrar el tipo. La crítica: la utilización de estos criterios solo tiene sentido en estructuras típicas de peligro abstracto, es decir que con la sola realización de la conducta se consuma el delito: sería con el hecho de superar los límites establecidos. En tanto que el Art. 304 prevé la fórmula de peligro concreto (puedan causar perjuicio) y de lesión (causen perjuicio). Dificultad en su probanza"[846].

Así, DE LA CUESTA AGUADO[847] entiende que la infracción de los valores límites de referencia puede servir para cumplir el requisito típico de la infracción, pero no tiene por qué conllevar automáticamente un juicio afirmativo de idoneidad, por lo que deberá ser fundamentado con otros medios en Derecho. Los valores–límite, en tal sentido, hacen

---

ha establecido criterios de concreción material del bien jurídico penal en base al Derecho penal mínimo pues la cuestión debe resolverse admitiendo insuficiencia de aquellos planteamientos que buscan alcanzar la solución a través de un concepto previo, e intentar esa selección mediante un *procedimiento de carácter negativo* (Derecho penal mínimo) más específicamente a través de un método progresivo de minimización, por el que se establezca qué bienes jurídicos no merecen protección penal, y en el que la solución radique, por consiguiente, no tanto de determinar cuáles son los intereses trascendentales para el Derecho penal, sino aquellos que en ningún caso merecen defensa".

[845] CARO CORIA, Dino Carlos. *La protección penal del ambiente*, p. 292.

[846] FOY VALENCIA, Pierre. "Anotaciones sobre los mecanismos jurídicos para la protección ambiental y el acceso a la justicia ambiental", en: *Cuadernos jurisprudenciales*, Derecho ambiental, Lima, 1993, pp. 11 y 12.

[847] DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 184 y 185.

referencia a la tensión ineludible entre el DP y el Derecho administrativo, pues aquel no puede prohibir toda emisión que ponga en riesgo el entorno natural, pues la mayoría de dichas amenazas se origina en actividades productivas económicas, que son generalmente adecuadas y estimuladas por los planes de desarrollo nacional. En buen romance, quien contamina por debajo de los límites establecidos ejecuta un acto atípico objetivamente y no al amparo de una causa de justificación. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ sostiene que "lo protegido es sencillamente el contexto, con lo que se asienta progresivamente la tendencia a provocar la intervención del DP tan pronto como se afecta un cierto ecosistema en términos que superen los estándares administrativos establecidos"[848].

El DP administrativo interviene en el DP del ambiente allí donde la administración dicta valores-límite. La conducta contaminante necesita la cobertura legislativa que le brinda la normativa extra-penal. En ese sentido, siguiendo a MORALES PRATS, para seguirlos postulados esenciales del desvalor de acción, deberá procederse a una *selección cualitativa* de aquellos elementos de la normativa extra-penal que merezcan complementar el tipo penal, porque aportan cualitativamente datos o caracteres a la determinación de la *peligrosidad objetiva del acto contaminante*[849]. Verbigracia, la contaminación de los mares, que actualmente vienen convirtiéndose en un depósito universal de toda clase de desperdicios y en inmensos vertederos de basura. La determinación de su implementación de los distintos agentes contaminantes y una cuidadosa evaluación de la calidad del recurso ambiental.

La cuestión de si el DP ambiental debería vincularse con más fuerza a valores-límite fijados por el Derecho administrativo tiene un aspecto

---

[848] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión de Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999, p. 100.

[849] MORALES PRATS, Fermín. "La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro", p. 483.

político-constitucional de una "abdicación del legislador penal"[850]. La estructura de los valores-límite es abarcada también por la ley penal en blanco, y por ende, por los elementos normativos del tipo. En este punto, los valores-límite no pueden establecer "normas de gabinete" que son en muchas ocasiones alejadas de la realidad social. Por ejemplo, a un colectivero no se le puede aplicar una sanción penal por el solo hecho de que el vehículo que conduce produce gases tóxicos. Máxime cuando ni siquiera se sabe exactamente cuál es la legislación que prevé el grado de toxicidad de esos gases que está dispuesto el ambiente a tolerar. Entendemos, además, que no se puede aplicar la sanción prevista en el tipo del injusto del Art. 304º del CP si es que la norma extra-penal –que está llamada a reglamentar los límites máximos permitidos de contaminación–, no la establece de manera expresa.

En el Perú, mediante la creación del Consejo Nacional Ambiental (CONAM) se posibilita a que este ente coordine intersectorialmente para los efectos de definición de los límites de permisibilidad (Art. 4º, c, de la Ley 26410). Aun así, una de las grandes deficiencias en cuanto a su aplicabilidad del tipo del injusto del Art. 304º se debe al casi absoluto silencio que reina con relación a los límites de tolerabilidad legalmente definidos en muchos sectores de la actividad industrial[851]. No obstante, existe un nuestro país un Reglamento Nacional (Decreto Supremo Nº 044-98-PCM) para la Aprobación de Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y Límites Máximos Permisibles (LMP). Asimismo, existe un Reglamento de Estándares Nacionales de calidad ambiental del aire (Decreto Supremo Nº 074-2001-PCM –22 junio 2001) y el Decreto Supremo N 069-2003-PCM (15.julio.2003) que establece el valor anual de concentración de plomo. Actualmente, en el Perú pueden mencionarse la siguiente normatividad en cuanto a valores-límites se refiere:

---

[850] Así, TIEDEMANN, Klaus. "Derecho penal ambiental alemán en su contexto europeo y mundial", p. 227.

[851] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto/ GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. Cit., p. 515. CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal del ambiente*, p. 100.

- La Resolución Ministerial Nº 011-96-EM (13.enero.1996) que aprueba los "niveles máximos permisibles para efluentes líquidos para las actividades minero-metalúrgicas".
- La Resolución Directoral Nº 008-97-EM (17.marzo. 1997), que aprueba los "niveles máximos permisibles para efluentes líquidos producto de actividades de generación, trasmisión y distribución en energía eléctrica".
- La Resolución Ministerial Nº 478-94-PE (16.diciembre.1994) que reglamenta los "límites de permisibilidad para la eliminación de desechos al ambiente marino por la actividad pesquera de consumo humano indirecto".
- Decreto Supremo Nº 047-2001-MTC (30.octubre.2001) que aprueba "límites máximos permisibles de emisiones contaminantes para vehículos automotores que circulan en la red vial".
- Decreto Supremo N 003-2002-PRODUCE (04.octubre.2002) que aprueba "límites máximos permisibles y valores referenciales para la actividades industriales de cemento, cerveza, certidumbre, papel".
- Decreto Supremo N 038-2003-MTC (06.julio.2003) que establece "límites máximos permisibles de radiaciones no ionizantes en telecomunicaciones".

Por otro lado, ante estos inconvenientes de vacío legislativo, se ha propuesto completar la descripción del tipo penal, mediante informes periciales, pero la experiencia en procesos medioambientales demuestra que esta es una actividad probatoria sumamente costosa, difícil de controlar jurídicamente y bastante manipulable por falta de acuerdo científico en muchos casos. Otras opciones han recurrido a los límites de permisibilidad que establece la Organización Mundial de la Salud. Sin embargo, lo que resulta más práctico actualmente es el hecho de remitirse al Derecho administrativo para establecer el marco límite de emisión permisible de residuos y sustancias contaminantes, con el objetivo de hacerlos tolerables de acuerdo a los criterios del riesgo per-

mitido y así no alterar el equilibrio ecológico. En este sentido, el riesgo permitido –cualquiera que sea su forma– cumple el papel de excluir la punibilidad[852].

La "accesoriedad administrativa" –donde están inmersos los valores-límites– en el DP del ambiente cumple, entre otras funciones, la de concurrir en la delimitación del riesgo permitido[853]. Este criterio indica que no toda puesta en peligro ha de ser necesariamente prohibida penalmente, sino solo cuando se supera la medida de lo tolerable, es decir, que no excedan un determinado índice de peligrosidad. Lo esencial es no desequilibrar el nivel de lo permitido pues será allí donde tendrá su prohibición jurídico-penal, porque ello desembocaría en un resultado típico. La infracción extra-penal no es condición *suficiente* para la imputación penal del hecho, pero sí es una condición

---

[852] MAIWALD, Manfred. *De la capacidad de rendimiento del concepto de "riesgo permitido" para la sistemática del Derecho penal,* traducción de Marcelo Sancinetti, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996. p. 11. El mismo autor agrega que "Hoy como ayer, a la idea de un riesgo permitido se le vinculan numerosas cuestiones dudosas. En su mayoría, ellas giran en torno al problema de si existe, en definitiva, el riesgo permito, como *figura jurídica autónoma*. Esta cuestión se discute en diferentes lugares de la estructura del delito, buscando aclarar, por ejemplo, si el riesgo permito puede fundamentar la impunidad del autor como máxima restrictiva del tipo, como especial causa de justificación o también como causa de exclusión de la culpabilidad".
A nuestro juicio, los riesgos que se denominan "permitidos" pueden manifestarse de dos formas: porque existen conductas que producen daños *insignificantes*, que no afectan al interés social (el peluquero que rasga la cara de su cliente con la navaja), o porque existen actividades que provocan consecuencias mentadas por las prohibiciones y mandatos legales, pero será decisivo en este caso, el valor que se concede a la actividad misma y a la forma en que se ejecuta y que aparece ante los ojos de los demás como normal.

[853] CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal del ambiente,* p. 576. EL MISMO. "La estabilidad del ecosistema como bien jurídico-penal y su protección mediante la técnica de los delitos de peligro", en: *Themis*, N° 39, Lima, 1999, p. 468; EL MISMO. "El valor de la infracción administrativa en la determinación del riesgo permitido en el Derecho penal económico", passim.

necesaria para que tal imputación sea viable, porque en caso contrario la conducta del autor quedaría amparada bajo la cobertura del riesgo permitido[854]. Con razón, SILVA SÁNCHEZ apunta que "...la utilización de la técnica de la "ley penal en blanco" en el delito contra el medio ambiente tiene, como consecuencia directa, que la Administración dispone de la capacidad de establecer *espacios de riesgo permitido* en materia de DP medio-ambiental: de configurar determinados peligros como no jurídico-penalmente relevantes, en términos que el juez o tribunal no puede discutir"[855].

Con todo lo dicho hasta ahora, el tipo penal de contaminación preceptúa una doble remisión: a la infracción de normas de protección del medio ambiente y a la violación de valores–límites. Esto es, que si se sobrepasan los límites establecidos administrativamente ya se están infringiendo las normas de protección del medio ambiente. Existe una dualidad de infracción administrativa. Sin embargo, si se violan solo las normas de protección sin sobrepasar los límites de tolerabilidad el tipo objetivo quedará incompleto, por más que se haya causado perjuicios al ambiente. La infracción administrativa cumple, entonces, una *función indiciaria* sobre la superación del riesgo penalmente permitido. Por esa vía –dice CARO CORIA– no se vincula absolutamente la tipicidad penal a normas administrativas que no siempre resultan tan irreprochables en sus objetivos y en su contenido como en un principio se podría suponer. En todo caso, la infracción administrativa puede operar como "indicio de peligrosidad", de modo que el Juez deberá constatar caso por caso y conforme a las exigencias del concreto tipo penal la presencia de una posibilidad de afectación al bien jurídico[856].

---

[854] Véase, en este sentido: GARCIA RIVAS, Nicolás. "Contribución al análisis de los delitos de peligro contra el medio ambiente", p. 508.

[855] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Política criminal y técnica legislativa en materia contra el medio ambiente", pp. 127 y 128.

[856] CARO CORIA, Dino Carlos. "El valor de la infracción administrativa en la determinación del riesgo permitido en el Derecho penal económico", passim.

Se ha sostenido con cierto rigor en la doctrina que la idea que la incorporación de los límites de permisibilidad, en cualquiera de los sectores industriales del país, está en conexión imperiosa con la técnica normativa de delitos de peligro abstracto *estricto sensu*. En otras palabras, para catalogar penalmente a una conducta contaminante como "peligrosa" *ex ante* en forma abstracto-general, tiene que haber "superado" el límite máximo reglamentado administrativamente, por constituir este requisito un criterio técnico de medición cuantitativa del riesgo que posee la fuente contaminante.

Esta propuesta, sin embargo, no ha sido advertida por nuestro codificador penal de 1991, pues si bien ha construido el tipo básico del delito contaminación a través de los valores-límites –se entendería como el *desvalor* de la acción–, lo ha realizado diseñando en su descripción típica separadamente un *desvalor* del resultado (delito alternativo de peligro concreto o de resultado lesivo). Esto hace incomprensible dicha decisión legisferante, ya que el criterio de medición del resultado típico estará comprendida fundamentalmente porque los objetos jurídicos con función representativa (según el tipo: "*flora, fauna y recursos hidrobiológicos*") pertenecientes al bien jurídico colectivo y autónomo: estabilidad del ecosistema, ingresen al radio de acción peligrosa de manera inminente o de manera lesiva, y no porque, si se llegó a superar ciertos niveles técnicos descritos en normas legales extra-penales[857]. Habría que abandonar este supuesto, ya que llevaría a un alto grado de

[857] En este sentido, el Exp. Nº 632-98 se señala lo siguiente: "Si bien mediante acto de constatación se ha comprobado que el procesado es responsable de la emisión de sonidos por encima de los parámetros permitidos y previstos por la ordenanza municipal; sin embargo tales hechos no encuadran dentro de los elementos objetivos del tipo penal del Art. 304 del CP, pues no se ha acreditado o demostrado que con dichos sonidos se haya perjudicado la flora, fauna y recursos hidrobiológicos, no pudiendo equipararse analógicamente los mismos con acciones de relevancia penal penados en el artículo de referencia", extraída de ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia penal*, Lima, p. 826.

confusión o de identidad entre el ilícito penal y el administrativo, lo que puede redundar en una menor eficacia[858].

En síntesis, la no superación de los valores-límites y, en otros casos, simplemente porque no existen –pero que es evidente y ampliamente contaminante–, la conducta será considerada como atípica objetivamente, y prosperará un medio de defensa técnica como la excepción de improcedencia de acción, pero sí se deja subsistente la posibilidad de configurar una infracción administrativa[859]. Esto es en consonancia con el principio de *ultima ratio*, pues se entiende que la infracción penal debe ser más grave que la administrativa, y que el límite máximo de riesgo penalmente permitido debe ser mayor que el previsto para el ilícito administrativo. El riesgo penalmente permitido –que debe determinarse en función a los bienes jurídico-penales– no puede equipararse con el riesgo que se permite en sede administrativa, pues en tal caso desaparecería la frontera penal-administrativa y vulneraría el principio de *ultima ratio*.

---

[858] CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal del ambiente,* p. 581.

[859] Quedaría por cerrarse la discusión que suscita que la idea que hasta no verse superado los valores-límite existía una especie de "permiso para contaminar" amparado por el Derecho administrativo. Para el análisis, por ejemplo en "Constatini" (Argentina) se investigó la contaminación del curso del río Reconquista por el aporte de afluentes líquidos derivados de la actividad industrial de importantes empresas dedicadas a la actividad frigorífica y a la química. Las empresas argumentaron que estaban permanentemente fiscalizadas por la autoridad de control, muchas de ellas tenían plantas de tratamiento de líquidos aprobados y controlados y negaron arrojar líquidos fuera de los parámetros. La C. Fed. de San Martín dijo (consid. 13): "*Aun cuando en el plexo de normas administrativas se contemple la posibilidad del vertido de tales desechos, con un régimen de sanciones propios de su naturaleza, ello no implica una autorización o disculpa de quien por dicha vía cometa un delito previsto en la ley penal…*" (Véase, sobre las implicancias de las autorizaciones del Derecho administrativo-ambiental y sus efectos en materia penal y civil: FREELAND, Alejandro. "¿Permiso para contaminar; permiso para matar? Las autorizaciones administrativas y el delito ambiental", en: *Cuaderno de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Nº 12, 2001, pp. 260 y 261).

Según la redacción del precepto se señala un marco general de los límites establecidos y es en dicha actividad donde tiene que implementarse una evaluación cuidadosa de los niveles o estándares de emisión, atendiendo al medio receptor. Por otro lado, en el Derecho privado, específicamente en Derechos reales, se ha establecido un punto cercano a los límites permisibles, es decir sobre el ámbito y límites de la propiedad a fin de poder llevar a cabo la convivencia en armonía con la vecindad. Esta se encuentra regulada en el Art. 961º del CC.[860]

3. Aplicación de los delitos de peligro (concreto) a los objetos representantes del bien jurídico estabilidad del ecosistema

3.1. La técnica de protección en el resultado típico para bienes jurídicos colectivos

Una de las causas de la expansión del DP –siguiendo a SILVA SÁNCHEZ– se debe a que la anticipación de las fronteras de la protección penal ha propiciado una transición rápida del modelo "delito de lesión de bienes individuales" al modelo "delito de peligro de

[860] El Art. 961º del CC establece: *"El propietario, en ejercicio de su derecho y especialmente en su trabajo de explotación industrial, debe abstenerse de perjudicar las propiedades contiguas o vecinas, la seguridad, el sosiego y la salud de sus habitantes. Están prohibidos los humos, hollines, emanaciones, ruidos, trepidaciones y molestias análogas que excedan de la tolerancia que mutuamente se deben los vecinos en atención a las circunstancias"*. Brevemente diremos que en el primer párrafo se señala claramente que una industria, no obstante su interés para la economía nacional, debe desenvolverse guardando del debido respeto a la propiedad vecina, sin perjuicio, obviamente de lo preceptuado en la LGA y complementado con las normas del CP. El segundo párrafo tiene como inconveniente el no definir la naturaleza de las emisiones, ya que aquí debemos considerar las de cantidad (emanaciones, etc.) su calidad (el lugar donde provengan), y la condición del lugar (su naturaleza geofísica pueda dar lugar a la multiplicación, lo que no se daría en otro lugar). En otras palabras, la norma ha dejado al libre albedrío del juez la *"tolerancia normal"* entre los vecinos.

bienes supraindividuales[861]". En otras palabras, la tendencia de la moderna política criminal se caracteriza por dos formas: la creación de delitos de peligro abstracto (como el fraude de subvenciones) y el bien jurídico normalmente objeto de protección es un bien jurídico universal vagamente configurado (como la salud pública en el DP de estupefacientes)[862].

Consideramos, en principio, que la técnica del delito de peligro en general es loable, ante la necesidad imperiosa de cautelar bienes jurídicos macrosociales o colectivos[863].El peligro no constituye un estado subjetivo creado en la ciudadanía por la política y los medios de comunicación. La consecuencia lógica en una sociedad con contactos sociales complejos y con mayores grados de desarrollo tecnológico[864], y no simplemente una invención del legislador para solucionar simbólicamente, y no de manera efectiva, los problemas de la criminalidad.

Una protección penal que se base exclusivamente en la lesión efectiva de los bienes jurídicos clásicos no sirve para captar o lo hace demasiado tarde a las nuevas fuentes de peligro, más todavía cuando la relación causa-efecto entre los perjuicios al ambiente y los resultados lesivos como la salud personal, vida de las personas, no están suficientemente investigadas. El tipo de peligro no hace otra cosa que recoger una regla

---

[861] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal*, p. 98.

[862] HASSEMER, Winfried. "Perspectivas del Derecho penal futuro", p. 37.

[863] Basta rememorar el XIII Congreso Internacional de Derecho penal sobre: "El concepto y los principios fundamentales del Derecho penal económico y de la empresa" celebrado en El Cairo (1984), donde se reconoce la legitimidad de la creación de delitos de peligro abstracto en el Derecho penal económico.

[864] GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico*. *Parte General*, Lima, 2003, p. 440. Este autor precisa una fundamentación en base funcionalista, (p. 441) en el sentido que "...la peligrosidad de una acción consiste en la defraudación de una expectativa penalmente protegida sobre la vigencia de condiciones sociales esenciales o, lo que es lo mismo, en la infracción de las competencias de organización atribuidas al ciudadano".

de experiencia: se penalizan ciertas conductas que provocan resultados de riesgo, porque precisamente en estos casos, se ha demostrado que el peligro es frecuente.

3.1.1. Premisas a tener en cuenta para la elaboración de la técnica legislativa en el resultado típico

En el caso de los delitos ambientales, como se ha dicho, se ha utilizado la técnica de las leyes penales en blanco para complementar la conducta típica en todos los delitos del Título XIII del CP; así como los delitos de peligro para estructurar el resultado típico. La pregunta sería ¿la determinación del "peligro" existente para el bien jurídico-penal "estabilidad del ecosistema" descrito en los diferentes tipos penales (concreto y abstracto) se realizará a través de las remisiones extra-penales contenidas en preceptos administrativos? La respuesta pasa, por establecer previamente dos ámbitos:

a) Será irrelevante la comprobación solamente de la conducta típica para efectos de llevar a cabo un correcto juicio de tipicidad; puesto que en relación al injusto penal, asumimos una posición ***dualista***, la misma que permite fundamentar una responsabilidad penal tanto en el *disvalor* del comportamiento del sujeto, como en el *disvalor* del resultado expresado en la puesta en peligro concreto o la lesión del bien jurídico-penal. Ahora bien, siempre la aplicación de la norma penal, a diferencia de la norma administrativa, tendrá un "plus" de materialidad ofensiva que lo vuelve merecedor de una pena criminal. El asumir una posición dualista del injusto, nos permite a su vez suscribir a favor del respeto absoluto por el principio de lesividad al momento de la determinación judicial de la pena.

b) Estas consideraciones tienen implicancias en el tema de las coordinaciones y delimitaciones existentes entre las normas protectoras del ambiente llevados a cabo por el DP y el Derecho administrativo.

3.1.2. El respeto irrestricto al principio de lesividad y su enfrentamiento a los delitos de peligro (abstracto)

El principio de lesividad, nacido de las entrañas del DP de corte liberal, llamado indistintamente principio de ofensividad, o simplemente *nullum crimen sine iniuria*, constituye un verdadero límite a la interpretación y aplicación de la ley por parte del Juez, al contrario del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos penales que aparece como un límite "relativo" frente al legislador[865]. El principio se encuentra regulado, como norma rectora, en el Art. IV del Título Preliminar del CP en los siguientes términos: *"La pena, necesariamente, precisa la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley*". Criterio que ha asumido la jurisprudencia peruana[866]. Habrá que destacar, en princi-

---

[865] Así, AGUADO CORREA, Teresa. Op. Cit. p. 201; SILVA SÁNCHEZ, Jesús. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 291. Afirma este autor que el principio de lesividad u ofensividad, cabría estimar parte integrante del principio de protección fragmentaria. En tanto que ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. Op. Cit., p. 461, opinan sobre el principio de lesividad en los siguientes términos: "...la construcción de la tipicidad objetiva no debe perseguir solo la función de establecer el pragma típico sino también la de excluir su tipicidad cuando no media conflictividad, como requisito o barrera infranqueable a la irracionalidad del poder punitivo, ya que de no existir la conflictividad como carácter del pragma típico no sería tolerable ningún ejercicio del poder punitivo".
Habrá que mencionar que en el CP argentino no se encuentra taxativamente incorporado el principio de lesividad, sino que este se infiere del Art. 19º de la Constitución Nacional, en el sentido que al establecer que son propias de la autoridad de los magistrados aquellas acciones de los hombres que impliquen de algún modo el orden y la moral pública o *perjudiquen a terceros*, no solo está reconociendo el principio de reserva, sino también un límite infranqueable para el poder punitivo traducido en el principio de ofensividad para ejercer dicho poder.

[866] En el Exp. Nº 5269-97 de fecha 17.11.2002, se señala lo siguiente: "que, el artículo cuarto del Título Preliminar del CP establece el principio de lesividad, en virtud del cual en la comisión de un delito tiene que determinarse, según corresponda la naturaleza del mismo, al sujeto pasivo que haya sufrido la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal. Allí que el sujeto pasivo siempre es un elemento integrante del tipo

pio, que el citado enunciado proyecta una imagen implícita del principio de legalidad[867] en la medida que la probable consecuencia jurídica derivada del delito a imponerse a su autor sea única y exclusivamente en aquellos bienes o intereses jurídicos estatuidos por la norma penal ("*... tutelados por ley*") codificada o complementaria.

Ahora bien, al prescribir el citado Art. IV el vocablo: "*necesariamente*", lo que hace el legislador es condicionar la labor del juzgador, diciéndole que se impondrá sanción penal, siempre y cuando se presenten las tres "técnicas", usualmente alternativas, que se prevén en función al mayor grado de contenido ofensivo. La primera técnica precisará de un resultado lesivo ("*...la lesión*") al objeto de protección y si ello no es conveniente político-criminalmente, podrá, entonces, articularse otra estrategia de actuación punitiva que garantice racionalmente el principio de ofensividad.

La técnica de protección estará un tanto más alejada o distanciada del objeto de tutela penal, que ha venido denominándose delitos de peligro ("*...puesta en peligro...*"). En una acepción amplia se puede definir el peligro para el DP, como todo aquello que genera una situación propicia para la lesión del bien tutelado, o provoca perturbación, amenaza, alarma, inseguridad en la libre disponibilidad de dichos bienes, pero realizable, inminente, concreto, actual[868].

---

penal en el aspecto objetivo, que por tanto, al no encontrarse identificado trae como consecuencia la atipicidad de la conducta delictiva". (Vid. ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia penal*, Tomo I, Lima, 2002, p. 81).

[867] En este sentido: PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la Parte General*, Lima, 1994, p. 65: "El principio de ofensividad no se despliega en forma arbitraria, su acondicionamiento está limitado con el principio de legalidad. El principio de legalidad debe probarse concretamente y consecutivamente exigirse la lesión del bien jurídico".

[868] ROJAS VARGAS, Fidel. *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, Lima, 1997, p. 245.

Aquí, empero, se presenta dos clásicas divisiones: el de peligro concreto –la segunda técnica– y el de peligro abstracto[869] –que sería la última y tercera técnica–. La posición del DP integrado por los delitos de peligro, se enfrenta con el sector del DP clásico que protege intereses individuales bajo la protección de delitos de resultado lesivo, lo que a su vez implica una pugna entre las posiciones que sostienen la ampliación punitiva del Estado y la otra postura que propaga la reducción, a toda costa, de la legislación penal a través de varios principios fundamentales (*ultima ratio*, fragmentariedad, insignificancia, etc.).

Quedarían en consecuencia dos opciones: o corresponde abandonar el principio de mínima intervención en función a las actuales exigencias de la sociedad moderna, en especial, la sociedad de riesgo; o en su defecto, abandonar la nueva corriente de protección a bienes jurídicos colectivos, dado que se plantea que la sociedad en su conjunto merece tanta o mayor protección jurídico-penal que los individuos.

---

[869] HIRSCH, Hans Joachim. "El Derecho penal y procesal penal ante las nuevos formas y técnicas de criminalidad", traducción de M. Carmen Alastuey Dobón, en: El mismo. *Derecho penal. Obras completas*, tomo II, Buenos Aires, p. 71. Este autor afirma que "...también yo tengo dudas de fundamento sobre si los *auténticos* tipos de riesgo abstracto, esto es, acciones que no implican en *concreto* absolutamente ningún riesgo". (Cursivas del autor). La jurisprudencia penal peruana se ha encargado de desterrar, jurisdiccionalmente hablando, los delitos de peligro abstracto, así se puede ver en el Exp. 98-080-04-0401 -JXP Camaná, que dice lo siguiente: "La excepción de naturaleza de acción se dirige a cuestionar la incorrecta identificación hecha de la conducta atribuida al agente con aquella descrita en la ley penal. La afirmación de la conducta descrita en el tipo penal no se ha realizado, no puede servir de fundamento a la excepción, sino más bien es un argumento de inocencia que debe ser evaluado por el juez oportunamente (debiéndose, de ser el caso, sobreseer la causa o absolver al inculpado en la sentencia). Los tipos de peligro abstracto han sido proscritos de nuestro ordenamiento penal, en función del principio de lesividad, consagrado en el Art. IV del Título Preliminar del CP" (Tomado de: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *CP comentado*, Lima, 2001, p. 34).

En resumen, un comportamiento penalmente relevante no solo se prohíbe por ser "lesivo", sino también por ser "peligroso". No es que el principio de lesividad funcione a través de un sistema de aplicación subsidiaria en el resultado típico: de lesión con respecto –o en su defecto– al peligro, que es un tema propio del concurso aparente de leyes penales (que en el sistema jurídico-penal peruano, por cierto, no tiene una sola norma que legisle sobre esta problemática); sino que está en referencia a determinadas técnicas de protección utilizadas en cada tipo de injusto de manera autónoma, de manera que es un problema de política legislativa, pudiendo coexistir sistemáticamente en un mismo Título o Capítulo ambas técnicas de tutela penal, ello dependiendo de la naturaleza del bien jurídico.

Tradicionalmente se distingue en DP, como hemos señalado, una dualidad de intereses, así bienes jurídicos de titularidad individual y bienes jurídicos de titularidad supraindividual[870]. Si es personal se preferirá la técnica de "lesión" y si es colectivo se preferirá, en la mayoría de veces, el de "peligro" advirtiéndose matizaciones, como hemos visto, dentro de este concepto. Cabe aquí la siguiente interrogante: ¿Por qué los delitos de peligro ponen en cuestión los fundamentos del DP en su conjunto? Esta podría ser la primera pregunta a contestarnos. En verdad, con la admisión de la teoría de la imputación objetiva el DP solo debe imputar la creación de riesgos reprobados; en ese sentido, los delitos de peligro no debieran verse como un cuerpo extraño al sistema. Lo extraño es que se suponga que los delitos de lesión tienen una credencial de legitimación más certera que sus parientes de peligro[871].

En el caso específico del ecosistema natural, perteneciente a la categoría de bienes colectivos, aquel como concepto es sumamente amplio en superficie y vago en contenido, más aun lo será, si queremos sustraer

---

[870] Así, MATA y MARTÍN, Ricardo. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Comares, Granada, 1997, p. 11.

[871] SANCINETTI, Marcelo A. "Tipos de peligro, en las figuras penales", en: *RPCP,* Nº 12, Lima, 2002, p. 458.

la verdadera dimensión de aquel concepto y llevarlo hacia al DP para su adecuada protección. Así las cosas, dentro de esa nebulosa y hasta ficticia imagen que reza la Constitución Política del Perú según el cual todos tenemos derecho a un "*ambiente sano*" y "*ecológicamente equilibrado*", expresando un enunciado puramente ideal.

En todo caso, deberíamos encontrar una ápice de entidad o sustancia corpórea que haga materialmente identificable y legítima lo jurídico-penalmente tutelado. Dicho substrato, según entiende la doctrina, puede ser de naturaleza material o inmaterial, en la primera situamos por ejemplo a la vida, salud o el patrimonio de una persona, entiéndase a cada uno de la masa biológica en cualquiera de las extremidades. En la segunda, ubicamos objetos con fuerte carga abstracta pero digno de tutela, así por ejemplo el honor o la intimidad de la persona, o aquellas ofensas al pudor público, pero estos últimos, como realidad empírica, no constituyen todavía un "bien": solo se puede considerar un bien si se le añade la consideración valorativa, entendida como bien valioso porque tiene un cualidad necesaria para la vida individual o social[872].

En el caso específico del objeto material "suelo", es definido gramaticalmente como aquella capa superior de la corteza terrestre capaz de sostener la vida biótica o abiótica. Es su ámbito situacional descrito en el tipo penal que protege la ordenación del territorio, pero que todavía no encierra dentro de la categoría de "bien" jurídico-penal, ya que constituirá apenas un dato empírico o realidad material[873], sin ninguna conceptualización axiológica, pues tendrá que atender a un *valor funcional*[874] o no neutral, cual es el de servir de condición indispensable para

---

[872] Vid., LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho penal, Parte general*, I, Madrid, 1996, p. 328.

[873] Así, MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 1996, p. 135.

[874] Así, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 271 apunta que "la idea clave es, pues, que solo pueden ser bienes jurídicos aquellos objetos que el ser humano precisa para su libre autorrealización (que obviamente tiene lugar en la vida social); determi-

la estabilidad del ecosistema y con ello a la supervivencia social, dentro de una perspectiva dinámica.

Por eso se dice, que la teoría del bien jurídico tiene su origen en la base social y es el producto de los procesos interactivos que tienen lugar en su seno. Siendo función del Derecho reconocerlos como tales, modificando su condición de "interés vital" para convertirlo en "bien jurídico", que se proyecta hacia la colectividad.[875] Así, que un determinado espacio territorial sea indispensable para los recursos hidrobiológicos de la zona selvática y a la vez sirva de gran "pulmón" a la ciudad aledaña. Solo de este modo el tipo legal en cualquiera de sus expresiones, puede cumplir con su tarea garantista.

3.1.3. ¿Es conveniente la incorporación de la técnica de "peligro abstracto" en la infracción penal de contaminación ambiental en el Derecho peruano?

Se ha dicho que el peligro es necesariamente el estadio anterior al resultado lesivo y esto en muchas ocasiones presenta obstáculos en el proceso probatorio, con mayor razón lo será en la efectiva puesta en peligro cuando de bienes jurídicos colectivos se trate. Esto se debe a la siguiente razón: que la demostración de la existencia de peligro es inversa al que ha de seguirse cuando se trata de la constatación de un daño, así en este, el resultado lesivo externo evidente por los sentidos constatable en el bien jurídico, será el punto de partida de la investigación, en cambio en los delitos de peligro será la constatación de la realización de acción peligrosa para ver si dio lugar a que el peligro intrínseco en ella se materializara[876].

---

nados objetos se conviertan en bienes jurídicos, por tanto, en la medida en que están dotados de un contenido de valor para el desarrollo personal del hombre en sociedad".

[875] REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Los delitos informáticos. Aspectos criminológicos, dogmáticos y de política criminal*, Lima, 2002, p. 213.

[876] DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. *La prueba en el delito ecológico,* Madrid, 1995, pp. 10 y 11.

La criminalización del campo previo del bien jurídico a que recurre con frecuencia el legislador, es cuando necesita mostrar capacidad de reacción y, cuando se trate de bienes jurídicos colectivos. Por eso el recurso técnico se produce mediante la tipificación de los delitos de *peligro abstracto*[877] que se caracteriza, precisamente, por la circunstancia de que la causación del resultado y la puesta en peligro no aparecen como características del tipo[878]. El alejamiento del modelo de lesión o de peligro concreto de bienes jurídicos y el giro inexorable a determinados peligros presuntos o abstractos serían considerados como respuesta política a los problemas de la sociedad de riesgos. Los "nuevos" peligros de grandes dimensiones son inherentes al funcionamiento del sistema social, son riesgos de carácter sistémico a los que estaríamos expuestos de modo semejante a como lo estamos ante catástrofes o cataclismos naturales[879].

---

[877] GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, 2003, p. 135 y ss. En contra, CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal del ambiente,* p. 485 y ss. Este autor afirma que esta técnica viola el principio de lesividad. También en la p. 517 considera que "el alegato a favor de los tipos de abstracta peligrosidad en este sector solo puede obedecer a una equívoca configuración del injusto, o sea sobre la base de los bienes jurídicos individuales y no en función de la autónoma consideración de los bienes jurídicos colectivos...".

[878] KAUFMANN, Armin. "Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan", traducción de Conrado A. Finzi, en: *Nuevo Pensamiento Penal*, Año 2, Buenos Aires, 1973, p. 33; BARBERO SANTOS, Marino. "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto", en: *ADPCP*, 1973, p. 489, sostiene que los delitos de peligro abstracto, su cuestionamiento no se deriva de la inclusión del peligro entre los elementos del tipo, sino del significado de este, cuyo análisis es imprescindible para la comprensión del delito de que se trate. Las acciones u omisiones que se describen en la figura, concretadas a veces en un resultado, son típicamente adecuadas para crear una situación peligrosa. MATA Y MARTÍN, Ricardo. Op. Cit., p. 53.

[879] El legislador peruano ha tipificado delitos de peligro abstracto en las infracciones ambientales. Así, en el Art. 307º CP –primer párrafo– se sanciona al "... que deposita, comercializada o vierte desechos industriales o domés-

En este sentido, el Anteproyecto del CP, Parte general (2004), en la cual se muestra claramente una serie de modificaciones, una de ellas es en relación al principio de lesividad, expresado en el Art. IV del Título Preliminar, que adecuando a la moderna sociedad del riesgo, permite excepcionalmente la sanción de comportamientos idóneos para producir un estado de peligro siempre y cuando se trate de bienes colectivos o institucionales (delitos de peligro abstracto).

Pues bien, nos hallamos ante peligros abstractos, según KINDHÄUSER, "...cuando se ven afectadas condiciones de seguridad que son imprescindibles para un disfrute despreocupado de los bienes. El peligro es abstracto, ya que no se trata de la desprotección actual del bien, sino del menoscabo de patrones de seguridad tipificados cuya eficiencia es medida esencial del aprovechamiento racional de los bienes. La genuina lesividad del peligro abstracto reside en que un bien sobre el que no puede disponerse de forma despreocupada no es racionalmente aprovechable en su totalidad"[880].

En los delitos de peligro abstracto hay un juicio de peligrosidad *"ex ante"* sobre la peligrosidad de la conducta, esto es, se produce una presunción, por eso también se los conoce como delitos de peligro presunto, remoto para el bien jurídico. La peligrosidad está implícita en la misma acción típica (*id quod plerumque accidit*), de tal manera que bastará comprobar que la conducta es idónea de forma genérica para afec-

---

ticos en lugares no autorizados o sin cumplir con las normas sanitarias y de protección del medio ambiente...". En este caso se reprime con carácter general los depósitos o vertidos sabiendo que unos ocasionarán peligro verdadero para el ambiente mientras que otros serán inocuos o irrelevantes. Este castigo generalizado no depende, por tanto, de que el vertido cause una situación de peligro para el ambiente: con o sin esta situación el hecho es igualmente punible.

[880] KINDHÄUSER, Urs Konrad. "Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico", traducción de Fernando Molina Fernández, en: *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en Honor al Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1992, p. 449.

tar los bienes jurídicos, sin necesidad de acreditar, en el caso concreto, que esta idoneidad general se haya efectivizado en un peligro concreto, lo que conduce a que el juzgador realice una presunción "*iuris et iure*" de peligrosidad.

Es decir, que no admite o no requiere prueba de dicha peligrosidad, con lo que conllevaría a la trasgresión del principio constitucional de la presunción de inocencia. Esta clase de peligro también conlleva a incompatibilidades con los principios imperantes en el DP como son: la existencia y probanza del dolo, pues se ha indicado, que la tipicidad subjetiva está conformada por el llamado *dolo in re ipsa* que significa, que el dolo se agota simplemente en la conciencia y voluntad de la propia actividad y en un resultado peligroso. La posibilidad de comisión culposa, formas imperfectas de realización, entre otros.

Los delitos de peligro abstracto, si bien presentan ciertas ventajas en el ámbito procesal, específicamente con el *thema probandi*, no así presentan ventajas en la sistemática jurídico-penal. Así, al estar ausente el resultado lesivo no se garantiza un contenido real de ofensividad, con lo cual se estarían protegiendo meras conductas formalmente típicas (tutela de funciones administrativas, y no de bienes jurídicos), que conllevaría a una cuestionable "bagatelización" del DP[881]. Los delitos

[881] Defender la postura de la incorporación del peligro abstracto en el delito de contaminación sería defender, en otros términos, la equiparación entre la peligrosidad abstracta y los valores-límite. Es decir, se penalizaría la simple violación de leyes administrativas de protección del medio ambiente, porque tienen estas una importancia autónoma que merece tutela penal. El objeto jurídicamente protegido, en este caso, sería el propio "orden funcional administrativo". Podría pensarse que instrumentando la defensa del ambiente natural en el tipo básico de contaminación a través del peligro abstracto es coherente con las modernas tendencias al Derecho penal mínimo, y que parece ser –según esta postura– la única vía desde el punto de vista preventivo, al no exigírsele al funcionario judicial la comprobación del peligro real, sino tan solo la realización de una conducta que es idónea para ocasionar afectaciones al ambiente. Pero su propia "prevención" resulta ser finalmente su propia "neutralización" a los intereses del principio de

de peligro abstracto, en la relación de causalidad como condición necesaria en los tipos penales, se ve seriamente mermada, ya que en el ámbito de los "vertidos" en el delito de contaminación ambiental, si bien provienen de entidades colectivas, no se podrá determinar exactamente al causante directo de dichas emisiones.

Por ejemplo, en el caso de residuos gaseosos, resultará imposible la vinculación causal por cuanto el resultado típico puede deberse a la acumulación, suma o unión sinergética de diferentes elementos y, en algunas oportunidades puede ser determinante la influencia de elementos ambientales diferentes a la acción en sí (carácter estocástico), que el o los agraviados, conjuntamente con el órgano persecutor del delito (Ministerio Público), que es en última instancia quien tiene la carga de la prueba, y el órgano decisor (órgano jurisdiccional) le corresponde probar el vínculo causal.

Además, el legislador al introducir los "valores-límite" en la descripción típica (Art. 304º), se crea una irracionalidad, ya que si se llegara a comprobar que se superaron los estándares establecidos y no se comprobó ninguna afectación en el exterior, sería atípico objetivamente. Por el contrario, si no se superó los límites establecidos, como generalmente ocurre, pero se causó o se está causando un riesgo concreto, también conllevaría a la impunidad porque cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta que no haya sentencia judicial firme, el o los imputados estarán amparados por la presunción de inocencia y el aforismo del "*in dubio pro reo*".

Se evidencia una vez más la falta de coordinación que existe entre los órganos administrativos competentes y los legisladores para redac-

---

ofensividad, porque adicionan una condición: que ese peligro *ex ante* de idoneidad general, tendrá que superar los valores-límite fijados en normas extra-penales, por una razón lógica: si está prohibido superarlos es porque justamente entraña peligrosidad en la conducta de acuerdo con las reglas de la experiencia. Dicha conclusión, no es sino tutelar penalmente "funciones" y no "bienes".

tar los tipos penales, ya que para el Derecho administrativo, de acuerdo a criterios técnico-estadísticos, poner unos límites a los procesos contaminantes, es porque no va a causar alteraciones a nuestro ecosistema natural, y si supera dichos límites se está creando un riesgo, pero esto todavía no permite para el DP tener una certeza en los posibles resultados.

3.1.4. Aplicación de los delitos de peligro (concreto) a los objetos representantes del bien jurídico "estabilidad del ecosistema"

a) Cuestión previa: sujeto pasivo de la "acción" y del "delito"

En la tipicidad objetiva, como bien es sabido, en el tema de los sujetos existe una dualidad o pareja de componentes diametralmente opuestos. Así, en un extremo, está el "sujeto activo", quien es el que realiza la conducta punible descrita en la norma penal; en cambio, en el otro extremo, está el "sujeto pasivo".

El concepto de sujeto pasivo engloba una serie de protecciones a través de elementos personales y supraindividuales que pueden ser: la *persona humana o el hombre*, tanto en su forma intrauterina en el delito de aborto, como durante su existencia en el caso del delito de homicidio; la *persona jurídica* expuesta a ser víctima en cuanto se refiere a su patrimonio en los delitos de fraude en administración de personas jurídicas, entre otras; el *Estado* protegido de los delitos contra la administración pública, contra los poderes del Estado y el orden constitucional, entre otros; y la *colectividad* en general como pueden ser los delitos contra la seguridad pública, los incendios y estragos, entre otros. Aunque, el Estado quedaría siempre como sujeto pasivo "mediato" o "genérico" –a través de los delitos pluriofensivos– al ser el encargado de proteger los intereses personales y nacionales.

Ahora, en las cuatro manifestaciones aludidas, lo "pasivo" puede encarnar supuestos de unificación pero también de desdoblamiento normativo en el objeto jurídico. En el primero, sería el caso de los delitos contra las personas: concretamente en homicidio, lesiones corpo-

rales, donde el objeto material sería el cuerpo del sujeto y en esa línea de ataque y de protección sería el mismo sujeto pasivo: vida humana independiente, en este caso no vemos mayores inconvenientes. En cambio, serios problemas de interpretación pueden encontrarse en el segundo supuesto –de desdoblamiento normativo–, particularmente en los bienes jurídicos donde se protege a la colectividad, pues no puede observarse con certeza la "individualización" en la recepción del objeto protegido por parte del agente activo. Por esta razón, y para efectos metodológicos, el vocablo "sujeto pasivo" se ha dividido conceptualmente en dos elementos[882]:

i. Sujeto pasivo de la acción, es aquel sobre el que recae la conducta típica del sujeto activo, por lo que también se le conoce como "objeto de acción", "objeto de ataque" u "objeto material" del bien jurídico. JESCHECK[883] afirma que este puede apare-

[882] VILLAVICENCIO, Felipe. *Lecciones de Derecho penal*, Lima, 1990, p. 131; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho penal, Parte General*, Lima, 1994, p. 399; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Op. Cit., p. 316; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. Cit., p. 50; BUSTOS RAMÍREZ, Juan/ HORMAZÁBAL, MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho penal*, Vol. 2, Madrid, 1999, pp. 50 y 51; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Delitos contra el medio ambiente*, 1999, Valencia, p. 24. Este último autor considera que es posible distinguir entre la relación de la conducta con el objeto de la acción y la relación de la conducta con el objeto del bien jurídico (o el bien jurídico, sin más). Así cabe que se trate de un delito de resultado en cuanto al objeto de acción y que, en cuanto al objeto de bien jurídico (o el bien jurídico, sin más), se trate de un delito de peligro abstracto. En tal caso, el resultado físico-natural constituiría la base de la situación típica de peligro. Expresado de otro modo: sería el resultado de la acción lo que convertiría a esta, en su caso, en peligrosa". CARO CORIA, Dino Carlos. "Presupuestos para la delimitación de la estabilidad del ecosistema como bien jurídico-penal", en: Franciskovic Ingunza, Militza (comp.), *Derecho Ambiental*, Lima, 2002, p. 192; REYNA ALFARO, Luis Miguel. "La protección penal del medio ambiente: posibilidades y límites", disponible en: www.unifr.ch/derechopenal/ artículos/pdf/Reyna1.

[883] Citado por ESCRIVA GREGORI, José M. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal,* Barcelona, 1976, pp. 40 y 41.

cer bajo formas diversas: como unidad corpórea-anímica (integridad o vida de una persona), como valor social (derecho al prestigio del injuriado), como valor económico (patrimonio), como cosa (animal que puede cazarse), como situación real (utilidad de un objeto); y,

ii. **Sujeto pasivo del delito**, que viene hacer el titular del derecho (bien jurídico) o interés lesionado o puesto en peligro por el delito cometido. Por ejemplo, en el hurto, una cosa es la propiedad (bien jurídico) y otra es la cosa hurtada (objeto de la acción). Al DP no le interesa tanto el elemento "concreto-material", sino el interés general o valioso que se materializa en ese "elemento". En algunas ocasiones pueden coincidir el sujeto pasivo de la acción con el sujeto pasivo del delito, generalmente en supuestos donde se protege a la persona, pero en algunas ocasiones no lo es. En los delitos contra el patrimonio, concretamente en el delito de estafa (Art. 196° del CP), el objeto material del delito lo constituye por ejemplo el hijo menor que recepciona directamente el engaño suficiente, que producto de ese error o ignorancia, dispone del patrimonio de su padre. En este caso, se generará un desdoblamiento en el sujeto pasivo, pues será el padre, en última instancia el titular del bien jurídico tutelado. Asimismo en el delito de falsificación de documento público o privado (Art. 427° del CP), el objeto de la acción es el documento sobre el cual falsifica o adultera el sujeto activo, pero, el bien jurídico protegido, será la "fe pública". Este es el objeto jurídico que equivale al bien jurídico, es decir el bien objeto de la protección de la ley[884].

---

[884] MIR PUIG, Santiago. Op. Cit., pp. 199; ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2001, pp. 20 y 21. Este autor sostiene que si bien el Derecho penal toma a la administración pública como objeto de tutela en su dimensión objetiva o material, es decir, como actividad funcional, sin embargo es el Estado como órgano global y la diversidad de sus instituciones (dimensión subjetiva) quien asume la titularidad de sujeto pasivo. (...) No obstante, puede hablarse, sin que existan problemas

Además, en algunos ilícitos penales, la afectación a un objeto material del delito es cuantitativamente impensable, piénsese en el Art. 274° del CP que castiga, a través de la cuestionable técnica del peligro abstracto[885], la conducción de vehículos motorizados bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogadicción, o en el delito que sanciona el delito de falso testimonio. Empero, en nuestro caso, la interrogante estará en determinar la funcionalidad del ecosistema natural y bajo qué tipo de argumentos debemos hilvanar para identificar el *disvalor* del resultado acorde con el principio de lesividad. Ahora bien, reiteramos, que cualquier ataque al objeto material del delito, sino tiene ninguna incidencia negativa en la tutela del bien jurídico, (finalidad protectora por excelencia), carecerá de relevancia penal.

En fin, resulta fundamental la distinción entre objeto de la acción y el bien jurídico protegido, en el sentido que habrá que determinar si la lesión al objeto de la acción constituye ya el resultado típico o si solo es un elemento más de la acción típica. En el primer caso, sería preciso para consumar el tipo penal, constatar previamente la existencia de una relación de causalidad entre la acción y el resultado (consistente en la lesión de algún elemento ambiental), mientras que en el segundo caso no necesitaríamos de tal comprobación. De lo que se trata, en definitiva, es de no elevar a la categoría de bienes jurídicos protegidos, determinados objetos materiales de la acción.

---

de contradicción lógica, de un *sujeto pasivo genérico*: el Estado, y un *sujeto pasivo específico* (directo): la entidad estatal afectada o el funcionario (en determinados casos delictivos cometidos por particulares).

[885] Véase, REATEGUI SÁNCHEZ, James. "Relevancia jurídico-penal de la conducción de vehículo en estado de ebriedad: ¿Exclusión de conducta o causa de inimputabilidad?", en: *Libro de Ponencias del XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho penal y Criminología*, UNMSM, Lima, 2004, p. 302.

b. Los bienes jurídicos con "función representativa" como aspecto tangible en la protección de los delitos ambientales

Siguiendo con nuestro hilo argumentativo debe establecerse aspectos tangibles para la protección de determinados elementos que formarían el bien jurídico colectivo (en este caso la estabilidad del ecosistema). En tal sentido, una parte de la doctrina ha esbozado las siguientes posturas:

a) Así, Bernd SCHÜNEMANN denomina "*bien jurídico intermedio espiritualizado*" a aquellos bienes jurídicos colectivos en los que la tipificación de una lesión o concreta puesta en riesgo es difícilmente imaginable, haciéndose incierta la determinación del grado de lesividad exigible a la conducta individual con el bien colectivo[886].

b) MATA Y MARTÍN[887] prefiere, en cambio, el término "*bienes jurídicos intermedios*" y se trataría de bienes jurídicos cuya titularidad no pertenece a una determinada persona, es decir, que por su propia naturaleza no puede ser atribuido en exclusiva a un titular singular. En la tradicional contraposición, a la que ya nos hemos referido, entre bienes personales o de los particulares y bienes jurídicos universales o suprapersonales, los bienes intermedios no ocupan, como podría entenderse en una

---

[886] Citado por CARO CORIA, Dino Carlos. "Sociedad de riesgos y bienes jurídicos colectivos", en: *Themis* N° 37, PUCP, Lima, 1998, p. 205.

[887] MATA y MARTÍN, Ricardo. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. 24. Por su parte, CARO CORIA, Dino Carlos. "Los delitos concursales en el Derecho Penal peruano. Alcances de la Ley de reestructuración patrimonial y de la nueva ley general del sistema concursal", en: *RPDJP*, N° 3, Lima, 2002, p. 131, rechaza tal nomenclatura "...pues la finalidad del planteamiento consiste en instaurar una tutela más eficaz de los bienes colectivos a través de sus objetos representantes, lo que no equivale a convertir a estos últimos en bienes jurídicos intermediarios ("intermedios") entre los colectivos y los individuales".

primera aproximación, el espacio entre unos y otros, como un *tertium genus*, sino que –dice el autor- pertenecen a la segunda categoría.

c) La afectación típica también puede alcanzarse a través de un menoscabo relevante en términos normativos de aquellos sectores, si se quiere físicos. Esta protección punitiva se puede realizar mediante lo que el profesor JAKOBS denomina *"objetos con función representativa*".

Una vez revisada esta breve exposición doctrinaria, nos adherimos a la denominación "objetos con función representativa" que en nuestro caso serían las entidades funcionales de carácter natural (abióticas) como son indistintamente: el aire, el agua o los suelos, y los recursos bióticos como la flora y la fauna, que en su interacción dinámica permiten conservar el ambiente equilibrado que sería en última instancia el verdadero bien jurídico-penal protegido como "agrupado" o "colectivo"[888].

---

[888] Esta argumentación es hilvanada por CARO CORIA, por ejemplo para el análisis del bien jurídico en los delitos contra la administración pública; en: San Martín, César/ Caro Coria, Dino Carlos/ Reaño Peschiera, José Leandro. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, Lima, 2002, pp. 134 y 135. Este autor afirma: "La lesión de un bien propio del Derecho penal protector de la administración pública no tiene porqué acarrear la destrucción de todo el sistema administrativo y sus funciones, estos pueden verse seriamente afectados si se comete por ejemplo una defraudación importante en la adquisición de equipos para las Fuerzas Armadas, a través de la cual se distrae del erario público varios cientos de millones de nuevos soles"(...) "Si la intervención penal opera en este ámbito a través de objetos con representación representativa, como el erario público o la imparcialidad del funcionario público, entonces la lesividad deberá buscarse en el grado de afectación de dichos objetos". Nuevamente, CARO CORIA, Dino Carlos. "Los delitos concursales en el Derecho penal peruano. Alcances de la Ley de reestructuración patrimonial y de la nueva Ley general del sistema concursal" , p. 137, utiliza el bien jurídico "sistema crediticio" para apuntar que: "En esa línea, si la vinculación al principio de lesividad exige en el caso del Art. 209º del CP la afectación del sistema crediticio, ella difícilmente podrá ser producto de un único comportamiento defraudatorio, el alzamiento

Ahora bien, habría que considerar, de acuerdo la descripción del Art. 305 del CP, que el patrimonio y la salud e integridad personal constituyen también manifestaciones singulares para el funcionamiento del ecosistema, y por tanto serían objetos con función representativa.

El bien representante es el que inmediatamente sale a relucir y por ende, objeto de afectación (lesionado o puesto en peligro), sin que sea preciso averiguar si realmente se produjo algún daño al bien jurídico inmediata y directamente protegido en sentido técnico. La elaboración doctrinal de estas consideraciones tiene perfecto sentido en los delitos contra el ambiente[889] ya que precisamente, la "abstracta peligrosidad" de la conducta típica para este bien mediato reside en la lesión reiterada y generaliza del bien intermedio con función representativa. A partir de lo expuesto, entonces, los objetos ambientales tangibles, con sus adjetivizaciones como la "pureza" del agua, la "calidad" del aire, la "fertilidad" de la tierra, etc., pueden ser "puestos en peligro" como "lesionados", porque a su vez afectan al "gran" bien jurídico estabilidad ecosistema.

Sentada esta posición, la afectación de bienes jurídicos llamados indistintamente universales, colectivos o difundidos, aun siendo individuales, no pueden alcanzarse mediante la destrucción total del objeto protegido. Muchos de los objetos protegidos por los tipos penales modernos se caracterizan por tener grandes dimensiones que harían prácticamente inimaginable que la conducta individual y aislada de un sujeto determinado pudiera lesionarlos o ponerlos en peligro concreto. Es decir, que mediante el vertido con grados de concentración de metales pesados superiores a los permitidos por la normativa administrativa

---

de bienes (inc.1) en una gran empresa no acarrea el colapso del sistema crediticio, las personas no dejarían de otorgar préstamos, los deudores no dejarán de pagar sus créditos ni se romperán todas las cadenas de pago del país". En contra de esta posición: KINDHÄUSER, Urs. "Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico", pp. 446 y ss.

[889] En este mismo sentido: MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. Op. Cit., p. 99, pero solamente para los delitos económicos en *sentido estricto*.

correspondiente resultarán insignificantes –como una ficción– para su comprensión como lesión o como peligro concreto.

Por eso, tiene que darse, tanto en los bienes jurídicos individuales como en los supraindividuales, no una afectación en el sentido naturalístico, sino un "menoscabo normativo de valor"[890]. En este punto, DIEZ RIPOLLES sostiene correctamente que "...para poder hablar de la lesión de un bien jurídico colectivo no es preciso la desaparición de esa realidad social como consecuencia de la lesión, del mismo modo que para afirmar una lesión a la vida tampoco hace falta que desaparezca la vida humana del planeta o de un determinado territorio; o lo que es igual, que el bien jurídico tenga una dimensión colectiva no quiere decir que tal bien no sea susceptible de diferenciación en elementos individualizables que constituyen concretas formas de manifestación de él"[891].

Asimismo, ABANTO VÁSQUEZ[892] sostiene que no se trata del "peligro concreto" (o de la "lesión") de los "bienes jurídicos", pues no se puede exigir a estos un menoscabo en términos naturalísticos, sino una mera "afectación" en términos normativos (...). Los "objetos" del bien jurídico son aquellos intereses que "representan" a los bienes jurídicos en el campo concreto de las relaciones sociales: la vida de un individuo, sus bienes, su honor, el patrimonio de una empresa, etc. La "afectación del bien jurídico", en el sentido de "negación de su vigencia" (y no de la norma), se produce cuando el individuo "lesiona" o "pone en peligro" los objetos.

En esta misma dirección, ACALÉ SÁNCHEZ apunta que "...el legislador peruano confunde el objeto material del delito, con el bien jurídico protegido. Nótese que refiere a los recursos naturales como 'bienes

---

[890] En este sentido: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. Cit., p. 52.

[891] DIEZ RIPOLLES, José Luis. "El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista", en: *Jueces para la Democracia*, Madrid, 1998, p. 18.

[892] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. "Diez años de Derecho penal económico peruano: un balance", en: *RPCP,* Nº 11, Lima, cita a pie de p. 10.

jurídicos tutelados', pero también como 'elementos de un bien jurídico tutelado mayor como es el ambiente'. Los recursos más que bienes jurídicos son los objetos materiales en los que se refleja el bien jurídico medio ambiente. De forma que cuando se contamina el agua, se construye sobre una determinada clase de suelo o se aniquilan ejemplares protegidos de flora o fauna, se está afectando negativamente a los bienes jurídicos ambientales. Ello no conlleva convertir a los recursos naturales en bienes jurídicos, sino en objetivos materiales destruidos por los delitos ambientales"[893].

Retomando el hilo argumentativo, esto nos lleva a la conclusión que quien arroja esporádicamente su basura en la esquina de su casa o en la orilla de un río, constituirá solo una contravención y correlativamente una sanción administrativa de competencia municipal (aunque se puede tipificar también una falta penal, en el CP, contra las buenas costumbres, seguridad pública o tranquilidad pública), en la medida que el nivel de la conducta individual y aislado resulta inocuo pues no deteriora gravemente el equilibrio ecológico de la ciudad[894].

Ahora bien, ese mismo sujeto y toda su vecindad arrojaran diariamente desechos sólidos hasta hacerlo un enorme contenedor de basura, entonces, el efecto reiterado, acumulativo y descontrolado de dichas conductas hacen que el equilibrio ecológico (principalmente agua y suelo) no pueda soportarlo; lo que se habría verificado al "pasar" de una contravención administrativa a ese mínimo necesario para acceder a un injusto merecedor de pena y de competencia jurisdiccional.

Como estamos en un escenario de protección jurídica de intereses colectivos, en la que detrás de todo bien colectivo, está la defensa tam-

---

[893] ACALÉ SÁNCHEZ, María. "Actividades urbanísticas constitutivas de delitos en los Códigos penales español y peruano", en: *RPCP*, N° 11-12, Lima, 2002, pp. 107 y 108.

[894] Similar: BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. "Los delitos ecológicos y sus problemas", en: Franciskovic Ingunza, Militza (Comp.). *Derecho Ambiental*, Lima, 2002, p. 203.

bién de bienes jurídicos individuales (concretamente en nuestro caso: la vida, salud personal y el patrimonio), esto obviamente sin desconocer la presencia autónoma que adquieren los bienes jurídicos colectivos –donde está inserto el ambiente natural– actualmente. En entonces, *de lege lata* resulta imperativo que el DP permitiera hacer ciertas fragmentaciones cualitativas para obtener puntos de apoyo, esto es, tenemos que distinguir por un lado, entre un bien jurídico "mediato" y otro, de carácter "inmediato".

Los bienes jurídicos colectivos como el ambiente son normalmente afectados por procesos largos, en los que concurren multitud de elementos que se relacionan recíprocamente provocando consecuencias que no son la simple suma de las que provocarían cada uno de ellos. Más aun cuando las relaciones de causalidad –exigencia de perjuicio o alteraciones– se torna complicada, y la atribución subjetiva del dolo de contenido mínimo (eventual) con respecto a su autor se pierde en el horizonte de los hechos, con lo cual se produce materialmente una desprotección del bien jurídico-penal.

Siguiendo a CARO CORIA[895], tal situación ha motivado dos planteamientos poco conciliables: la asunción de la categoría de los delitos de acumulación y el escepticismo –cuando no la renuncia– a la intervención penal frente a estos comportamientos. La primera dirección apuesta por la instauración de tipos delictivos que describen comportamientos cuya realización múltiple se espera con certeza y no solo hipotéticamente. La segunda apunta a la revisión de los fundamentos de la intervención penal en el terreno de los bienes jurídicos colectivos y plantear como hipótesis la derivación del control hacia el Derecho administrativo sancionador o hacia un Derecho de intervención en términos del profesor HASSEMER.

---

[895] CARO CORIA, Dino Carlos, en: San Martín Castro, César/ Caro Coria, Dino Carlos/ Reaño Peschiera, José Leandro. Op. Cit., p. 132; EL MISMO. "Los delitos concursales en el Derecho Penal peruano. Alcances de la Ley de reestructuración patrimonial y de la nueva Ley general del sistema concursal", p. 138.

4. La utilización del delito de peligro concreto para la protección de bienes jurídicos colectivos: la "estabilidad del ecosistema"

Se recurrirá a la técnica de delitos de peligro concreto, la misma que consiste generalmente en la falta de una lesión efectiva. La exigencia de un delito de peligro en la descripción típica básica del Art. 304º *("…o puedan causar…")* significa un adelantamiento de las barreras de punibilidad, pues no comporta una destrucción, sino la creación de una situación tal que sea probable que ese resultado lesivo se produzca, lo cual guarda relación con la naturaleza del bien jurídico ambiente. En el presente caso, estamos ante un peligro concreto[896] porque el peligro está expresamente indicado en la ley, por tanto dicho peligro es un elemento del tipo objetivo que podemos definirla como un estado anormal de situación riesgosa que de acuerdo a las circunstancias tendrá que ser de carácter actual e inminente con probabilidad de lesión hacia el bien jurídico protegido, donde dicha peligrosidad se realiza en base a una un presunción *iuris tantum,* es decir hay una inversión de la carga de la prueba a favor del agente, además este delito es verificable a través de un juicio de peligrosidad *"ex post"*.

En este sentido, en el delito de peligro concreto, el juzgador, en base a las circunstancias de cada caso, debe acreditar, que la conducta realizada ha generado un efectivo y real peligro para el bien jurídico. Ahora bien, puede haber dos tendencias en relación a la fundamentación y diferencias en los delitos de peligro. La primera sería aquella que indica que

---

[896] Así lo entiende nuestra doctrina; en ese sentido: CARO CORIA, Dino Carlos. *La protección penal del ambiente,* p. 295; EL MISMO. *Derecho penal del ambiente*, p. 622 (quien ahora se muestra a favor de los delitos de peligro concreto para la protección del bien jurídico ambiente p.473 y ss., 609 y ss.); BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto / GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. Cit., p. 516; REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de Derecho penal económico,* p. 704. En la doctrina comparada, por ej. RUSCONI A. Maximiliano. "Algunas cuestiones referidas a la técnica legislativa del delito ecológico", en: Maier, Julio B.J. (comp.). *Delitos no convencionales*, Buenos aires, 1994, p.177

la diferencia entre los delitos de peligro abstracto y de peligro concreto no está en el grado de peligrosidad menor del peligro abstracto sobre el peligro concreto; lo que diferencia a las dos categorías es la técnica de formulación de los tipos: estaremos ante delitos de peligro concreto cuando sea el propio bien jurídico el que se ponga en situación de proximidad a la lesión. Por el contrario, delitos de peligro abstracto, en lo que el concepto de peligro es idéntico, lo que cambia es el referente, que ya no es el bien jurídico en sí mismo considerado, sino su propia seguridad[897].

Por otro lado, puede ubicarse otra tendencia que establece que en realidad, los auténticos delitos de peligro son los de peligro concreto, porque en los delitos de peligro abstracto lo peligroso sería la conducta del autor. Esto implica una diferencia de escalas. En otras palabras, dice DONNA, hay que diferenciar entre conducta peligrosa y el real peligro en que se encuentra el bien jurídico. En el primer caso, es un estado con probabilidad de lesionar al bien jurídico. En cambio habrá conducta peligrosa cuando un acto entrañe la probabilidad concreta de lesión al objeto. Es una característica propia de la conducta. Por ende –continúa el autor– en los llamados delitos de peligro se exige una acción transitiva, esto es, causación de un peligro para un objeto. En cambio en los de peligrosidad, no es el peligro para el objeto, sino la conducta en sí, la que es peligrosa[898].

Se trata de destacar en este punto que el DP interviene generalmente cuando el daño ya se ha producido, y lo más que se puede lograr, salvo que sea irreversible como generalmente ocurre con daños al ambiente (por ej., se produce un gran derramamiento de petróleo en las orillas del mar que ocasiona una gran masa de muertes de los recursos hidrobiólogicos, obviamente va a demorar a que recuperen otra vez su equilibrio perturbado), es la reparación consistente en restituir las cosas al estado anterior, obviamente a costa del autor.

---

[897] ACALE SÁNCHEZ, María. "Actividades urbanísticas constitutivas de delitos en los Códigos penales español y peruano", p. 199.

[898] DONNA, Edgardo Alberto. "Delito y medio ambiente", pp. 342 y 343.

En esta misma lógica, consideramos también loable la tipificación a través del resultado lesivo, respetando con ello el principio de levisidad, para cualquiera de los objetos que cumplen una función representativa en bienes de naturaleza colectiva, así en nuestro caso serían el agua, suelo, aire, flora y fauna que en su interacción dinámica permiten alcanzar condiciones de equilibrio (*statu quo ante*) en los "sistemas naturales" ubicados en un determinado sector o zona. La doctrina considera que la lesión del bien jurídico, colectivo o individual, no solo puede alcanzarse mediante la destrucción del interés sino también a través del menoscabo o deterioro del objeto de la acción[899]. En otras palabras, el bien jurídico-penal como objetivo finalmente protegido solamente se deteriora, mientras que el objeto material o representante se puede hasta destruir o desaparecer físico-naturalmente.

El relajamiento progresivo del principio de lesividad producido a través de la proliferación de tipos de peligro, para la protección de bienes jurídicos afectados por la delincuencia económica, responde a que dicho principio –lesividad– se configure en coherencia con el de prevención[900] que goza de refrendo expreso en el Art. I del Título Preliminar del CP cuando se autoimpone, como objeto, *"la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad"*.

Por otro lado, habrá que tener en cuenta que la Sección I del XV Congreso de la Asociación Internacional de DP de 1994 relativa a los delitos ambientales, recomendó que el elemento material mínimo de las infracciones penales debería ser: "a) una acción u omisión que cause un serio daño al ambiente; b) una acción u omisión que contravenga un texto legal o reglamentario *y que cree un peligro real e inminente (concreto) para el ambiente o para los seres humanos*".

---

[899] CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal del ambiente*, p. 521.

[900] TERRADILLOS BASOCO, Juan. "Criminalidad económica y tipos de peligro", texto de la conferencia en el IV Congreso Internacional de Derecho penal "El Derecho penal ante las nuevas formas de criminalidad", organizado por la PUCP y el área de Derecho penal de la Universidad de Cádiz, Lima, 25-08-1999.

Los bienes jurídicos colectivos y los objetos con función representativa tienen una relación de género a especie, y como tal, la afectación de estos últimos tienen a nuestro juicio importantes consecuencias de orden práctico: el ámbito de la imputación subjetiva, puesto que para la configuración del delito de contaminación doloso (Art. 304°, primer párrafo), no se necesitará que el sujeto activo conozca efectivamente el grado de lesión o peligro de su conducta hacia la "grandiosidad" bien jurídico-penal: estabilidad de *todo* el ecosistema nacional o en su defecto regional, sino que su vinculación subjetiva (dolo o culpa) ahora puede ser parcial y racional (probatoriamente hablando), en la medida que estará abocada a un "objeto representante" como por ejemplo el agua expresada en un río adyacente a una refinería minera.

Por último, ante los permanentes procesos de contaminación ambiental donde se hace más difícil la identificación del autor, asumir la defensa del bien jurídico-penal "estabilidad del ecosistema" a través de objetos tangibles, resulta adecuada para efectos de verificar la relación causal, puesto que la conducta típica (contaminar) tendrá derrotes directos de cara a la afectación de uno o dos, tres o más objetos representantes, más aun cuando la puesta en peligro, sino también su "lesión" efectiva al ambiente constituye una práctica *socialmente adecuada* en casos de menor entidad. En otros casos, la lesión efectiva del ambiente se mueve en un espacio de *riesgo permitido* por las exigencias de nuestro modelo de desarrollo económico[901].

En este ámbito de delitos de peligro, considero necesario traer a colación lo que la doctrina denomina "delitos de idoneidad", "delitos hipotéticos"[902] o "delitos abstracto-concreto", que sería una categoría

---

[901] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Delitos contra el medio ambiente*, pp. 19 y 20.

[902] TORIO LÓPEZ, Angel. "Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)", en: *ADPCP*, 1981, p. 846. "Lo hipotético de los delitos de peligro hipotético –según el autor- se refiere a que si bien el delito requiere una acción que por sus propiedades materiales sea susceptible de ser considerada según un juicio de pronóstico

intermedia entre ambos tipos de peligro, y su posible utilización en el delito de contaminación ambiental[903], se podría argumentar según la literalidad: *"puedan causar perjuicio o alteraciones ..."*.

5. Sobre el resultado típico

El tipo penal exige además lo siguiente: "*...que cause o pueda causar perjuicios, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental...*". El principio se encuentra regulado, como norma rectora, en el Art. IV del Título Preliminar del CP en los siguientes términos: *"La pena, necesariamente, precisa la lesiono puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley*". Criterio que ha asumido la jurisprudencia penal peruana[904].

---

como peligrosa para el objeto de protección, el juez debe además verificar si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre la acción y bien jurídico, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para este. Ha de plantear, pues, la hipótesis de si la acción comprobadamente peligrosa hubiera podido determinar un resultado peligroso. En los delitos de peligro hipotético es preciso acreditar la peligrosidad de la acción (desvalor *real* de acción) y la posibilidad de resultado peligroso (desvalor *potencial* de resultado) como exigencias del tipo".

[903] En este sentido: ABANTO VASQUEZ, Manuel. Op. Cit., p. 122; DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. *La prueba en el delito ecológico,* p. 161 sostuvo que el Art. 347º*bis* del CP español derogado que la expresión "puedan perjudicar" quería decir que esa conducta es "apropiada" o "idónea" para perjudicar; es decir se trata de un delito de peligro hipotético. Más adelante agrega que en los delitos de peligro hipotético o abstracto concreto, el juzgador habrá de constatar con carácter general la idoneidad lesiva de la acción, es decir, si la conducta abstractamente observada era "idónea", "adecuada" o "apta" para la creación del peligro prohibido, pero también habrá de constatar que no se ha producido ni un resultado de peligro (porque entonces nos encontraríamos ante un peligro concreto o ante una lesión).

[904] En el Exp. Nº 5269-97 de fecha 17.11.2002, señala lo siguiente: "*que, el artículo cuarto del Título Preliminar del CP establece el principio de lesividad, en virtud del cual en la comisión de un delito tiene que determinarse, según corresponda la naturaleza del mismo, al sujeto pasivo que haya sufrido*

En cuanto al resultado típico cabría hacer las siguientes precisiones: en primer lugar, se conserva a nuestro entender la misma estructura típica en cuanto a la lesividad de la agresión al ambiente y sus componentes, pues antes de la reforma legal se señalaba exactamente lo mismo: en la versión original del Art. 304º se señalaba con la frase: "*…que "causen" o "puedan causar" perjuicios o alteraciones en la flora, fauna o recursos hidrobiológicos…*", ahora a través de la reforma de la Ley Nº 29263, se señala textualmente: "*...que cause o pueda causar perjuicios, alteración o daño grave al ambiente…*".

En consecuencia, tanto en la "nueva" como en la "antigua" versión del artículo 304º, se habla de un delito de peligro concreto (puedan causar) como de un delito de lesión (causen), con las críticas que la doctrina ha señalado aquí en el sentido que mejor debería haberse creado un tipo penal de peligro con una pena menor y otro tipo penal de resultado obviamente con una pena mayor, ya que así como está, daría a entender que en uno y otro caso la pena sería la misma. La única forma de solucionarlo es la vía judicial, en función al marco penal que prevé el mismo Art. 304º, pues, por ejemplo, si se ha verificado una lesión efectiva al ambiente y sus componentes aplicará una pena privativa de libertad de seis años como tope máximo y si existe un delito de peligro concreto se aplicará por ejemplo una pena privativa de libertad de cuatros años como tope mínimo, claro con su respectiva multa en cada una de ellas.

En segundo lugar, se adiciona algunos objetos materiales del delito, como es obviamente el mismo ambiente o sus componentes que son el agua, el suelo, el aire, la flora y la fauna; asimismo, la novedad es que se incorpora el concepto de "calidad ambiental" y la misma "salud ambiental". Como bien dice LAMADRID UBILLUS "…el legislador peruano, en un intento por acaparar todos los objetos de protección, ha consigna-

---

la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal, allí que el sujeto pasivo siempre es un elemento integrante del tipo penal en el aspecto objetivo, que por tanto, al no encontrarse identificado trae como consecuencia la atipicidad de la conducta delictiva". (Vid. ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia penal*, Tomo I, Lima, 2002, p. 81).

do como bien a proteger la *salud ambiental*, consciente o no de que, con dicha consignación, estaba englobando a la *salud colectiva*, que vendría a ser tan solo un elemento integrante de la salud ambiental. Así pues, se entendería que las afectaciones a la salud colectiva pueden ser, en ocasiones, tan solo consecuencias de un *ambiente enfermo*, o gravemente afectado por las conductas humanas"[905].

En todo caso, lo que debería interpretarse es que son conceptos similares y que uno es consecuencia del otro –para que haya una buena salud en los objetos ambientales antes debe haber una buena calidad en nuestro alrededor– para precisamente establecer una real estabilidad en nuestro ecosistema natural. Una aclaración: tanto la salud ambiental como la calidad ambiental no estaban en la versión original del Art. 304º del CP, y definitivamente son conceptos que vienen desde la LGA.

En tercer lugar, y como no podía ser de otra manera, será la autoridad ambiental en cada sector quien evaluará los daños ocasionados, y aquí es donde se inicia los problemas de orden de jurídico-conceptual y funcional-competencial. Desde el punto de vista jurídico-conceptual porque solo y únicamente el órgano jurisdiccional es quien debe interpretar y aplicar las normas al caso concreto dentro de un proceso penal cuando de delitos se trate, entonces una autoridad ambiental, que es en otras palabras una autoridad administrativa, no está en condiciones de "calificar" los resultados dañosos que se ocasionen. Desde el punto de vista funcional-competencial se va a originar una lamentable confluencia de facultades estatales, porque tanto el Juez penal como la autoridad ambiental impondrán criterios disímiles y contradictorios en un caso concreto. La actual versión del Art. 304º del CP señala que los resultados dañosos al ambiente serán evaluados *según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental,* es decir, previa la evaluación de la autoridad ambiental debe haber una reglamentación que prevea tal situación dañosa.

---

[905] Véase: LAMADRID UBILLUS, Alejandro. *El Derecho penal ambiental en el Perú ¿Realidad concreta o simbolismo práctico?*, Lima, 2011, p. 215.

La pregunta que cae por su propio peso es que cuando no haya dicha reglamentación: ¿Se podrá aplicar igualmente la sanción penal prevista en la nueva versión del Art. 304º del CP?, ¿Se podrá aplicar, ante la ausencia de reglamentación, la facultad discrecional de la autoridad ambiental para suplir la deficiencia?; ¿Estos temas concretos no son acaso violatorios del principio de reserva de la ley penal y del principio de legalidad de la conducta penal?

La inclusión de estos tres grandes conceptos (ambiente, calidad ambiental, salud ambiental) amplía desmesuradamente los objetos y bienes jurídicos a proteger, previstos en la norma del Art. 304º del CP. Por tanto, debe asumirse la tesis de la pluriofensividad del delito de contaminación ambiental (Art. 304º –tipo base– y agravantes en el Art. 305º) debido a que el objeto de tutela penal está constituido por específicos y valiosos intereses (ambiente, recursos naturales y salud colectiva en el tipo base, así como vida, integridad física y ejercicio de fiscalización ambiental en la modalidad agravada) reunidos y agrupados en el marco bien jurídico estabilidad ecosistémica[906].

6. Las circunstancias agravantes del delito de contaminación ambiental

Ahora, para las agravantes contenidas en el siguiente Art. 305 del CP tiene que verificarse las siguientes circunstancias:

> *"La pena privativa de libertad será no menor de cuatro años ni mayor de siete años y con trescientos a mil días multa si el agente incurre en cualquiera de los siguientes supuestos:*
>
> *1. Falsea u oculta información sobre el hecho contaminante, la cantidad o calidad de las descargas, emisiones, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes referidos en el Art. 304º, a la autoridad competente o a la institución autorizada para realizar labores de fiscalización o auditoría ambiental.*

[906] Véase, en este sentido: LAMADRID UBILLUS, Alejandro. Op. Cit., p. 215.

2. *Obstaculiza o impide la actividad fiscalizadora de auditoría ordenada por la autoridad administrativa competente.*
3. *Actúa clandestinamente en el ejercicio de su actividad.*

Si por efecto de la actividad contaminante se produce lesiones graves o muerte, la pena será:

1. *Privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años y con seiscientos a mil días multa y con setecientos a mil días–multa, en caso de lesiones graves.*
2. *Privativa de la libertad no menor de seis años ni mayor de diez años y con setecientos cincuenta a tres mil quinientos días–multa, en caso de muerte*".

6.1. Falseamiento u ocultación de información sobre el hecho contaminante.

Sobre el **primer supuesto agravatorio** del Art. 305º del CP podemos decir que la información pública ambiental sobre hechos contaminantes está basada en toda constancia obrante en documentos escritos, fotográficos, grabaciones, imágenes, soporte magnético, digital, o en cualquier otro formato, y debe ser proporcionada a la autoridad competente con la finalidad de fiscalización o auditoría ambiental, y comprende entre otros: informes técnicos, dictámenes o archivos, planes, programas y estrategias, correspondientes a los ámbitos municipal, provincial, nacional, o de carácter regional y de programas internacionales, autorizaciones ambientales, certificados de aptitud ambiental, manifiestos, guías y otros actos administrativos similares, indicadores y estadísticas ambientales, datos relativos a fiscalizaciones realizadas, monitoreo, mediciones, cumplimiento de estándares y puntos de referencia, contingencias acaecidas y medidas adoptadas. La información debe ser brindada en el estado en que se encuentre, al momento de efectuarse la solicitud, no estando los sujetos obligados a procesarla o clasificarla. No obstante, será suministrada en forma clara, exenta de codificaciones y en su caso acompañada de una explicación de los términos que se utilicen y deberá brindarse de modo oportuno, adecuado, completo y veraz por parte de los sujetos obligados.

Ahora bien, debemos precisar –siguiendo a PEÑA CABRERA FREYRE– que "la punición de una conducta se determina por su lesión y/o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado. Una vez que se verifica la comisión del injusto, los actos que hayan de realizarse *a posteriori* no sin copenados, pues ya están relacionados a una actividad propia de la delincuencia, de no dejar rastros de su conducta criminal, sea borrando las huellas del ilícito accionar u ocultando todas las evidencias relacionadas con el *corpus delicti*. El hecho de esconder ciertas pruebas, de elementos de información sobre la comisión de un hecho punible, solo ha de tener relevancia jurídico-penal cuando es cometido por una persona ajena al autor y/o partícipe del delito, según se desprende del Art. 405º del CP"[907].

En consecuencia, el hecho de ocultar la información debe realizarse antes o coetáneamente a la contaminación ambiental, no puede darse el ocultamiento con posterioridad a la contaminación, en cuyo caso estaríamos ante un delito contra la Administración de Justicia –encubrimiento material-, y no un delito ecológico.

En igual sentido, tenemos que decir que la agravante de aquel que obstaculiza o impide que la actividad fiscalizadora de auditoría ordenada por la autoridad administrativa competente (Art. 305º, inciso 2 del C.P.), *debe ser anterior o en forma coetánea a la contaminación ambiental*, ya que precisamente la actividad fiscalizadora de auditoría estatal es para prevenir o cautelar los futuros procesos de contaminación ambiental que se puedan producir, ya que si se sigue produciendo el acto obstaculizador, y como consecuencia de ello, se sigue produciendo la contaminación por parte de la empresa, la actividad fiscalizadora carecería de objeto, y más bien sería irrelevante jurídico-penalmente, ya que sería parte de un agotamiento del delito.

---

[907] Véase: PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho penal. Parte especial,* tomo IV, Lima, 2010, pp. 234 y 235.

6.2. El agente actuó clandestinamente en el ejercicio de su actividad (Art.305º, inc. 1 CP)

Esta cualificación responde a un mayor *disvalor* de la acción, por parte de la actuación de la autoridad administrativa en esta materia. El sujeto activo necesariamente tiene que desarrollar una actividad no necesariamente económica, pero dicha actividad lo hace al margen de los controles administrativos y de la legalidad.

Como señala CARO CORIA[908] se pueden destacar dos interpretaciones en cuanto a la clandestinidad: un primer sentido puede ir referida a que la actividad económica ejecutada por las personas jurídicas no se halle inscrita en el registro estatal respectivo, es decir realizan una actividad informal. Es decir, que en el lenguaje ordinario se entendería como sinónimo de "oculto" tanto para los ciudadanos del lugar y para la propia administración que no tienen conocimiento sobre su existencia. En el segundo sentido se entendería que la clandestinidad está referida a la conducta contaminante. La actividad sería formal, lo informal e ilícito serían solo los vertidos. No obstante la literalidad del texto, puede interpretarse estos dos sentidos ya que prescribe el término "actividad".

En este punto, SILVA SÁNCHEZ anota que si por ejemplo "...una industria que funciona de modo conocido por todos, si no ha solicitado siquiera la aprobación administrativa de sus instalaciones, puede seguramente calificarse como industria clandestina. Pero desde una interpretación jurídico-material, y no formalista, ya empezaría a ser dudoso, por ejemplo, el caso de la empresa que ha solicitado, pero todavía no ha obtenido, la aprobación administrativa de sus instalaciones, y que inicia su actividad"[909]. En este sentido, la jurisprudencia española (S de 7. oct. 1991 del Juzgado de lo Penal Nº 28 de Barcelona) ha señalado que *"no procede la consideración de la clandestinidad de la empresa del acusado entendiendo que la alusión hecha por el citado*

[908] CARO CORIA, Dino Carlos. *Protección penal del ambiente*, p. 299 y ss.

[909] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Delitos contra el medio ambiente*…, p. 109.

precepto a que la industria funcionara clandestinamente se refiere a que la Administración ignore totalmente la existencia de dicha industria...". Resolución que fue confirmada por la Sec. 5 de la AP de Barcelona en S de 9 abr., 1992.

El tema, sin embargo, ha quedado definitivamente resuelto por el Tribunal Supremo en S. de 11 mar. 1992 al apreciar como agravante de clandestinidad industrial "a la actividad carente de licencia de la localidad, pese haber sido solicitada la misma y ser esta denegada". En suma, la clandestinidad significa sustraerse del control de la administración en relación a la actividad de que se trate, aun cuando la obtención de la licencia de actividad o de vertidos sobrevenga en nulidad, pues este tipo cualificado no tiene como base la irregularidad formal de la actividad. De lo que se trata es que el ocultamiento de la actividad impida que el Estado pueda intervenir como garante del ambiente.

6.3. Si, como efecto de la actividad contaminante, se producen lesiones graves o muerte

Los conceptos de lesiones graves y muerte son conceptos normativos en los que para su aplicación necesita el auxilio conceptual previsto en el mismo CP. Estamos, entonces, ante una ley penal en blanco impropia. Las lesiones graves están previstas en el Art. 121° del CP, en los numerales 1, 2 y 3. En cuanto a la definición de muerte en DP, se ha acogido el criterio dominante de la muerte cerebral la misma que es definida en el Art. 5° de la Ley N° 23415 ("Ley de trasplantes de órganos de cadáveres y personas vivas") modificada por la Ley N° 24703, promulgada esta última el 19 de junio de 1987. La reglamentación se efectuó por D.S. N° 014-88-SA.

En cuanto a la circunstancia agravante que estamos comentando, a nuestro entender se presentan dos problemas: uno, porque los resultados se tienen que producir en un contexto en el cual tiene que verificarse una afectación *ab initio* a los objetos ambiente, con las dificultades que esto presenta; y dos, porque al no existir en el texto literal de la circuns-

tancia agravante la frase *"si el agente pudo prever este resultado"*[910]–propio de la preterintencionalidad– produce serios problemas subjetivos. En consecuencia, la única interpretación posible en esta parte dado el sistema de *numerus clausus* en la tipificación culposa (Art.12º pf. 2) y la proscripción de la responsabilidad objetiva (Art. VII Título Preliminar CP) es entender que el resultado es doloso.

Existen casos donde el sujeto pone en peligro la salud pública (peligro común) caracterizado como bien jurídico colectivo, pero también es posible, dentro del mismo proceso delictivo, la producción de un resultado lesivo a la vida y a la salud individual –como bien jurídico individual–, situación que tiene una connotación y calificación distinta. CARO CORIA afirma "…que la relación de subsidiaridad entre los delitos de peligro y los de lesión no puede afirmarse siempre, sino solo en los casos en que el bien o bienes puestos en riesgo sean los mismos que se lesionan, de forma que todo el disvalor del peligro quede absorbido por la producción del resultado lesivo. En tal sentido, el resultado de peligro previsto en un tipo penal solo puede ser subsumido por el resultado de lesión tipificado por otro, siempre que ambos delitos protejan el mismo bien jurídico, individual o colectivo. Esto es, cuando el disvalor de resultado de estos ilícitos se erige en función del mismo bien jurídico, pero con una diferencia de grado: peligro y lesión respectivamente"[911].

La primera posibilidad es que la consecuencia comúnmente establecida es que el *disvalor* del injusto de peligro sea abarcado en su totalidad por la lesión de un bien individualizable. La segunda posibilidad es

---

[910] También pueden citarse el Art. 286º, párrafo segundo: *"Si resultan lesiones graves o muerte y el agente pudo prever estos resultados, la pena será no menor de diez ni mayor de veinte años";* el Art. 289º: *"Si resultan lesiones graves o muerte y el agente pudo prever estos resultados, la pena será no menor de diez ni mayor de veinte años".*

[911] CARO CORIA, Dino Carlos. "Bienes jurídicos colectivos en la sociedad de riesgos y las reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo", p. 74.

que la desvaloración del injusto del peligro no pueda ser abarcado por el injusto de lesión, y por el contrario sea ampliamente superado por aquella a raíz de su fundamentada autonomía de su ilicitud. Dentro de esta segunda posibilidad, cabe precisar si el peligro es "cerrado" colectivo que deviene de una concreta lesión, sin subsistir el riesgo de afectación a otros bienes protegibles, determinándose la penalidad de los delitos, bajo las reglas del régimen concursal denominado aparente de leyes que no tiene regulación legal en nuestro medio, o si el peligro es "abierto" colectivo en que la factibilidad de afectación para otros bienes jurídicos sigue latente, aun cuando haya existido la verificación de una lesión, seleccionando la penalidad de los delitos en conflicto, bajo el criterio de régimen concursal efectivo (ideal o real), pues ella refleja el contenido material de cada *disvalor* del injusto. Ahora bien, con respecto al delito de contaminación agravado por los resultados de muerte y lesiones graves se enmarca dentro del llamado peligro "abierto". Esto es porque los resultados lesivos a bienes jurídicos individuales, a consecuencia de los procesos de vertidos contaminantes no cubren o se lo agota la exposición de riesgo o destrucción del objeto material del tipo base.

Como bien apunta CARO CORIA "...el problema se cifra en determinar si el delito de peligro que deviene en uno o más delitos de lesión debe ser tratado como un caso de concurso de leyes o más bien como un supuesto de concurso de delitos, real o ideal"[912]. Entonces, para efectos de la determinación judicial del marco penal del delito de contaminación, donde la progresividad de la afectación va de un peligro colectivo a una lesión individual, deberá solucionarse empleando las reglas del concurso efectivo en su modalidad de ideal, regulado en el Art. 48º del CP, pues esta refleja el ámbito del contenido del disvalor de la unidad de acción que a su vez afecta simultáneamente a dos bienes jurídicos (estabilidad del ecosistema y vida humana independiente y/o salud personal). Si apreciamos un concurso supuestamente en que se

[912] CARO CORIA, Dino Carlos. "Bienes jurídicos colectivos en la sociedad de riesgos y las reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo", p. 71.

podía aplicar varios tipos penales, pero en base a principios consagrados unánimemente en el Derecho comparado, concluiríamos que solo existe un delito. En cambio, si apreciamos un verdadero concurso de delitos, estamos admitiendo la existencia de una diversidad de infracciones punibles, que a su vez acarreará una agravación en la determinación del marco penal, dependiendo de la clase de concurso.

7. El delito de incumplimiento de las normas relativas al manejo de residuos sólidos

El delito de incumplimiento de las normas relativas al manejo de residuos sólidos se encuentra previsto y sancionado en el Art. 306º del CP (modificado por la Ley Nº 29263), de la siguiente manera:

> *"El que, sin autorización o aprobación de la autoridad competente, establece un vertedero o botadero de residuos sólidos que pueda perjudicar gravemente la calidad del ambiente, la salud humana o la integridad de los procesos ecológicos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.*
>
> *Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de dos años.*
>
> *Cuando el agente contraviniendo leyes, reglamentos o disposiciones establecidas, utiliza desechos sólidos para la alimentación de animales destinados al consumo humano, la pena será no menor de tres años ni mayor de seis años y con doscientos sesenta a cuatrocientos cincuenta días multa".*

El texto original del Art. 307º decía lo siguiente: *"El que deposita, comercializa o vierte desechos industriales o domésticos en lugares no autorizados o sin cumplir con las normas sanitarias y de protección del medio ambiente…".* Es más se incorporaba en este momento una circunstancia típica agravatoria por la calidad del agente en el segundo párrafo del Art. 307º: *"Cuando el agente es funcionario o servidor público, la pena será no menor de uno ni mayor de tres años, e inhabilitación de uno a dos años conforme al Art. 36, incisos 1,2 y 4".*

Se ha eliminado las frases "desechos domésticos" y "desechos industriales" por la frase "residuos sólidos", en ese sentido el legislador penal, a nuestro juicio con mejor criterio, entiende que tanto los desechos de las calles o barrios como de las grandes y pequeñas empresas quedan abarcados por aquel residuo que causa más daño a la Sociedad y al ambiente y sus componentes, es decir la basura sólida. Ahora bien lo que solo se sanciona en la nueva versión del tipo penal es la "establecer" un botadero o vertedero sin autorización previa de la autoridad ambiental, mas no ya la de comercializar, por ejemplo, los desechos sólidos.

En nuestra opinión, quizá las conductas típicas de "depositar" o "verter" sí quedarían todavía abarcadas en la nueva versión del delito de incumplimiento de normas relativas al manejo de residuos, desde que una de las formas de "establecer" como señala el nuevo Art. 306º del CP, un botadero o vertedero es la "depositar" o "verter" la basura sólida, y no solamente la de "instalar" dicho botadero o vertedero en un ambiente físico, que bien podría quedar como un acto preparatorio impune o hasta delito tentado punible de acuerdo al caso concreto que se presente. En otras palabras, "establecer" es también sinónimo para afectos típicos de "depositar" o "verter" desechos sólidos.

Por otro lado, lo más resaltante de la nueva versión del delito de incumplimiento de las normas relativas al manejo de residuos sólidos, sin ninguna duda, es que antes de la reforma legal solo estaba regulado como un delito de peligro abstracto, es decir, solo se necesitaba para efectos del perfeccionamiento típico que el agente simplemente "comercialice", "deposite" o "vierta" desechos industriales y domésticos en lugares no autorizados, sin requerir que dichas conductas agredan los valores ambientales o sus componentes, con lo cual los niveles de efectividad de la sanción eran muy altos; sin embargo, con la nueva versión el citado delito se ha convertido en una estructura de peligro concreto, desde que el tipo penal señala. "…*que pueda perjudicar gravemente la calidad del ambiente, la salud humana o la integridad de los procesos ecológicos*…". En otras palabras, en el proceso penal el Juez –y las demás partes del proceso– debe necesariamente probar la relación de causalidad peligrosa entre la acción y el resultado riesgoso producido.

La importancia de esta norma penal radica en la conexión tan íntima que existe entre el "medio ambiente" y la "salud humana" en términos colectivos, los cuales son bienes jurídicos autónomos e independientes entre sí, pero desde un punto de vista político-criminal, no puede dudarse a la hora de afirmar que la garantía de ciertos aspectos ambientales, como es el tema de los residuos sólidos urbanos, directamente repercute en la protección de la salud pública.

7.1. El Art. 306º se trata de un delito donde se utiliza la técnica legislativa de norma penal en blanco

Debemos establecer que en el delito de incumplimiento de las normas relativas al manejo de residuos sólidos, se utiliza la técnica legislativa de la norma penal en blanco, pues el tipo penal, primer párrafo, comienza: "*El que, sin autorización o aprobación de la autoridad competente...*"; asimismo, en el último párrafo, también prevé lo siguiente: "*Cuando el agente, contraviniendo leyes, reglamentos o disposiciones establecidas,* utiliza desechos sólidos para la alimentación de animales destinados al consumo humano".

El primer punto a saber es el concerniente al funcionamiento "sin autorización o aprobación de la autoridad competente, de un vertedero o botadero de residuos sólidos". Esto quiere decir que la acción contaminante debe ir revestida de una actuación ilegal (administrativa), pues el agente realiza la actividad de vertimiento de residuos sólidos sin contar con la respectiva autorización de la Administración[913]. En efecto, para ello debemos recurrir a la Ley General de Residuos Sólidos, Ley N° 27314[914], del 21 de julio del 2000, que establece los derechos, obliga-

---

[913] Véase: PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho penal. Parte especial,* p. 246.

[914] Los Residuos Sólidos Urbanos (RSU) son los que se originan en la actividad doméstica y comercial de la ciudad: (i) Materia orgánica.- Son los restos procedentes de la limpieza o la preparación de los alimentos junto la comida que sobra; (ii) Papel y cartón.- Periódicos, revistas, publicidad, cajas y embalajes, etc.; (iii) Plásticos.- Botellas, bolsas, embalajes, platos,

ciones, atribuciones y responsabilidades de la sociedad en su conjunto, para asegurar una gestión y manejo de los residuos sólidos, sanitaria y ambientalmente adecuada, con sujeción a los principios de minimización, prevención de riesgos ambientales y protección de la salud y el bienestar de la persona humana.

La conducta típica consiste en ingresar de manera ilegal al territorio peruano, y las modalidades son: usar, emplear, colocar, trasladar o disponer los residuos o desechos tóxicos. Todas las modalidades típicas deben tener como característica la no autorización que puede ser tanto de la Ley como de la Autoridad competente.

Ahora bien, los residuos tóxicos o peligrosos para el medio ambiente son resultantes de un proceso de producción, extracción, transformación, utilización o consumo. Como es sabido, la cadena lógica que va desde la producción hasta el consumo humano puede abarcar las distintas modalidades de actividad económica: minera, industrial, cementara, pesquera y todas aquellas actividades que generen residuos sólidos. En este punto, debemos advertir que la conducta típica tiene que afectar de manera riesgosa, peligrosa para la estabilidad del ecosistema natural, ya que si existiese dicha condición típica quedará en estadios de interrupción de ejecución del delito en mención.

7.2. La conducta típica y los objetos de protección. Se trata de un delito de peligro concreto

La acción punible se produce cuando se instalan botaderos de residuos sólidos, sin autorización o aprobación de la autoridad competente, y estos ocasionan efectos perniciosos sobre el ecosistema y la salud humana.

---

vasos y cubiertos desechables, etc.; (iv) Vidrio.- Botellas, frascos diversos, vajilla rota, etc.; (v) Metales.- Latas, botes, etc.

El tipo penal alude como objeto de protección a la "calidad del ambiente", y esta se realiza cuando se establece un vertedero[915] o botadero[916] sin autorización y sin los criterios técnicos pertinentes, se provoca la contaminación de las aguas por la disposición no apropiada de residuos que puede provocar la contaminación de los cursos superficiales y subterráneos de agua. Además de contaminar la población que habita en estos medios, esta conducta provoca contaminación atmosférica (olor) y contaminación de los suelos que pueden ser alterados en su estructura dejándolos inutilizados por largos períodos de tiempo.

Asimismo, el tipo penal señala como objeto de protección también a la "salud humana" que puede ser vulnerada por las enfermedades provocadas por vectores sanitarios, muchos de ellos de gran importancia epidemiológica cuya aparición y permanencia puede estar relacionada en forma directa con la ejecución inadecuada de alguna de las etapas en el manejo de los residuos sólidos.

Por último, se alude como objeto de protección a "la integridad de los procesos ecológicos". El hecho de establecer un botadero o un vertedero, sin autorización debida, puede generar problemas y riesgos paisajisticos debido a la acumulación en lugares no aptos de residuos. Cuando se vulneran los procesos ecológicos se está vulnerado el ecosistema global y su sistema que está integrado por los ciclos biogeoquímicos, el flujo de energía y la dinámica de las comunidades ocasionando la fragmentación de hábitats. Se puede evitar el deterioro y la degradación

---

[915] Los vertederos: pueden incluir emplazamientos internos de eliminación de residuos (cuando el productor de los residuos acarrea la eliminación de sus propios residuos en el lugar de producción), así como los sitios utilizados por muchos productores. Muchos vertederos se utilizan para fines de gestión de residuos, tales como el almacenamiento temporal, la consolidación y la transferencia, o el tratamiento de residuos (clasificación, tratamiento o reciclado).

[916] Los botaderos: Acumulación inapropiada de residuos sólidos en vías y espacios públicos, así como en áreas urbanas o rurales que generan riesgos sanitarios o ambientales. Carecen de autorización sanitaria.

de los procesos ecológicos a través de la industrialización o el tratamiento[917] de los residuos sólidos urbanos.

Además debemos de agregar que el tipo penal en referencia se trata de un delito de peligro concreto, es decir, se tiene que comprobar, en el caso específico, la vinculación o nexo de causalidad –normativamente hablando– de la acción peligrosa del sujeto activo con la potencialidad concreta de la lesión al bien jurídico tutelado "estabilidad del ecosistema". Efectivamente el tipo penal en referencia señala, en la parte pertinente lo siguiente: "…***que pueda perjudicar*** *gravemente la calidad del ambiente, la salud humana o la integridad de los procesos ecológicos…".*

[917] Tratamiento: Proceso de transformación física, química o biológica de los residuos sólidos para modificar sus características o aprovechar su potencial, a partir del cual se puede generar un nuevo residuo sólido con características diferentes.

CAPÍTULO XIII
TUTELA PENAL DEL AMBIENTE (V): LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS RECURSOS FORESTALES

I. INTRODUCCIÓN

La actividad industrial es, por antonomasia, contaminante. Esta circunstancia genera un conflicto entre el derecho a vivir en un ambiente equilibrado, reconocido por el Art. 2.22º de la Constitución Política del Perú ("Toda persona tiene derecho: …. a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida") y la libertad de empresa, previstos en los Arts. 58º a 60º del texto constitucional.

Precisamente por estas circunstancias es que se recurre a conceptos como el de *desarrollo sostenible* que pretende, precisamente, compatibilizar dichos derechos de modo tal que la actividad industrial pueda desarrollarse sin afectar de modo trascendente la estabilidad del ecosistema. Este principio tiene reconocimiento en el Art. 67º constitucional que establece, como lineamiento de política estatal, la promoción del "uso sostenible de los recursos naturales".

Pues bien, la idea del *desarrollo sostenible* tiene consecuencias en el ámbito del DP que, a través del concepto de riesgo permitido, precisamente, delimita los comportamientos que resultan penalmente relevantes.

El propósito de este trabajo es examinar el delito de atentado contra los bosques y formaciones rocosas, uno de los delitos ambientales continuamente comprometidos mediante la actividad industrial pues aquella puede ser realizada en zonas geográficas en donde existen bosques u otras formaciones boscosas o los accesos a las operaciones industriales pueden verse facilitados mediante la construcción de vías que afecten los bosques existentes.

II. DESCRIPCIÓN TÍPICA

El delito de atentado contra bosques y formaciones rocosas, se encuentra descrito en el Art. 310º del CP en los términos siguientes:

> *"Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de seis años y con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas el que, sin contar con permiso, licencia, autorización o concesión otorgada por autoridad competente, destruye, quema, daña o tala, en todo o en parte, bosques u otras formaciones boscosas, sean naturales o plantaciones".*

Esta redacción del dispositivo rige desde el 01 de enero de 2009, por imperio de la Segunda Disposición Final de la Ley Nº 29263.

III. EL AUTOR: RESPONSABILIDAD PERSONAL Y OSTENTACIÓN DE CARGOS DE REPRESENTACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA. EL SENTIDO DEL ART. 314º-A DEL CP

Aunque el precepto no genera ninguna duda respecto a la condición de *delito común* de esta figura delictiva, en virtud de lo cual puede ser autor de este delito cualquier persona natural, existen una serie de cuestiones relacionadas a la intervención delictiva en casos de realización del delito en el contexto empresarial.

A este respecto, es indispensable reconocer que la atribución de responsabilidad penal solo será compatible con el principio de responsabilidad penal si es posible identificar cuál es la acción u omisión atribuible específicamente al agente, descartándose de ese modo cualquier pretensión de responsabilizar penalmente a la persona, basada en la mera ostentación de un cargo directivo en la empresa.

La indiscutible claridad de esta afirmación, sustentada en lógicas propias del principio de responsabilidad personal, resulta empañada por la incorrecta interpretación realizada por ciertos operadores del sistema de administración de justicia penal del sentido del Art. 314º-A del CP.

En efecto, mediante Ley Nº 29263, se introdujo el Art. 314º-A al CP en los términos siguientes:

> *"Artículo 314º-A. Responsabilidad de los representantes legales de las personas jurídicas.*
>
> *Los representantes legales de las personas jurídicas dentro de cuya actividad se cometan los delitos previstos en este Título serán responsables penalmente de acuerdo con las reglas establecidas en los Art. 23º y 27º de este Código".*

Una lectura lega del dispositivo antes indicado, influenciada por la sumilla que se ha consignado ("responsabilidad de los representantes legales de las personas jurídicas"), podría llevar a sostener que dicho dispositivo determina, de modo reflejo, la responsabilidad de los representantes legales de las empresas por los delitos ocurridos en el curso de sus operaciones. Este razonamiento, sin embargo, soslaya el propio sentido literal posible del dispositivo en la medida que no reconoce la cláusula de remisión que se encuentra tras la expresión "serán responsables penalmente de acuerdo con las reglas establecidas en los artículos 23º y 27º de este Código".

Esta cláusula de remisión permite reconocer el sentido estrictamente didáctico del Art. 314º-A del CP: sirve para hacer presente al Juez o al Fiscal que puede recurrir a las fórmulas legislativas de la autoría –Art. 23º– y del actuar por otro –Art. 27º– a efectos de responsabilizar penalmente al representante legal de la empresa. Este reenvío tiene el efecto directo de acentuar el rigor del principio de responsabilidad personal, pues ambos dispositivos tienen como condición aplicativa la *intervención* en el hecho.

El Art. 23º del CP regula las distintas formas de autoría ("El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción") y en todas ellas la *realización el hecho* (*por sí* en la autoría directa, *por medio de otro* en la autoría mediata, o *conjuntamente* en la coautoría) constituye condición esencial para la calificación del agente como autor.

La misma exigencia es aplicable en relación al Art. 27º del CP, que regula la figura del actuar por otro. Conforme a este dispositivo: "El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurran en él, pero sí en la representada".

Conforme señala la doctrina dominante, el actuar por otro es solo una forma de extensión de la tipicidad en delitos especiales propios[918], siendo su propósito, como indica GRACIA MARTÍN, el: "de servir a la finalidad político criminal de colmar lagunas de punibilidad en aquellos supuestos en los que la actividad de un sujeto, no obstante haber lesionado el bien jurídico en forma merecedora de pena, debe quedar impune por carecer de la cualificación necesaria para ser autor del tipo de lo injusto"[919].

Pues bien, el mencionado Art. 27º exige expresamente que el representante legal de la persona jurídica *realice el tipo legal de un delito,* esto es, que intervenga materialmente en la ejecución del mismo. Sin dicha intervención la fórmula del actuar por otro resultaría inaplicable.

Lamentablemente los objetivos del legislador penal –los de resaltar la posibilidad de recurrir a los Arts. 23º y 27º del CP para los efectos de imputar responsabilidad penal a los representantes de las empresas– parecen haber sido doblemente insuficientes y ha generado efectos adversos.

---

[918] Así, a modo referencial de la abundante doctrina existente: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "El actuar en lugar de otro en el CP español", en: García Cavero, Percy (Coord.). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes,* Ara, Lima, 2002, p. 392; GARCÍA CAVERO, Percy. "La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro", en: El mismo (Coord.). Op. Cit., p. 333.

[919] GRACIA MARTÍN, Luis. *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, tomo I, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1985, p. 83.

En primer lugar, porque transmite erróneamente la idea de que estamos bien frente a un tipo penal autónomo o bien ante una cláusula de atribución automática de responsabilidad penal completamente desvinculada de la exigencia de intervención en el hecho, lo que genera una carga procesal ficticia: Se ha dado inicio a una serie de casos penales basadas en estas interpretaciones incorrectas de la legislación penal que son posteriormente corregidas.

En segundo lugar, porque si el propósito del legislador era resaltar las fórmulas a las cuales podría recurrir el operador de justicia criminal para imputar responsabilidad a los representantes legales de las personas jurídicas, este parecía resultar insuficiente si no se comprendía al Art. 13º del CP dentro del catálogo de instrumentos legislativos a utilizar. En efecto, si se tiene presente que la distribución de funciones en la estructura empresarial lleva a que los representantes legales, que generalmente se encuentran en el *top* del *management* empresarial, no realicen acciones en sentido estricto, el correlato lógico dentro del contexto informativo e instructivo del Art. 314º-A del CP era hacer referencia a la cláusula legal que permite la imputación omisiva sobre aquellos.

IV. EL OBJETO SOBRE EL CUAL RECAE LA ACCIÓN

Conforme se desprende del mencionado dispositivo, el objeto sobre el cual recae la acción típica son *bosques u otras formaciones boscosas, sean naturales o plantaciones.* Nótese aquí que el ámbito de protección penal vendrá determinado por el entendimiento que se tenga respecto a lo que constituyen *bosques u otras formaciones boscosas.*

Si se recurre a una *interpretación restrictiva* de lo que constituyen *bosques u otras formaciones boscosas* podría afirmarse que dentro de dicho concepto solo cabe comprender a los denominados *bosques de protección* a que se contrae el inciso h, del Art. 22º de la Ley de Áreas Naturales Protegidas (Ley Nº 26834). Conforme a esta última tendría que sostenerse que la conducta resultaría irrelevante penalmente si el

sector donde se habría producido los daños alegados está dentro de un *bosque de protección*[920].

Una *interpretación más amplia* podría llevar a un resultado distinto; así, por ejemplo, el concepto de *bosque* propuesto por el Fondo Nacional del Ambiente (FONAM), le concibe como aquellas "formaciones forestales densas, donde los árboles de diversas alturas y el sotobosque cubren una proporción considerable del terreno, o bien una masa boscosa clara"[921]. Desde esa perspectiva, sería la extensión de la formación forestal la determinante para sostener la relevancia penal del hecho.

En nuestra opinión, esta última resulta ser una interpretación más acorde con el principio de legalidad y la función de protección de bienes jurídicos propia del DP. El recurso al Art. 22° de la Ley de Áreas Naturales Protegidas podría derivar en cuestionamientos desde la perspectiva de la legalidad penal pues el término *bosques de protección* no guardan completa relación con la expresión *bosques u otras formaciones rocosas*, asimismo, tendríamos ciertos vacíos de tutela penal en la medida que la utilización del Art. 22° de la Ley de Áreas Naturales Protegidas limitaría la protección penal a cierta clase de bosques, dejando ayuno de protección aquellos no comprendidos como tales.

No puede negarse que una interpretación amplia puede ser objetada desde la perspectiva de la seguridad jurídica, al referirse que la in-

---

[920] Véase, CARO CORIA, Dino Carlos. *El Derecho penal del medio ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, Gráfica Horizonte, Lima, 1999, p. 644. "El antecedente se encuentra en el Art. 126º del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales de 1990 (CMARN), el cual refería también a dichos bosques o formaciones, pero ubicados dentro de un espacio o área natural protegida, o sea en aquellas áreas del territorio nacional que por su valor científico, estético o escénico, sus recursos o sus ecosistemas representativos, el ordenamiento jurídico les otorga una tutela más intensa".

[921] "Propuesta final para una definición peruana de bosques a ser utilizada en proyectos de uso de la tierra, cambio de uso y silvicultura bajo el protocolo de kyoto durante el primer periodo de compromiso", presentada por la FONAM con fecha 19 de setiembre del 2006.

terpretación judicial de un concepto indeterminado como el de *bosques u otras formaciones boscosas* podría ser cambiante y afectaría la predictibilidad de las decisiones judiciales, riesgo que se reduciría considerando dichos términos como elementos normativos delimitados por el Art. 22° de la Ley de Áreas Naturales Protegidas. Sin embargo, dicho razonamiento no solo no superaría los cuestionamientos relacionados a la legalidad penal, sino que generaría efectos sumamente perniciosos desde la perspectiva de la tutela del medio ambiente. Sin duda, cualquier cuestionamiento asociado a la falta de predictibilidad de las decisiones judiciales podrá siempre ser superado a través de una argumentación judicial idónea que permita reconocer la necesidad de intervención en cada concreto.

V. LA ACCESORIEDAD ADMINISTRATIVA EN EL DELITO DE ATENTADO CONTRA BOSQUES Y FORMACIONES BOSCOSAS

Este tipo penal cuenta con elementos de remisión al ámbito del derecho administrativo sancionador en virtud del cual la conducta solo será penalmente relevante si aquella se realiza *sin contar con permiso, licencia, autorización o concesión otorgada por autoridad competente.* Se constata así la dependencia o accesoriedad del DP en relación al Derecho administrativo tantas veces acotada por la doctrina jurídico penal[922] y que resulta en ese caso confiada a los funcionarios públicos del sector medioambiental dada la complejidad de la materia medio ambiental, relacionada, entre otros factores, a su dinamismo[923].

---

[922] TIEDEMANN, Klaus. "Relación entre Derecho penal y autorización jurídico- administrativa. El ejemplo del Derecho penal del ambiente", traducción de José Luis de la Cuesta, en: El mismo. *Temas de Derecho penal económico y ambiental,* Idemsa, Lima, 1997, pp. 157 ss.

[923] TERRADILLOS BASOCO, Juan. "El ilícito ecológico. Sanción penal-sanción administrativa", en: El mismo. *El delito ecológico,* Trotta, Madrid, 1992, p. 90.

Este requisito, determinante de la antijuridicidad formal del hecho, nos ubica ante una serie de posibles variables[924]: (i) Que el agente cuente con una autorización jurídicamente eficaz; (ii) Que el agente cuente con un autorización jurídicamente viciada, pero eficaz; (ii) Que el agente cuente con una autorización jurídica nula; y, (iv) que el agente no cuente con ninguna clase de autorización.

Dentro de estas variables, tanto la (i) como la (iv) resultan indiscutibles: Mientras que el comportamiento realizado contando con una autorización jurídicamente eficaz resulta penalmente intrascendente, el comportamiento de quien carece de autorización administrativa sí podría ser calificada como jurídico penalmente relevante[925].

Distinta es la situación de los supuestos en donde el agente cuenta con autorización administrativa pero existen cuestionamientos en torno a su eficacia. La solución, en estos casos, debe encontrarse en las distinciones existentes entre acto administrativo anulable (cuya eficacia subsiste hasta la anulación del mismo y no afecta los realizados en virtud al mismo) y acto administrativo nulo (carente de eficacia) y en virtud de las cuales solo este último podría derivar en la atribución de responsabilidad penal en el agente.

Como se aprecia, la aplicación de la ley penal ambiental se encuentra condicionada a la existencia de certeza respecto a la antijuridicidad formal de la conducta. Por lo tanto, no es posible calificar el hecho presuntamente lesivo al medioambiente si no existe certeza –no posibilidad ni probabilidad– de la antijuridicidad del hecho desde la perspectiva del Derecho administrativo.

VI. EL RESULTADO TÍPICO

Es importante resaltar que las conductas típicas contenidas en el Art. 310º del CP (destruir, quemar, dañar o talar) deben ser interpre-

---

[924] En lo que sigue: TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit., pp. 162 y ss.

[925] La condicionante está asociada a la concurrencia del resto de elementos típicos.

tadas de modo consistente con el principio de ofensividad. Un razonamiento distinto generaría el riesgo de confusión entre los ilícitos meramente administrativos, de competencia del Derecho administrativo sancionador, y los ilícitos penales, cualitativos y cuantitativamente distintos al ilícito administrativo.

Desde ese punto de partida, la relevancia penal del comportamiento típico (de destruir, quemar, dañar o talar) se encuentra condicionada a la verificación de una situación de riesgo sobre la estabilidad del medio ambiente que constituye el *resultado típico* y que es, precisamente, el elemento definidor de la antijuridicidad material de la conducta[926].

El reconocimiento de este elemento dentro del ámbito de la tipicidad objetiva del delito sub examine tiene consecuencias procesales: solo será posible considerar acreditada la realización del delito si ha sido posible acreditar judicialmente, conforme al estándar impuesto por el principio de presunción de inocencia, que la conducta atribuida generó un riesgo significativo sobre la estabilidad del medio ambiente.

Esta exigencia de ofensividad se encuentra además reconocida en la legislación ambiental a través de la noción de *daño ambiental*, reconocida en el Art. 142.2º de la Ley General del Ambiente y que precisamente es formulada en términos de afectación material al medio ambiente al identificarlo como: "todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no la disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales".

Es importante destacar cómo la noción de daño ambiental no descansa exclusivamente en la idea del *menoscabo material* sino que requiere la comprobación de *efectos negativos actuales o potenciales* sobre la estabilidad medioambiental.

---

[926] CARO CORIA, Dino Carlos. Op. Cit., p. 607; GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial,* Praxis, Barcelona, 1998, p. 59.

Esta ofensividad debe ser acreditada judicialmente mediante instrumentos técnicos de evaluación del daño ambiental que (i) Identifiquen si existe y determinen la repercusión del daño medio ambiental; y, (ii) Realicen una valoración económica del mismo[927].

Ahora, esta exigencia supone examinar, en cada caso concreto, si el Juez cuenta con elementos de juicio idóneos destinados a acreditar la acotada *situación de riesgo actual o potencial sobre la estabilidad del ambiente*. Desde esa perspectiva, la acreditación judicial del daño ambiental no se agota con la verificación de la ilicitud administrativa –la imposición de una sanción administrativa–ni con la mera presentación del informe técnico de la autoridad administrativa competente, sino que resultará necesario que el Juez examine si aquellos elementos de juicio permiten determinar, *más allá de toda duda razonable*[928], la existencia de un *daño ambiental actual o potencial* en la estabilidad medio ambiental.

La verificación de la ilicitud administrativa constituida, en este caso, por la ausencia de autorización administrativa (permiso, licencia, autorización o concesión), si bien constituye un elemento de valoración global del hecho, es inidóneo para calificar la gravedad del riesgo sobre la estabilidad medioambiental.

La intervención de las autoridades ambientales –a través de la imposición de sanción administrativa como consecuencia de la infracción de la legislación ambiental– solo determina la trascendencia jurídico administrativa del comportamiento, siendo insuficiente para determinar la relevancia penal del comportamiento.

Por otra parte, tampoco la incorporación del informe técnico de la autoridad administrativa competente (en adelante EL INFORME), al

---

[927] CASTAÑÓN DEL VALLE, Manuel. *Valoración del daño ambiental,* Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, México, 2006, p. 57.

[928] Estándar probatorio impuesto por el Art. II° y el Art. 398.1° del Código procesal penal; de esa opinión: MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adaptadas al Código procesal penal peruano de 2004,* Jurista/ CEDPE, Lima, 2012, p. 54.

que hace referencia el Art. 149º de la Ley General del Ambiente, acredita automáticamente la existencia de un *daño ambiental actual o potencial* ni la *relación* existente entre aquel y la conducta atribuida al encausado. Es necesario que el mismo establezca, de modo convincente y conforme a criterios técnicos, la existencia de un daño ambiental de magnitud significativa que pueda ser, en tal virtud, calificado como penalmente relevante.

En ese sentido, hay que reconocer que el Art. 2º del Decreto Supremo Nº 004-2009- MINAM (Reglamento del numeral 1 del Art. 149º de la Ley General Ambiente, en adelante EL REGLAMENTO) exige que aquel contenga: "opinión ilustrativa sobre los elementos para una valoración del supuesto daño ambiental causado, cuando corresponda", con lo que se establece, como exigencia formal, que dicho instrumento técnico identifique el daño ambiental y determine si existen *efectos negativos actuales o potenciales* sobre la estabilidad del medio ambiente.

Ahora, la incorporación de EL INFORME no supone, de recibo, sostener que el *resultado típico* del delito se vea acreditado; para este efecto será necesario que EL INFORME cumpla escrupulosamente con proponer la información técnica que permita establecer la existencia de daño ambiental.

Este razonamiento lleva a sostener que si EL INFORME no cumple con los estándares científicos propio de la especialidad, la consecuencia procesal de aquello será la imposibilidad del Juez de dar por acreditado el resultado típico del delito y, con ello, la calificación del hecho atribuido como no probado.

Este planteamiento –a saber, EL INFORME debe necesariamente acreditar el daño ambiental, de lo contrario el resultado típico del delito no puede ser sostenido probatoriamente– se apoya asimismo en consideraciones asociadas al ejercicio del derecho de defensa.

En efecto, si se sostuviese que el resultado típico del delito se encuentra acreditado por el simple mérito de la existencia formal de EL INFORME, sin resultar trascendente el contenido del mismo ni su sol-

vencia técnica, las posibilidades del imputado de discutir probatoriamente la idoneidad y la utilidad de los medios de prueba que acreditan el resultado típico serían sumamente limitadas. Precisamente por estas consideraciones, para dar por verificado el resultado típico, el Juez deberá examinar la idoneidad de EL INFORME y establecer si aquel instrumento sirve para acreditar, más allá de toda duda razonable, que se produjeron *efectos negativos actuales o potenciales* sobre la estabilidad del medio ambiente.

Nótese cómo el mismo REGLAMENTO, en su Art. 3º, establece que con el propósito de la autoridad ambiental responsable de emitir EL INFORME puede (i) solicitar información adicional a la Fiscalía; (ii) solicitar información a otras entidades públicas o privadas; y, (iii) encargar pericias o las evaluaciones técnicas que considere del caso. Es decir, del texto de la propia regulación administrativa es posible inferir que EL INFORME tiene alcances técnicos asociados a la verificación del resultado típico y es justamente por dicho motivo que proporciona a la autoridad administrativa de los mecanismos de técnicos destinados a poder acreditar dicho elemento.

VII. RELACIÓN DE IMPUTACIÓN AL TIPO OBJETIVO

Pero la verificación del resultado típico no agota el examen de relevancia jurídico penal, sino que es menester establecer que aquel resulta atribuible objetivamente a la conducta del imputado. Ese vínculo de *imputación objetiva* debe ser también objeto de acreditación en sede judicial.

Huelga subrayar la relevancia fundamental que tiene este elemento típico –la relación de imputación al tipo objetivo– en la realización del principio de responsabilidad penal. En un contexto –como el del ecosistema– caracterizado por el predominio del fenómeno de adición, acumulación, sinergia y aleatoriedad causal de los sistemas naturales[929], el respeto al principio de responsabilidad penal depende necesariamente

[929] CARO CORIA, Dino Carlos. Op. Cit., pp. 545 ss.

de la acreditación técnica del nexo de riesgo existente entre el comportamiento atribuido y el resultado típico.

Esta última afirmación implica, en la práctica, que el Juez solo podrá considerar verificada la relación de *imputación objetiva* cuando tras un examen del estatus del ecosistema (en el caso de este delito, del *bosque o de la formación boscosa*) pueda establecer –a nivel de probabilidad– que tras la realización de la conducta típica (destrucción, quema, daño o tala de bosque o formación boscosa) aquel estatus podría variar ostensiblemente, de modo negativo desde luego.

Se trata de recurrir a una doble perspectiva *ex ante* y *ex post*, a efectos de establecer que la conducta del autor probablemente genere, más allá de la voluntad del agente, una afectación a la estabilidad del medio ambiente[930].

VIII. INAPLICABILIDAD DEL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN Y DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO

No resultará extraño, desde una perspectiva amplificadora, que se pretenda sostener que el principio de prevención (Art. VI de la Ley General del Ambiente) o el principio precautorio (Art. VII de la Ley General del Ambiente) permiten relativizar las exigencias de acreditación del resultado típico y la vinculación del mismo con el comportamiento del autor.

El principio de prevención, establecido en el Art. VI de la Ley General del Ambiente está dirigido a informar el modo en que deben articularse los mecanismos de *gestión ambiental* y los objetivos que los mismos persiguen**.**

Por su parte, el principio precautorio, previsto en el Art. VII de la Ley General del Ambiente, está vinculado no a la determinación de

---

[930] En la línea de la tesis de la previsible falta de dominabilidad o control sobre el desarrollo del riesgo creado; GARCÍA RIVAS, Nicolás. Op. Cit., pp. 85 ss.; CARO CORIA, Dino Carlos. Op. Cit., pp. 473 ss.

responsabilidades administrativas o penales, sino a la adopción de medidas preventivas (esto es, medidas cautelares) y por ello es que hace referencia a los supuestos de "peligro de daño grave e irreversible" al medio ambiente.

VIII. EL DOLO EN EL DELITO DE ATENTADO CONTRA BOSQUES Y FORMACIONES BOSCOSAS

Estamos ante un delito doloso, siendo posible sancionar el hecho no solo en casos de concurrencia de dolo directo, sino también en casos de dolo eventual.

Ahora, partiendo de una posición cognitiva del dolo, será relevante para la acreditación del tipo subjetivo del delito no solo comprobar que el autor conocía que realizaba actos de depredación de bosques u otras formaciones boscosas, sino también que este realizó la conducta sin encontrarse habilitado administrativamente y que la realización de la misma generaba una situación de riesgo concreto sobre el bien jurídico penalmente protegido. Las posibilidades de error de tipo son, como se aprecia, manifiestas.

CAPÍTULO XIV
LOS DELITOS FISCALES (I): INTRODUCCIÓN AL NUEVO RÉGIMEN PENAL TRIBUTARIO Y ADUANERO IMPUESTO POR LOS DECRETOS LEGISLATIVOS N° 1111 (29.06.2012), N° 1113 (05.07.2012), N° 1114 (05.07.2012) Y N° 1122 (18.07.2012)

I. MODIFICACIONES A LA LEY N° 28008, *"LEY DE DELITOS ADUANEROS"*

Mediante los D. Leg. N° 1111 y 1122, publicados el 29.06.2012 y 19.07.2012, respectivamente, y vigentes en ambos casos desde el día siguiente, se modificó la Ley N° 28008, *"Ley de Delitos Aduaneros"*, como consecuencia de la delegación de facultades legislativas en materia tributaria, aduanera y, en particular, sobre delitos tributarios y aduaneros, por parte del Congreso de la República al Poder Ejecutivo.

El Decreto Legislativo N° 1111 tiene como finalidad declarada ampliar las competencias de la Administración Aduanera para intervenir en los casos vinculados a infracciones administrativas relacionadas a los delitos aduaneros, y así controlar "*mejor*" el ingreso regular e irregular de mercancías al territorio nacional.

En primer término, en el Art. 1º que define el delito de *"contrabando"*, se ha elevado a **4 UIT el valor de la mercancía** objeto de la sustracción, elusión o burla del control aduanero. De la misma manera, este valor impositivo tributario (4 UIT) se ha previsto para la modalidad sistemática de este delito, de acuerdo al Art. 3º, *"contrabando fraccionado"*, así como en la *"receptación aduanera"*, conforme al Art. 6º y, por último, en el delito de *"tráfico de mercancías prohibidas"*, previsto en el Art. 8º.

En consecuencia, se ha modificado también la disposición que regula la infracción administrativa, la cual se aplicará cuando el valor del bien no exceda las 4 UIT.

El nuevo dispositivo legal amplía la punición agravada, incorpora en la disposición que regula las circunstancias agravantes del delito, las sustancias *"diesel", "gasolinas" y "gasoholes",* como elementos que por su naturaleza, cantidad o características afectan la salud, la seguridad pública o el medio ambiente. Cabe resaltar que el legislador agregó el término "*nocivo*" para poder sancionar no solo las afectaciones a los bienes jurídicos descritos anteriormente, sino también para sancionar las conductas que puedan ser potencialmente perjudiciales para los mismos.

En el ámbito procesal, se establece un conjunto de reglas específicas que (de) limitan las funciones del Juez del viejo Código de Procedimientos penales y del Fiscal del nuevo Código Procesal Penal encargados de la investigación de los delitos aduaneros, reduciendo notablemente la discrecionalidad que les otorgaba la regulación anterior. Ello puede verse en la siguiente modificatoria:

> *"**Artículo 13°.- Incautación***
>
> *El Fiscal ordenará la incautación y secuestro de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, así como los instrumentos utilizados para la comisión del mismo, los que serán **custodiados por la Administración Aduanera** en tanto se expida el **auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme**, que ordene su **decomiso o disponga su devolución al propietario.***
>
> ***Queda prohibido** bajo responsabilidad, **disponer la entrega o devolución de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito**, así como de los medios de transporte o cualquier otro instrumento empleados para la comisión del mismo, en tanto no medie sentencie absolutoria o auto de sobreseimiento proveniente de resolución firme que disponga su devolución dentro del proceso seguido por la comisión de delitos aduaneros. **En el caso de vehículos o bienes muebles susceptibles de inscripción registral, queda prohibido**, bajo responsabilidad, **sustituir la medida de incautación o***

> ***secuestro de estos bienes por embargos en forma de depósito, inscripción u otra que signifique su entrega física*** *al propietario o poseedor de los mismos.*
>
> ***La prohibición*** *de disponer la entrega o devolución de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, así como de los instrumentos empleados para su comisión,* ***alcanza igualmente a las resoluciones o disposiciones dictadas por el Ministerio Público****, si luego de la investigación preliminar o de las diligencias preliminares, se declare que no procede promover la acción penal o se disponga el archivo de la denuncia. En dichos casos****corresponderá a la Administración Aduanera la evaluación de la devolución*** *de estas mercancías, bienes, efectos, medios de transporte e instrumentos del delito, previa verificación del cumplimiento de las obligaciones tributarias aduaneras que amparen su ingreso lícito, internamiento, tenencia o tránsito en el territorio nacional (…)"*

Como es evidente, la restricción de las competencias del Juez y del Fiscal para dejar sin efecto las medidas cautelares reales de incautación o secuestro sino hasta que exista una absolución o sobreseimiento, redunda en una afectación seria a los derechos del imputado. Así por ejemplo, si la imputación pierde fuerza en la secuela del proceso por una débil actividad probatoria de cargo por parte de la Fiscalía, alargar una medida de incautación hasta la sentencia convierte la medida en arbitraria y desproporcionada, propia del régimen de lo que hoy conocemos como *Derecho (procesal) penal del enemigo*.

Respecto a las sanciones administrativas, se añade una disposición en el Art. 35º, se establece que en los casos donde no se pueda identificar al infractor se aplicará el *"comiso sobre la mercancía incautada"*.

Como se indicó al inicio, el D. Leg. N° 1111 está vigente desde el 30.06.2012, dentro de los 60 días calendario posteriores se deberá modificar el Reglamento de la Ley N° 28008, *"Ley de Delitos Aduaneros"*, aprobado por el Decreto Supremo N° 121-2003-EF.

En cuanto al D. Leg. N° 1122, este introduce dos reformas importantes, el Art. 7º modifica el Art. 21º de la Ley N° 28008 de Delitos Aduaneros, y el Art. 8º incorpora la Décimo Primera Disposición Complementaria en dicha ley penal aduanera. La vieja redacción del Art. 21º, entonces bajo el rótulo "*prueba pericial*", se limitaba a señalar que para los fines de la investigación y del proceso penal, los informes técnicos o contables que emanen de las autoridades aduaneras, "*tendrán valor probatorio*", declaración superflua que nada aportaba desde el punto de vista procesal pues por definición los informes son prueba documental y como tales tienen per se valor probatorio. El nuevo contenido del Art. 21º pretende superar esa redacción aséptica, con la etiqueta de "*prueba pericial*" establece que dichos informes técnicos o contables "*tendrán valor probatorio como pericias institucionales*", lo que en la práctica tampoco aporta mucho porque la jurisprudencia penal tributaria y aduanera ya considera en general que esos informes tienen el carácter de prueba preconstituida o prueba pericial o técnica que, en cualquier caso, deber ser valorada como prueba de parte, porque el órgano que la produce no es otro que la parte agraviada en el delito aduanero, y como tal debe ser sometida a contradicción por las partes.

Finalmente, en relación a los delitos de aduanas, la nueva Décimo Primera Disposición Complementaria establece, por fin en concordancia con el principio de persecución oficial y la posición de garante que compete a la SUNAT, la obligación de la Administración Aduanera de comunicar al Ministerio Público los indicios razonables que descubriere de la comisión de un delito pasado o inminente. Asimismo, señala que en caso corresponda, conforme a las reglas generales del proceso penal cautelar, la Fiscalía solicitará al Juez competente el allanamiento y descerraje de inmuebles, quien deberá resolver el pedido en el término de 24 horas.

II. MODIFICACIONES AL DECRETO LEGISLATIVO N° 813, *"LEY PENAL TRIBUTARIA"*

Mediante el D. Leg. N° 1114, publicado el 05.07.2012 y vigente desde el 06.07.2012, se modificó el D. Leg. N° 813, *"Ley Penal Tributaria"*, también como consecuencia de la delegación de facultades legislativas

en materia tributaria, aduanera y sobre delitos tributarios y aduaneros, por parte del Congreso de la República al Poder Ejecutivo. Dicha norma introduce una serie de modificaciones a la Ley penal tributaria, con el objeto, según sus considerandos iniciales, de reducir los márgenes de evasión existentes en el país.

De inicio se reforma la fórmula agravada del Art. 4.b del delito de "*defraudación tributaria*". La punición de los supuestos de simulación o provocación de estados de insolvencia patrimonial que imposibiliten el cobro de tributos ha sido reformada; se elimina el momento en el que esta conducta debía realizarse. Es decir, antes se requería necesariamente que dicha simulación o provocación se diera una vez iniciado el procedimiento de verificación y/o fiscalización administrativa, sin embargo, con la presente reforma es irrelevante el momento en que se realice la conducta.

La nueva regulación incorpora tres delitos nuevos en los Arts. 5º-A, 5º-B y 5º-C. El primero de ellos, como ya es común en regulaciones penales donde la tutela del bien jurídico es también competencia de la administración, sanciona conductas que defraudan el deber de veracidad frente a la administración:

> "***Artículo 5º-A.*** *Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 2 (dos) ni mayor de 5 (cinco) años y con 180 (ciento ochenta) a 365 (trescientos sesenta y cinco) días-multa, el que a sabiendas* ***proporcione información falsa con ocasión de la inscripción o modificación de datos en el Registro Único de Contribuyentes****, y así* ***obtenga autorización de impresión de Comprobantes de Pago, Guías de Remisión, Notas de Crédito o Notas de Débito.***"

Como puede apreciarse, se tipifican como delito tributario simples actos de falsedad y se prevé una sanción apenas agravada (pena máxima de 5 años de privación de la libertad). Ello considerando que dichas conductas ya estaban tipificadas como modalidades de falsedad genérica (Art. 43º8 del CP: pena máxima de 4 años de privación de la libertad)

o falsa declaración en procedimiento administrativo (Art. 411º del CP: también pena máxima de 4 años de privación de la libertad).

El nuevo Art. 5º-B sanciona un comportamiento que en general corresponde a un simple ilícito administrativo, y que en el peor supuesto a imaginar equivaldría a un acto preparatorio de defraudación tributaria. A diferencia del tipo de defraudación del Art. 1º que exige lograr o consumar el resultado de dejar de pagar en todo o en parte los tributos previstos por la ley mediante el fraude, este nuevo tipo penal sanciona la simple conducta de almacenar bienes cuyo valor supere las 50 UIT en lugares no declarados como domicilio fiscal o anexo, acto que en estricto equivale a una sencilla infracción administrativa en la que no se aprecia ningún aspecto defraudatorio (inveracidad), sino y apenas una simple ausencia de autorización administrativa. Aunque el legislador indica que dicho acto debe hacerse con la especial intención de ("*para*") dejar de pagar en todo o en parte los tributos, tal exigencia solo convierte al delito en uno de tendencia interna trascendente (la sanción penal se funda no en el daño cometido sino en la especial intención del autor –disvalor de la conducta–), pero no por ello deja de ser, a lo más, un simple acto preparatorio elevado a la categoría de delito, como se aprecia en la descripción legal:

> *"**Artículo 5º-B.** Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 2 (dos) ni mayor de 5 (cinco) años y con 180 (ciento ochenta) a 365 (trescientos sesenta y cinco) días-multa, el que **estando inscrito o no ante el órgano administrador del tributo almacena bienes para su distribución, comercialización, transferencia u otra forma de disposición**, cuyo valor total supere las 50 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), en lugares no declarados como domicilio fiscal o establecimiento anexo, dentro del plazo que para hacerlo fijen las leyes y reglamentos pertinentes, **para dejar de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes** (…)"*

La fórmula del Art. 5º-C sanciona también un simple acto preparatorio del delito tributario en general. Se instaura un delito específico

relativo a la elaboración, uso o tráfico de documentos contables con la finalidad de ("*con el objeto de*") cometer o posibilitar la comisión de cualquier delito tributario. El nuevo tipo penal es el siguiente:

> "***Artículo 5º-C.*** *Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 5 (cinco) ni mayor de 8 (ocho) años y con 365 (trescientos sesenta y cinco) a 730 (setecientos treinta) días-multa, el que* ***confeccione, obtenga, venda o facilite, a cualquier título, Comprobantes de Pago, Guías de Remisión, Notas de Crédito o Notas de Débito, con el objeto de cometer o posibilitar la comisión de delitos tipificados en la Ley Penal Tributaria.***"

Como puede observarse, no es necesario que el ilícito tributario se cometa, es suficiente con el mero comportamiento de acopio o tráfico de documentos contables que serán usados en otro momento para infringir la ley penal tributaria, con lo que al igual que en el delito del Art. 5º-B nos hallamos frente a un delito de tendencia interna trascendente. Lo más criticable de este nuevo delito es que prevé una pena idéntica a la señalada para el delito de defraudación tributaria, de forma que se equipara la sanción entre un acto preparatorio y el delito consumado, violándose así el principio de proporcionalidad.

El Art. 5º-D instaura tres nuevas circunstancias agravantes del delito de defraudación (Art. 1º) y sus modalidades específicas (Art. 2º). Por razones sistemáticas, que incluyen la claridad legislativa, estas nuevas agravantes debieron añadirse a las ya previstas en el Art. 4º del D. Leg. N° 813, y más porque la pena del Art. 4º y del nuevo Art. 5º-D es exactamente la misma, como se ve seguidamente:

> "***Artículo 5º-D.*** *La pena privativa de libertad será no menor de 8 (ocho) ni mayor de 12 (doce) años y con 730 (setecientos treinta) a 1460 (mil cuatrocientos sesenta) días-multa, si en las conductas tipificadas en los artículos 1º y 2º del presente Decreto Legislativo concurren cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:*

1) *La utilización de una o más personas naturales o jurídicas interpuestas para ocultar la identidad del verdadero deudor tributario.*
2) *Cuando el monto del tributo o los tributos dejado(s) de pagar supere(n) las 100 (cien) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) en un periodo de doce (12) meses o un (1) ejercicio gravable (…)*
3) *Cuando el agente forme parte de una organización delictiva.*"

Las nuevas circunstancias cualificantes se fundan en el uso del testaferrato u organizaciones de fachada para la comisión del delito de defraudación, porque ello impone mayores dificultades para el descubrimiento y persecución del delito (numeral 1). La pena se agrava igualmente ante un mayor disvalor de resultado, cuando el tributo defraudado supera las 100 UIT (numeral 2). Finalmente, se cualifica la sanción cuando la defraudación es producto de un delito de organización (numeral 3).

De modo inconveniente el D. Leg. N° 1114 deroga la atenuante que antes preveía el Art. 3º del D. Leg. N° 813 y que se fundaba en el menor desvalor del resultado de la conducta defraudatoria, se atenuaba la pena (2 a 5 años de pena privativa de libertad) si el tributo defraudado durante un ejercicio gravable o durante 12 meses, no excedía de 5 UIT. Dicha atenuante permitía el tratamiento penal privilegiado de aquellas conductas de menor trascendencia para el ordenamiento tributario.

Finalmente, la reforma penal tributaria incorpora una nueva consecuencia accesoria contra la persona jurídica implicada en la comisión del delito fiscal. Si se hubiese utilizado la organización de una persona jurídica o negocio unipersonal, "*con conocimiento de sus titulares*", además de las ya conocidas consecuencias previstas en el Art. 17 literales a, b y c del D. Leg. N° 813 (cierre temporal o clausura definitiva, cancelación de licencias y disolución de la persona jurídica), se añade ahora como literal d la consecuencia de "S*uspensión para contratar con el Estado, por un plazo no mayor de cinco años*". Con ello se reabre el debate en

torno a si reglas como estas, que no se fundan ya en la peligrosidad de la persona jurídica por un defecto organizativo, sino en la necesidad de imponer una consecuencia por el hecho propio de la persona jurídica, corresponde acaso o son expresión de un verdadero régimen de responsabilidad penal de las corporaciones que, de modo contradictorio, el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 7-2009/CJ-116 de 13.11.2009 niega por un lado y afirma por otro al calificar las consecuencias accesorias como "*sanciones penales*". El fundamento 6º del Acuerdo señala que "*El CP incorporó sanciones de carácter penal aplicables a las personas jurídicas y las denominó consecuencias accesorias*".

III. MODIFICACIONES AL TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, APROBADO POR EL DECRETO SUPREMO N° 135-99-EF, Y NORMAS MODIFICATORIAS

El Decreto Legislativo N° 1113, también publicado el 05.07.2012, modifica el "*Texto Único Ordenado del Código Tributario*", aprobado por el Decreto Supremo N° 135-99-EF, y sus modificatorias. Las reformas de relevancia penal se centran en las facultades del Órgano Administrador del Tributo frente al poder de persecución penal previstas en los Arts. 189º y 192º del Código tributario, modificaciones que entrarán en vigencia luego de 60 días hábiles, contados desde la publicación del D. Leg. 1113, como señala la Quinta Disposición Complementaria Final.

Por un lado, se reforma el Art. 189º del "*Texto Único Ordenado del Código Tributario*", aprobado por el Decreto Supremo N° 135-99-EF y sustituido por el Art. 61º de la Ley N° 27038, *"Ley que modifica el Decreto Legislativo N° 816 – Código Tributario, y Normas Conexas*". La nueva formulación es la siguiente:

> "***Artículo 189°.- JUSTICIA PENAL***
>
> *(…) No procede el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público,* ***ni la comunicación de indicios de delito tributario por parte del Órgano Administrador del Tributo*** *cuando se regularice la situación tributaria, en relación con las deudas originadas por la realización de algunas de las conduc-*

> *tas constitutivas del delito tributario contenidas en la Ley Penal Tributaria,* ***antes de que se inicie la correspondiente investigación dispuesta por el Ministerio Público*** *o a falta de esta,* ***el Órgano Administrador del Tributo inicie cualquier procedimiento de fiscalización*** *relacionado al tributo y período en que se realizaron las conductas señaladas, de acuerdo a las normas sobre la materia (…)".*

Como ha establecido el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 2-2009/CJ-116 de 13.11.2009, "*El artículo 189° CT (…) incorpora una causa material de exclusión de pena concebida procesalmente como un impedimento procesal, cuyo efecto es, de un lado, excluir la punibilidad del hecho típico, antijurídico y culpable, y, de otro lado, impedir la iniciación del proceso penal*" (fundamento 6º). Y "*En tanto se trata de una causa material de exclusión de punibilidad ex post factum sus efectos liberatorios de la sanción penal necesariamente alcanzan o benefician a todos los intervinientes en el delito –autores y partícipes-*" (fundamento 9º).

Son tres los cambios a destacarse, dos de forma y uno de fondo. Primeramente, dado que desde el 1.7.06 (conforme a la reforma del Art. 7 del D. Leg. N° 813 prevista por el numeral 5 de la 2ª Disposición Modificatoria del D. Leg. N° 957, NCPP) la denuncia de parte de la SUNAT no es condición de procedibilidad para el inicio de la persecución penal tributaria, el nuevo texto del Art. 189 del Código Tributario establece que ante la regularización tributaria tampoco procede la comunicación de indicios de delito por parte de la SUNAT a la Fiscalía, la norma anterior se refería a la imposibilidad de formulación de denuncia penal por parte de la SUNAT, lo que solo tenía sentido cuando dicha denuncia era un requisito de procedibilidad que condicionaba la actuación del Ministerio Público. La segunda variante, también formal, consiste en aclarar que la regularización tributaria debe darse antes del inicio de investigaciones por parte del Ministerio Público, redacción que supera la confusión creada por la anterior formulación cuando se refería a "*antes de que se inicie la correspondiente investigación fiscal*", dado que por "*investigación fiscal*" en sentido amplio podría entenderse incluso

las que lleve adelante el órgano administrador del tributos, en la medida que estamos ante las llamadas infracciones y delitos fiscales. Este cambio formal no altera la vigencia del citado Acuerdo Plenario N° 2-2009/CJ-116 de 13.11.09 que ha precisado que la regularización tributaria, para efectos de cancelar la persecución penal, debe darse "*antes que la Fiscalía inicie diligencias preliminares de averiguación sobre la posible comisión de un delito tributario*" (fundamento 12º), no siendo necesario que la Fiscalía dicte una disposición de formalización de investigación preparatoria (fundamento 11ºA) para bloquear la improcedencia de la acción penal.

Pero el cambio de fondo tiene que ver con el otro momento máximo para que la regularización tributaria determine la improcedencia de la acción. Bajo la redacción anterior ["*antes de que (…) el Órgano Administrador del Tributo notifique cualquier requerimiento en relación al tributo y período en que se realizaron las conductas señaladas"]*, el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 2-2009/CJ-116, siguiendo a Santistevan de Noriega, interpretó con efectos vinculantes que "*El requerimiento de la administración tributaria debe ser específico, vinculado a un delito tributario concreto, enmarcado temporalmente. El bloqueo a la regularización necesita de un requerimiento expreso en cuanto al delito presuntamente cometido o la referencia a las conductas delictivas que le dan por su naturaleza relevancia penal [JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA: Regularización Tributaria, Actualidad Jurídica Nº 115, Lima, Junio 2003, Lima, página 20]*" (fundamento 12º parte final). Pero esta interpretación es ahora caduca, conforme al nuevo texto del Art. 189, la regularización tributaria no tiene efectos cancelatorios de la persecución penal si el Órgano Administrador del Tributo inicia "*cualquier procedimiento de fiscalización relacionado al tributo y período en que se realizaron las conductas señaladas, de acuerdo a las normas sobre la materia*", no es por lo tanto necesario que exista requerimiento alguno, y menos un requerimiento específico por parte de la administración tributaria y que esté vinculado a un delito tributario concreto, enmarcado temporalmente como señaló la Corte Suprema en el año 2009. Con ello el "*beneficio*" del Art. 189 es de aplicación más restringida, cualquier acto de fiscalización

de la SUNAT relativo al tributo y periodo que podría regularizarse, ya impide o bloquea la exclusión de la persecución penal.

Por último, se ha modificado también el Art. 192º del "*Texto Único Ordenado del Código Tributario*", aprobado por el Decreto Supremo N° 135-99-EF y sustituido por el Art. 98º del Decreto Legislativo N° 953, "*Ley que modifica el Decreto Legislativo N° 816 – Código Tributario, y Normas Conexas*". El texto anterior, acorde con el requisito de procedibilidad de la denuncia de parte de la SUNAT como condición para el inicio de la persecución penal tributaria, establecía que esta tenía la facultad discrecional de denunciar los delitos tributarios y aduaneros que conociera ante la Fiscalía. Dado que dicha condición de procedibilidad está derogada desde el 01.07.2006 como se indicó anteriormente, la nueva redacción del Art. 192º impone el deber a la SUNAT de comunicar al Ministerio Público los indicios de la comisión de cualquier delito tributario o aduanero que conozca en el ejercicio de sus funciones administrativas. Por lo demás, a fin de adaptar la regulación al modelo del nuevo Código procesal penal, el Art. 192º establece ahora que la SUNAT debe resolver la causa administrativa, vinculada y a la vez paralela a la penal, en el término de 90 días desde la notificación de la formalización de la investigación preparatoria o el auto de apertura de instrucción, según corresponda, para lo cual, el Fiscal o el Juez dispondrá que sea notificada de todas la disposiciones fiscales, resoluciones judiciales, informes de peritos, dictámenes de la Fiscalía e informes del Juez que se produzcan.

CAPÍTULO XV
LOS DELITOS FISCALES (II):
EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA

I. CONSIDERACIONES GENERALES Y BIEN JURÍDICO-PENAL EN EL DELITO TRIBUTARIO

Como cuestión previa podemos decir que uno de los factores más importantes dentro de la actividad financiera es, sin duda, la potestad tributaria, mediante la cual el Estado obliga a los ciudadanos a realizar determinados pagos a su favor, sea por la obtención de ciertos beneficios o prestaciones estatales, sea simplemente por la manifestación de algún signo exterior de riqueza[931].

De entre las múltiples variedades de la delincuencia económica, una que sobresale con luz propia es la que tiene por objeto la Hacienda Pública y, en concreto, al delito tributario. Respecto a esta modalidad delictiva podemos afirmar que viene constituida, en líneas generales, por aquel artificio o engaño dirigido a eludir o evitar el pago de un tributo[932]. El delito de defraudación tributaria se considera un delito tributario, donde se acoge una infracción de la obligación que pesa sobre los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos del Estado. El significado esencial que esto tiene en el orden económico hace que se le considere como un delito socioeconómico.

---

[931] GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte especial*, tomo II, Lima, 2007, p. 597.

[932] SAN MARTÍN LARRINOA, Begoña. "Derecho penal económico y delito tributario", en: Mazuelos Coello, Julio (Comp.). *Derecho penal económico y de la empresa*, Lima, 1996, p. 188.

En cuanto a los campos jurídicos de estudio puede concluirse que el DP tributario (delitos tributarios) no es parte del Derecho tributario, pues no responde a los principios y finalidades, esencialmente recaudatorios, del sistema tributario, aun cuando no sea contradictorio con ellos. Esta conclusión no debe, sin embargo, entenderse como una completa independencia del DP Tributario frente al Derecho tributario. Doctrinariamente hay una distinción entre delito económico y delito fiscal; el primero es el genérico, que no siempre corresponde al segundo, que es la especie. Siendo el Derecho tributario, una rama del Derecho fiscal, existe igual dependencia entre las normas penales fiscales y las normas penales tributarias.

En la Exposición de Motivos del Dec. Leg. N° 813, Ley Penal Tributaria, se indica que dicho delito (defraudación tributaria) se contempla en una ley penal especial, en función de la misma naturaleza de esta clase de infracciones, donde es indudable la implicación existente entre el Derecho tributario y el penal; y porque ello facilitará la tarea de divulgación y conocimiento de dicha norma, y por razones de política preventiva. Estas consideraciones, según BRAMONT-ARIAS TORRES, son objetables o por lo menos discutibles, ello porque el hecho que el delito tributario obedezca a una naturaleza mixta no puede derivarse la necesidad de un tratamiento legal separado del resto de ilícitos penales. Esta interpretación nos llevaría a un vaciado de contenido del propio CP en la medida que todo tipo penal tiene como punto de referencia otras ramas del ordenamiento jurídico. No puede olvidarse que el DP es aquel sector del ordenamiento jurídico que interviene en última instancia –principio de *ultima ratio*[933].

Por otro lado, el autor nacional GARCÍA RADA nos dice que los delitos tributarios revisten evidente gravedad: "En primer lugar se trata de una infracción cometida en agravio del Fisco, quien percibe menos de lo que por ley le corresponde. Luego referente en el conjunto de la

[933] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. "A seis años de la promulgación del CP", en: *Gaceta Jurídica*, tomo 49, Lima, 1997, p. 24.

economía nacional, pues los menos ingresos al mermar el capital del Estado impiden que este cumpla en forma completa con los servicios públicos. La misma sociedad resulta doblemente perjudicada, pues una parte tiene servicios públicos deficientes, incompletos, o no los recibe, y por otra, la baja percepción tributaria obliga a la elevación del porcentaje, de manera que si todos los contribuyentes cumplieran con hacer el pago que les corresponde, los tributos no subirían o lo harían en menor proporción, el delito tributario tiene pues, evidente resonancia social"[934]. A todo esto habrá que decir que resulta relevante la creación de una conciencia fiscal y tributaria que ha de predicarse con el ejemplo desde las más altas instancias sociales y políticas.

Así, la reflexión que a este respecto hace el autor GARRIGUES WALKER en 1967 es perfectamente atribuible a nuestros días: "Si el contribuyente (…) observa, como está observando, que el Estado reconoce práctica u oficialmente el fraude y lo tolera de una manera clara y abierta (...) es evidente que no siente necesidad alguna de convertirse en un héroe y pagar religiosamente, todos sus impuestos. Si es al Estado al que en primer lugar corresponde crear una ciencia fiscal y la abandona, ¿quién lo hará entonces?"[935] Por otro lado, en el ámbito del Derecho tributario, el comportamiento evasivo, generalmente no opera en forma aislada, permitiendo no pocas veces la unificación subjetiva, unidad de ocasión objetiva y aprovechamiento consciente dentro por supuesto de una unidad normativa relativizada, el ilícito penal tributario toma la forma de delito continuado.

Un aspecto sumamente importante a la hora de analizar los tipos penales de un texto punitivo es la determinación político-criminal y dogmática del bien jurídico-penal a proteger. El bien jurídico en los delitos tributarios está representado por la recaudación tributaria, aunque, en forma no determinante, esta concepción incorpora los conceptos de

---

[934] Citado por: EZAINE, Amado. *Diccionario jurídico*. *Parte Penal I,* Lima, 1991, p. 363.

[935] Citado por: SAN MARTÍN LARRINOA, Begoña. Op. Cit., p. 193.

patrimonio del erario público como también la existencia de maniobras defraudatorias[936]. Según PEÑA CABRERA "…el bien jurídico en los delitos tributarios está representado por la recaudación tributaria, aunque, en forma no determinante, esta concepción incorpora los conceptos de patrimonio del erario público como también la existencia de maniobras estafatorias"[937].

Así, por ejemplo, para GARCÍA CAVERO "…el bien jurídico protegido por los delitos tributarios no se encuentra plasmado en objetos desconectados de la norma penal o en el funcionamiento global de determinado sector de la economía, sino en la vigencia de determinadas expectativas sociales esenciales. En ese sentido, el DP no protege penalmente el patrimonio del Estado ni la recaudación estatal, sino, más bien, la expectativa de que el Estado reciba los ingresos generados por los distintos tributos internos"[938]. En esta misma línea, el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido, el mismo que hemos identificado como el derecho a la recaudación tributaria, por lo que se afecta al Estado como ente recaudador. En nuestro sistema tributario, fundamentalmente, la ley confería la representación a dos entidades: la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) y la Superintendencia Nacional de Aduanas (ADUANAS), ahora unificadas en la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria[939].

La jurisprudencia penal peruana ha dicho que lo que se protege en el delito de defraudación tributaria es " el proceso de ingresos y egresos del Estado, siendo la conducta típica del sujeto activo el defraudar e incumplir la obligación tributaria de pagar total o parcialmente los tributos que establece la Ley administrativa tributaria, bajo la modali-

---

[936] HUGO VIZCARDO, Silfredo. "Análisis de los delitos tributarios en el Perú", en: *Actualidad Jurídica*, tomo 172, 2008, p.117.

[937] PEÑA CABRERA, Raúl. *Todo sobre el ilícito tributari*o, tomo IV, Lima, 1996, passim.

[938] GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 604.

[939] HUGO VIZCARDO, Silfredo. Op. Cit., p. 119.

dad del engaño entendido como toda simulación o disimulación de la realidad capaz de inducir a otro en error y en este caso al Estado, y que si bien es cierto el ilícito penal se encuentra previsto en el artículo uno del Decreto Legislativo ochocientos trece"[940]. "El bien jurídico en el de-

---

[940] Véase el siguiente texto jurisprudencial completo: Recurso de Nulidad N° 1531-02, de fecha 11 de setiembre del 2003, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia: "VISTOS; de conformidad en parte con lo opinado por la Señora Fiscal Supremo en lo Penal; y CONSIDERANDO: Que del estudio y revisión de los autos se advierte que se imputa a los procesados Henry Espinal y Emiliana Calloapaza, el haber realizado maniobras fraudulentas, con la finalidad de omitir los verdaderos ingresos de la empresa Lubricantes y Repuestos 'El Campeón', disminuyendo la base imponible del impuesto que le correspondía pagar por concepto de Impuesto General a la Venta, e Impuesto a la Renta por los años de 1993 a 1995 y por los meses de febrero a mayo de 1996, causando perjuicio fiscal por el monto del tributo dejado de pagar ascendente a la suma de un 1'146'271.5; que para defraudar al fisco usó la modalidad de creación de otra persona jurídica con la testaferro Marlene Borda Stelman, empezando a operar en junio de 1996, esto con el claro propósito de no perder la clientela; teniendo en cuenta que lo que se protege en el delito de defraudación tributaria es "el proceso de ingresos y egresos del Estado, siendo la conducta típica del sujeto activo el defraudar e incumplir la obligación tributaria de pagar total o parcialmente los tributos que establece la Ley Administrativa Tributaria, bajo la modalidad del engaño entendido como toda simulación o disimulación de la realidad capaz de inducir a otro en error y en este caso al Estado, y que si bien es cierto el ilícito penal se encuentra previsto en el artículo uno del Decreto Legislativo ochocientos trece; sin embargo teniendo en cuenta que los hechos se produjeron desde el año de 1993 resulta de aplicación lo previsto en el numeral 268º y 269º del CP, por el principio de favorabilidad de la Ley Penal, en consecuencia; que los hechos se encuentran debidamente corroborados con las declaraciones testimoniales de clientes de dicha empresa y con las pruebas directas consistentes en la confesión sincera de los procesados, quienes admiten su responsabilidad en los hechos, señalando que su accionar ilícito fue debido al desconocimiento en el aspecto contable de la empresa, sin embargo; aunado a ello las pruebas documentales aportadas por la parte civil, el descargo esbozado por los procesados solo es tendente a atenuar su responsabilidad, dado que la conducta descrita resulta ser típica, antijurídica y culpable; siendo así la pena impuesta guarda relación y proporción con el injusto penal consumado,

lito de defraudación tributaria se encuentra plasmado en la vigencia de determinadas expectativas sociales esenciales. En este sentido el DP no protege penalmente el patrimonio ni la recaudación estatal, sino más bien, la expectativa de que el Estado reciba los ingresos generados por los distintos tributos internos. A partir de esta expectativa normativa esencial del sistema económico se definen en los tipos penales las conductas que la defraudan gravemente y por ello requieren de una sanción penal para su vigencia"[941].

Esta parte abarca el estudio del delito de defraudación tributaria desde el punto de vista sustantivo y procesal. Al respecto, la Exposición de Motivos de la Ley Penal Tributaria expresa lo siguiente: "El delito tributario, en su modalidad de defraudación tributaria, se encuentra contenido en la Sección II del Capítulo II del Título XI del Libro Segundo del CP; sin embargo, dada su especialidad y en razón de las materias jurídicas que confluyen –Derecho tributario y DP–, así como la vinculación del citado ilícito con la actuación de las respectivas administraciones tributarias, resulta necesario que en una ley penal especial se legisle sobre esta materia. *En este sentido, el delito de defraudación tributaria puede ser legislado íntegra y ordenadamente en su parte sustantiva; asimismo, pueden establecerse normas procesales que posibiliten una efectiva investigación y especializado juzgamiento en su parte adjetiva*".

Al respecto el Acuerdo Plenario Nº 2-2009/CJ-116, en el considerando 8°, tiene dicho lo siguiente en relación al bien jurídico: *"Los delitos tributarios protegen la Hacienda Pública desde la perspectiva del interés del Estado y de la propia Hacienda Pública de que la carga tributaria se realice con los modos fijados en la Ley. Se protege, en consecuencia, el proceso de recaudación de ingresos y de distribución de los mismos en el gasto público*".

---

mas no así el monto de la reparación civil, que resulta excesiva si se tiene en cuenta que se ha fijado en forma unipersonal a los procesados; por lo que es del caso reducirla prudencialmente debiendo señalarse en forma solidaria (…)".

[941] Ejecutoria Suprema del 10/03/2010, R.N. N° 1895- 2008- Lima, *Gaceta penal,* tomo 17, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre 2010, p. 207).

En este punto, debemos tener en consideración lo expresado por la Corte Suprema de la República, que en el considerando tercero de una Ejecutoria Suprema señala lo siguiente: "Que, el delito de defraudación tributaria se encuentra regulado en el artículo uno y dos inciso a) de la Ley Penal Tributaria, decreto legislativo Nº ochocientos trece, según el cual se configura cuando el que en provecho propio o de un tercero, valiéndose de cualquier artificio, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, deja de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes; por lo que el bien jurídico protegido se encuentra plasmado en la vigencia de determinadas expectativas sociales esenciales. En este sentido, el DP no protege penalmente el patrimonio del Estado ni la recaudación estatal, sino, más bien, la expectativa de que el Estado reciba los ingresos generados por los distintos tributos internos. A partir de esta expectativa normativa esencial del sistema económico se definen en los tipos penales las conductas que la defraudan gravemente y que, por ello, requieren de una sanción penal para mantener su vigencia. (...) el DP peruano solamente castiga el incumplimiento total o parcial del pago de tributos cuando se hace utilizando algún medio fraudulento' [GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico*. *Parte especial*. Tomo II, Grijley, dos mil siete, página seiscientos cuatro]; en tanto que el nivel de imputación atribuido en su contra, se refiere a título de cómplices secundarios, según el cual son quienes de cualquier modo habrían prestado asistencia para la comisión del hecho punible; sin embargo, es importante advertir con meridiana claridad, hasta qué punto se les puede atribuir responsabilidad penal a título de cómplices secundarios, por un lado, a quien realmente ha contribuido de manera relevante a la comisión del delito, en tanto que define su actuación como parte de un plan delictivo, o adapta su comportamiento al plan de otro, o posee una posición de garante"[942].

[942] Véase: Recurso de Nulidad, Nº 1895-2008-LIMA, de fecha 10 de marzo de 2010, expedido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República.

II. EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA COMO OBLIGACIÓN DE CARÁCTER PECUNIARIO

Existen determinados delitos que dentro de sus presupuestos objetivos tienen como condición necesaria una "obligación de carácter pecuniaria", es decir, obligaciones que son traducibles en determinadas sumas de dinero, que a su vez dañan al bien jurídico tutelado. Así, tenemos el delito de Omisión de Asistencia Familiar (Art. 149° CP) que tiene como presupuesto fundamental una suma de dinero que en la vía extrapenal –civil– no se ha hecho efectiva, existiendo por ende un intento fallido por parte de la judicatura civil para ejecutar el cobro de la deuda perteneciente al derecho alimentario, y esa omisión de no pagar por parte del sujeto obligado genera una vulneración al bien jurídico.

En esta misma línea debe ubicarse al delito de defraudación tributaria (ley penal tributaria) en el que dentro de sus presupuestos objetivos también se asume una "obligación de sumas de dinero", específicamente, la obligación de pagar tributos al Estado, y que obviamente, su incorporación en el DP está dada porque han fracasado las vías de cobro administrativo por parte de la Administración Tributaria (SUNAT) durante un proceso de cobro activo como elemento preceptivo de la infracción tributaria. Ello es tan cierto, que la propia Exposición de Motivos de la Ley penal tributaria –Dec. Leg. 813– establece que el bien jurídico tutelado en los delitos tributarios es el siguiente: "*Estos efectos deben ser necesariamente considerados al momento de legislar sobre el delito de defraudación tributaria, a fin de generar una mayor conciencia tributaria y una abstención en la comisión del citado ilícito, dado que el mismo afecta de manera significativa a la sociedad, por cuanto perjudica el proceso de ingresos y egresos a cargo del Estado, imposibilitando que este pueda cumplir con su rol principal de brindar los servicios básicos a los miembros de la sociedad y generando además planes de desarrollo global*".

Sin embargo, no debe confundirse la obligación jurídica que es el *presupuesto natural y objetivo en un delito*, con el *cobro efectivo de una suma de dinero* que emerge de una obligación jurídica. En un proceso de naturaleza penal no debe discutirse el cobro efectivo del dinero

adeudado –recuperar el dinero no tributado o el dinero no ejecutado vía alimentos–, es decir, el proceso penal no debe generar una expectativa de recuperación del dinero adeudado objeto de procesamiento, sino que la expectativa que debe generar es solo *sancionar* penalmente aquellas conductas que se encuadran en un precepto penal, que dentro de sus presupuestos típico-objetivos contenga una obligación jurídica. Por ello, (en el delito de defraudación tributaria) cuando legislador peruano ha prescrito objetivamente la frase *"…dejar de pagar tributos… (…)"* lo que está sancionando es el no-pago de una deuda de carácter tributario, reconociendo de esta forma su naturaleza pecuniaria (de tributos), que es el *presupuesto natural* del delito de defraudación tributaria.

El Acuerdo Plenario Nº 2-2009 señala en relación a las notas características del delito tributario lo siguiente: *"Los delitos tributarios comprendidos en la LPT tienen las siguientes notas características esenciales:*

A. *Se configuran como un delito especial propio y de infracción del deber de contribuir mediante el pago de tributos al sostenimiento de los gastos públicos.*

B. *Tienen una naturaleza patrimonial, pero es de tener en cuenta su carácter público en atención a la función que los tributos cumplen en un Estado social y democrático de derecho.*

C. *Son delitos de resultado. Se exige la producción de un perjuicio que se consuma desde el momento en que se deja de pagar, total o parcialmente, los tributos o que se obtenga o disfruta indebidamente de un beneficio tributario.*

D. *El núcleo típico es la elusión del pago de tributos debido a la obtención indebida de beneficios tributarios, cuya perpetración puede producirse tanto por acción, como por omisión.*

Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Fiscal tiene dicho en un caso concreto lo siguiente: "La obligación tributaria se origina, tratándose de prestación de servicios, con la efectiva emisión del comprobante de pago o la percepción de la retribución, independientemente del momento en el que se prestaron los servicios y que, por ende, surgió la

obligación de emitir el referido comprobante de pago, por lo que la Administración debe limitarse a verificar la ocurrencia de tales hechos"[943]. "Del examen de la orden de pago, se aprecia que el cobro se origina por una supuesta omisión en el pago de un derecho por la ejecución de una obra efectuada por la recurrente; sin embargo, la municipalidad no ha sustentado que la acotación del derecho se efectúe en razón a la existencia de un aprovechamiento por parte de la recurrente sobre su propiedad; ni tampoco ha establecido la existencia de un servicio administrativo prestado a aquella. En consecuencia, no puede afirmar que dicho cobro tenga naturaleza tributaria al no apreciarse la existencia de una obligación tributaria conforme a lo dispuesto en el artículo 1° del Código Tributario"[944]. Asimismo, el Tribunal Fiscal ha precisado que "La obligación tributaria o relación jurídica tributaria es una sola, de la que pueden surgir obligaciones por parte del contribuyente así como de la Administración Tributaria. En tal sentido, los acuerdos por los que un contribuyente cede a un tercero sus derechos de créditos sujetos a devolución por parte de la Administración Tributaria carecen de eficacia frente a esta"[945].

III. DIFERENCIAS ENTRE INFRACCIÓN Y DELITO TRIBUTARIO

En la doctrina extranjera el término genérico que comprende a la infracción tributaria es el "ilícito tributario", el cual comprende a las contravenciones (actos ilícitos tributarios administrativos) y a los delitos tributarios (ilícitos tributarios penales). La infracción tributaria no es falta ni constituye ilícito penal. Su conocimiento y sanción corresponde exclusivamente a la Administración Tributaria. Para el Código Tributario de 1996 "*Toda acción u omisión que importe violación de nor-*

---

[943] RTF Nº 04588-1-2003, de fecha 14-08-2003, extraído de: Legislación Tributaria, Lima, 2009, p. 27.

[944] RTF Nº 00879-3-97 de fecha 07-10-1997, extraído de: Legislación Tributaria, Lima, 2009, p. 27.

[945] Véase, Informe Nº 070-2003-SUNAT/2B0000, de fecha 20-02-2003.

mas tributarias, constituye infracción sancionable de acuerdo con lo establecido en este título" (Art. 164º). Más adelante el Art. 172º precisa cuales son las llamadas infracciones tributarias.

El Art. 172º del Código tributario establece sanciones por infracciones formales, es decir, incumplimiento de obligaciones formales. En la valoración que realiza el fisco sobre la conducta del infractor, no se toma en cuenta la tendencia subjetiva del agente aunque esta provenga de negligencia o descuido, pues lo realmente importante para su determinación es la exteriorización material de dicha acción.

Para un amplio sector de la doctrina, la única diferencia entre infracción tributaria administrativa y delito es de tipo cualitativo, es decir existe un distinto grado de reprochabilidad. Para pasar al campo de la causalidad jurídica a la figura penal se tiene que establecer la existencia de la calidad de contribuyente o responsable, para pasar de ahí a la cuantía de la obligación tributaria, cuantía que consciente, voluntaria y maliciosa o engañosamente se pretende dejar de pagar definitivamente.

De acuerdo a nuestra legislación tributaria entre infracción administrativa y delito podemos encontrar varias diferencias, siendo las más importantes las siguientes:

A. En cuanto al aspecto subjetivo.- En el delito tributario es imprescindible la existencia de una conducta dolosa manifestada a través del engaño, el fraude, etc.; en cambio en la infracción no es que carezca de este elemento sino que su apreciación es irrelevante para su configuración que es eminentemente objetiva.

B. En cuanto a la determinación de la responsabilidad.- En el delito tributario tiene que probarse la intención del agente de infringir la ley tributaria con el fin de no pagar definitivamente el tributo, valiéndose de ardid o fraude. Mientras que la infracción determina objetivamente la mera desobediencia, el simple quebrantamiento de la ley tributaria, aunque provenga de negligencia o descuido en la cobranza por ejemplo, del propio administrador tributario, el contribuyente simplemente no pagó y

por lo tanto su omisión constituye infracción tributario administrativa.

C. **En cuanto a la naturaleza del sujeto activo.**- En los delitos tributarios como en todos los delitos, solo podrá ser sujeto activo por ser susceptible de pena o medida de seguridad, la persona natural, mas no la persona jurídica. Por el contrario en las infracciones tributarias, el sujeto activo es el contribuyente que puede ser una persona natural o jurídica.

IV. LA TIPICIDAD PENAL EN LA DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA

1. Antecedentes legislativos

Como antecedente podemos citar al CP de 1991**.**- (Promulgado en abril de 1991 mediante D. Leg. Nº 635), que en el Art. 268º prescribía lo siguiente: *"El que en provecho propio o de un tercero, valiéndose de cualquier artificio, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, deja de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años o multa de sesenta a trescientos sesenta y cinco días-multa"*.

Luego, el Art. 2º del Decreto Ley N° 25859 del 24 de noviembre de 1992 modifica el tipo base del delito de defraudación tributaria con el texto siguiente: *"El que, en provecho propio o de un tercero, valiéndose de cualquier artificio, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, deja de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa"*.

Posteriormente el legislador peruano ha creído conveniente que las infracciones penales tributarias mejor serían reguladas a través de la una ley penal especial[946]. Efectivamente el Decreto Legislativo N° 813

[946] Al respecto, la Exposición de Motivos de la Ley Penal Tributaria expresa la necesidad de una norma especial. Así "El delito tributario, en su modalidad

del 20 de abril de 1996 tipifica los delitos tributarios en el Perú. Primigeniamente dicho texto prescribía lo siguiente: "*Artículo 1º. El que, en provecho propio o de un tercero, valiéndose de cualquier artificio, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, deja de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años*".

Sin embargo, años después se modificó la sanción a dicho delito. Al respecto, el tipo penal básico del delito de Defraudación tributaria (Dec. Leg. N° 813) recoge en su parte preceptiva (artículo sustituido por la Décimo Primera Disposición Final de la Ley Nº 27038, publicada el 31-12-1998) una reproducción del tipo legal del régimen anterior, pero

---

de defraudación tributaria, se encuentra contenido en la Sección II del Capítulo II del Título XI del Libro Segundo del CP; sin embargo, dada su especialidad y en razón de las materias jurídicas que confluyen –Derecho tributario y Derecho penal–, así como la vinculación del citado ilícito con la actuación de las respectivas administraciones tributarias, resulta necesario que en una ley penal especial se legisle sobre esta materia. En este sentido, el delito de defraudación tributaria puede ser legislado íntegra y ordenadamente en su parte sustantiva; asimismo, pueden establecerse normas procesales que posibiliten una efectiva investigación y especializado juzgamiento en su parte adjetiva. Por su parte, la existencia de una norma penal especial origina un mayor conocimiento y difusión de la materia que se legisla, así como un mayor efecto preventivo en la sociedad. Estos efectos deben ser necesariamente considerados al momento de legislar sobre el delito de defraudación tributaria, a fin de generar una mayor conciencia tributaria y una abstención en la comisión del citado ilícito, dado que el mismo afecta de manera significativa a la sociedad, por cuanto perjudica el proceso de ingresos y egresos a cargo del Estado, imposibilitando que este pueda cumplir con su rol principal de brindar los servicios básicos a los miembros de la sociedad y generando además planes de desarrollo global. La dación de una norma penal especial en materia penal no afecta el sistema jurídico penal, ni procesal penal, por cuanto los principios rectores del Derecho penal, así como las garantías contenidas en el Derecho procesal penal, son de aplicación obligatoria a todas las normas relacionadas con estas materias. Por consiguiente, las disposiciones de esta norma penal especial no alteran el sistema jurídico penal, ni por ende los derechos y garantías de las personas, contenidas en la Constitución Política del Perú".

elimina la sanción adicional de multa y aumenta la sanción de prisión a no menos de 5 ni más de 8 años. Así, conducta prohibida del actual delito de Defraudación tributaria es la siguiente: ***"Artículo 1º.-*** *El que, en provecho propio o de un tercero, valiéndose de cualquier artificio, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, deja de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 5 (cinco) ni mayor de 8 (ocho) años y con 365 (trescientos sesenta y cinco) a 730 (setecientos treinta) días-multa.* ***Artículo 2º.-*** *Son modalidades de defraudación tributaria reprimidas con la pena del Artículo anterior: a) Ocultar, total o parcialmente, bienes, ingresos, rentas, o consignar pasivos total o parcialmente falsos para anular o reducir el tributo a pagar. b) No entregar al acreedor tributario el monto de las retenciones o percepciones de tributos que se hubieren efectuado, dentro del plazo que para hacerlo fijen las leyes y reglamentos pertinentes".*

2. El sujeto activo en el delito de defraudación tributaria

2.1. El delito de Defraudación tributaria es considerado como delito especial en sentido amplio

2.1.1. El deudor tributario

Como cuestión previa diremos que para perfeccionar el delito de defraudación tributaria tiene que verificarse, previamente, una relación obligacional de carácter tributaria es: "acreedor" y "deudor". Hay que resaltar que dicha obligación tributaria es de derecho público, que "*…es el* ***vínculo entre el acreedor y el deudor tributario****, establecido por ley, que tiene por objeto el cumplimiento de la prestación tributaria, siendo exigible coactivamente*"**.** (Art. 1º, Código tributario).

Por un lado, respecto al concepto de "acreedor tributario" el titular es el Estado, que lo ejerce a través del Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales, así como las entidades de derecho público con personería jurídica propia, cuando la ley les asigna esa calidad expresamente. (Art. 4º, Código Tributario). Y por otro lado, el concepto de "deudor tributario" está circunscrito expresamente al sujeto obligado a la prestación tributaria. Así, el Art. 7° del Código tributario

señala que*: "Deudor tributario es la persona obligada al cumplimiento de la prestación tributaria como contribuyente o responsable"*. Por ello, solo podrá ser reputado autor del delito de defraudación tributaria quien tenga la calidad de "deudor de tributos" al Estado.

Debemos tener en consideración la jurisprudencia del Tribunal Fiscal que tiene dicho, en un caso concreto, lo siguiente: "La recurrente (en este caso ENAPU) no tiene la condición de deudor tributario como contribuyente, así como tampoco tiene la condición de agente de retención o percepción conforme a lo previsto en los Arts. 7°, 8°, 9° y 10° del Código tributario. Y es que la calidad de agente perceptor solo puede ser atribuida de manera expresa mediante ley o, en defecto de esta, mediante decreto supremo, cosa que en el presente caso no ha sucedido"[947].

El estudio del sujeto pasivo corresponde al deudor principal o contribuyente y a los diferentes deudores o responsables por vínculo de solidaridad, sustitución o sucesión. El sujeto pasivo en general, quien tiene la carga tributaria, debe proporcionar al fisco la prestación pecuniaria. Para efectos de una mejor comprensión de las diferentes categorías de sujetos pasivos de la obligación tributaria, se presenta de la siguiente manera:

a) Contribuyente. Es el sujeto de derecho, titular de la obligación principal y realizador del hecho imponible. En nuestra legislación se preceptúa que contribuyente es aquel quien realiza, o respecto del cual se produce el hecho generador de la obligación tributaria. Se señala también que pueden ser contribuyentes por tener capacidad tributaria las personas naturales o jurídicas, comunidades de bienes, patrimonios, sucesiones indivisas, fideicomisos, sociedades de hecho, sociedades conyugales u otros entes colectivos, aunque estén limitados o carezcan de capacidad o personalidad jurídica según el derecho privado o público, siempre que la ley les atribuya la calidad de sujetos de derechos y obligaciones tributarias.

[947] RTF Nº 00701-4-97, de 08-07-1997 y RTF Nº 01358-5-96, de fecha 22-11-1996 extraído de: Legislación Tributaria, Lima, 2009, p. 30.

El Contribuyente es quien merece propiamente el nombre de Destinatario Legal Tributario, porque es en base a su capacidad contributiva que el legislador creó el tributo. Como bien señala el Art. 8° del T.U.O. del Código Tributario peruano el contribuyente es *"aquel que realiza, o respecto del cual se produce el hecho generador de la obligación tributaria"*. Se trata entonces de un sujeto que ha de reunir esta calidad especial, como con razón ha destacado la doctrina (Martínez Pérez, *El delito fiscal*, Montecorvo, Madrid 1982, p. 229) y ha reiterado la jurisprudencia del Tribunal Supremo español *(sentencias del 29 de junio de 1985, y 24 de febrero de 1993)*. En otras palabras, para que se pueda cometer este delito es indispensable que se tenga previamente la calidad de deudor tributario.

b) Responsable. Establece el Art. 9º del T.U.O del Código tributario que *"responsable es aquel que, sin tener condición de contribuyente, debe cumplir la obligación atribuida a este"*.[948]

---

[948] A su vez el concepto de "responsables" tiene varios supuestos:

1. **Responsables Solidarios**.- La responsabilidad se entiende como la actuación total en cada uno de los titulares de un derecho o de los obligados por razón de un acto o contrato (en este caso, en virtud de la ley tributaria). Nexo obligatorio común que fuerza a cada uno de dos o más deudores a cumplir o pagar por la totalidad cuando le sea exigido por el acreedor con derecho a ello. Es necesario anotar que en materia tributaria se puede originar dos clases de responsabilidad solidaria:
2. **Responsables Sustitutos**.- Se presenta cuando el legislador reemplaza al contribuyente por el responsable sustituto, generándose así un solo vínculo jurídico entre este y el acreedor. El sustituto reemplaza pues al generador del hecho imponible.
3. **Responsable por Sucesión**.- La obligación tributaria se transmite a los sucesores y demás adquirientes a título universal. En caso de herencia la responsabilidad está limitada al valor de los bienes y derechos que se reciba.
4. **Agentes de Retención y Percepción**.- El agente de retención es un deudor del contribuyente o alguien que por su función pública, actividad, oficio o profesión, se halla en contacto directo con un importe dinerario de propiedad del contribuyente o que este debe recibir, ante lo cual tiene la

2.1.2. El delito de defraudación tributaria es considerado como un delito especial propio

Los delitos tributarios son las figuras que dentro del ámbito de los delitos económicos en general, son cometidos en un Estado democrático de funcionamiento normal, por sujetos cuya personalidad y comportamientos suelen responder a unas determinadas pautas. Por ello la doctrina sostiene que el delito de defraudación tributaria es considerado como un delito especial que establece que la conducta prohibida solo puede ser realizada por ciertas personas que poseen presupuestos especiales. Los delitos especiales suelen distinguirse entre:

- **Delitos especiales propios,** son aquellos en los cuales la lesión del deber especial fundamenta la punibilidad (por ejemplo, el delito de prevaricato previsto en el Art. 418º del CP, omisión del ejercicio de la acción penal previsto en el Art. 424º del CP, malversación previsto en el Art. 389º del CP, entre otros). Aquí podríamos mencionar al delito de defraudación tributaria (Art. 1º del Dec. Leg. Nº 813).
- **Delitos especiales impropios,** se presentan cuando la lesión del deber especial agrava la punibilidad (por ejemplo, aborto realizado por personal sanitario –Art. 117º del CP–, lesiones graves a menores –Art. 121º-A del CP–, violación de la intimidad cometido por funcionario –Art. 155º del CP–, interferencia telefónica realizada por funcionario –Art. 162º del CP–).

---

posibilidad de amputar la parte que corresponde al fisco por concepto de tributo, por ejemplo un empleador respecto a los dineros que debe pagar a sus trabajadores en el caso del impuesto a la Renta. En otras palabras, el agente de percepción es aquel que por su profesión, oficio, actividad o función, está en una situación tal que le permite recibir del contribuyente un monto tributario que posteriormente debe depositar a la orden del fisco, como el caso de un empresario de espectáculos que recibe junto con el valor del boleto el tributo que paga el público. Por medio de él el legislador le impone la obligación de cobrar el tributo a su deudor, al mismo tiempo que le cobra su crédito particular.

En este sentido, los profesores españoles BAJO FERNÁNDEZ / BACIGALUPO enseñan que: "Sujeto activo del delito fiscal lo es el sujeto pasivo de la obligación tributaria (o deudor tributario) o el titular de la ventaja fiscal indebidamente obtenida, según se trate, respectivamente, de la elusión del pago de tributos o retenciones o de la obtención indebida de devoluciones o de beneficios fiscales. Así pues, a nuestro juicio, el delito fiscal se presenta como un delito especial propio, en tal sentido de que no puede ser cometido por cualquiera"[949]. Asimismo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ enseña que: "como se puso de relieve en materia de sujeto activo, el deudor tributario es un delito especial porque únicamente el deudor tributario o el titular de la ventaja fiscal ilícitamente obtenida pueden ser sujetos activos del delito. Es, por ende, un delito especial propio, ya que para que exista el delito es determinante la presencia de un sujeto activo que posea esta cualidad especial"[950].

En el mismo sentido, también el profesor AYALA GÓMEZ nos dice que estamos frente a: "un delito especial propio, en la medida en que solo los sujetos que revistan la cualidad de deudores tributarios con arreglo a aquel ordenamiento jurídico pueden ser sujetos activos del mismo. Es la infracción de ese deber específico extrapenal correspondiente a los sujetos pasivos lo que se convierte en el criterio de imputación específico del hecho a su autor"[951]. En esta misma línea, el profesor argentino ROBIGLIO nos afirma que: "De tal manera, en los delitos de defraudación tributaria, de aprovechamiento indebido de subsidios u obtención fraudulenta de beneficios fiscales, así como en las diversas modalidades de simulaciones de pago, solo puede ser autor quien tiene el deber de pagar el tributo como consecuencia de haberse verificado a

---

[949] BAJO FERNANDEZ, Miguel / BACIGALUPO, Silvina; *Delitos tributarios y previsionales*, Buenos Aires, 2001, p. 85.

[950] MARTÍNEZ BUJÁN PEREZ, Carlos. *El delito fiscal*, Madrid, 1982, p. 355.

[951] AYALA GOMEZ, Ignacio. *El delito de defraudación tributaria: artículo 349º del CP*, Madrid, 1988, p. 253.

su respecto el hecho imponible"[952]. También debemos citar al profesor español Vicente Oscar DÍAZ cuando afirma que: "En realidad se trata de un delito especial, que en la calidad de autor solo puede ser cometido por quien ocupa una posición pasiva en la relación jurídico-tributaria que le sirve de marco"[953].

En el Perú, Luis Felipe BRAMONT-ARIAS TORRES, cuando comenta el delito de defraudación tributaria –y específicamente el ocultamiento de ingresos de rentas– refiere lo siguiente: "…En el inciso a) de este Art. 2º referido a las modalidades se establece que cometerá delito de defraudación tributaria quien oculte ingresos, rentas o consigne pasivos total o parcialmente falsos. Naturalmente toda esta serie de conductas solo puede ser realizada dentro del procedimiento tributario establecido para el pago del tributo, lo cual implica que dichos comportamientos estén incluidos en la Declaración tributaria. Dentro de esta se ocultará ingresos o se consignará pasivos falsos"[954].

PEÑA CABRERA apunta que "el delito tributario es un delito especial, en el sentido que solamente puede perpetrarlo restrictivamente el sujeto pasivo de la relación jurídico-tributaria, comprendiéndose ciertamente tanto al contribuyente como al sustituto del contribuyente"[955]. Según Luis Alberto BRAMONT-ARIAS TORRES el "sujeto activo es el deudor tributario o sujeto pasivo de a obligación tributaria, en el caso de personas jurídicas habrá que estar a lo dispuesto por el Art. 27º CP. Por eso se afirma que es un delito especial propio por la calidad del sujeto activo, quien tiene que ocupar una posición pasiva en la relación

---

[952] ROBIGLIO, Carolina. *La autoría en los delitos tributarios*, Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 80.

[953] DIAZ, Vicente Oscar. *Criminalización de las infracciones tributarias*, Buenos Aires, 1999, p. 71.

[954] BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis Felipe. "El delito tributario: criminalización y tipificación", en: *Revista del Instituto de Derecho Tributario*, N° 32, Lima, 1997, p. 57.

[955] PEÑA CABRERA, Raúl. *Todo sobre el ilícito tributario*, tomo IV, Lima, 1996, p. 285.

jurídica tributaria"[956]. Por su parte para GARCÍA CAVERO "…el delito de defraudación tributaria es un delito especial, en la medida que para poder ser autor se requiere estar obligado a pagar los tributos como contribuyente o responsable"[957].

En esta misma línea, la jurisprudencia peruana a través de la ejecutoria suprema de fecha 24 de octubre de 2007 (Recurso Nulidad Nº 5457-07 expedido por la Segunda Sala Penal Transitoria) en su considerando tercero anota: "Que, el delito de defraudación tributaria constituye un delito especial que requiere la calidad especial de obligado tributario, estando constituida la conducta típica por la falta de pago total o parcial de los tributos mediante cualquier artificio, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, lo cual no se exige en la modalidad especial de ocultación de datos tributariamente relevantes del artículo dos literal "a" del Decreto Legislativo ochocientos trece, en la medida que en este supuesto la conducta de ocultación de rentas o ingresos debe apuntar a anular o reducir el tributo a pagar, por lo que la falta de pago del tributo no constituye un elemento objetivo del tipo, sino un elemento subjetivo de tendencia del autor que no requiere verificarse objetivamente (García Cavero, Percy. *DP económico*, II, Parte especial, Grijley, dos mil siete, página seiscientos cincuenta y ocho)".

Abonado a lo expuesto, cabe agregar que si bien el término *"El que"* está consignado textualmente en el Art. 1° de la Ley penal tributaria (Dec. Leg. N°813), esto no debe llevarnos a la absurda conclusión de que se trata de un delito común, ni menos aún que cualquier persona puede consumar dicha infracción penal. Y ello es así, puesto que en DP, atendiendo a las características requeridas al sujeto activo, los delitos se dividen en *delitos comunes y delitos especiales*. Estos últimos son aquellos delitos cuya principal peculiaridad consiste en que el círculo de posibles

---

[956] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. *Derecho penal. Parte Especial*, Lima, p. 338.

[957] GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte especial*, tomo II, Lima, 2007, p. 613.

autores se encuentra circunscrito a los sujetos sobre los que recae un deber especial previsto en el tipo; los paradigmáticos delitos especiales lo constituyen los delitos de funcionario, como pueden ser los delitos de Cohecho, Concusión, Peculado, etc., en estos supuestos delictivos la característica es que la "especialidad" de la autoría radica en la literalidad de la norma, es decir, en todos estos casos se consigna en el tipo la frase: *"El funcionario o servidor público…"*.

Empero, hay determinados delitos que aunque están diseñados, en principio, con el término *"El que"* -como el caso del delito de Contaminación Ambiental (artículo 304° CP)- son considerados como *delitos especiales en sentido amplio*, o como lo llama la doctrina *"delitos fácticamente calificados o de medios determinados*", ya que solo aquellas personas que tengan la capacidad, por ejemplo, de sobrepasar los límites de tolerabilidad (las personas jurídicas generalmente) pueden ser subjetivos activos de tal delito. Lo mismo podríamos decir del delito de Rebelión (artículo 346° CP) que aunque esté incorporado el término *"El que"* también debemos concluir que se trata de un delito especial en sentido amplio ya que solo la conducta típica se puede cometer mediante el "alzamiento armado".

En esta misma línea de pensamiento, debemos concluir que el delito de defraudación tributaria se trata de un *delito especial*, conforme lo consagra la doctrina dominante ya expuesta, pues si bien el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 813 contempla al sujeto activo de dicho delito con el término *"El que"*, también es cierto que solo puede ser sujeto activo aquella persona que tenga la calidad de contribuyente y que por omisión en el pago de tributos se haya convertido a su vez en deudor tributario. Es el concepto de tributo el que da sentido y fundamento a la calidad de sujeto activo especial, ya que tiene que existir como presupuesto un tributo no-pagado en su oportunidad por el contribuyente para acceder luego a la calidad de "deudor tributario".

En definitiva entonces, en todos los ejemplos que hemos dado, la conducta típica descrita es la que finalmente condiciona la existencia y diferencia de un delito especial y de un delito común; porque así como

el delito de Homicidio (artículo 106° del CP) describe al sujeto activo con el término *"El que"* ahí sí debemos concluir que se trata de un delito común ya que no existe ningún condicionamiento conductual en el tipo objetivo. En el delito de defraudación tributaria, por el contrario, existe el *"tributo"*, en el delito de contaminación ambiental existe el *"límite de tolerabilidad"* o en el delito de rebelión existe el *"alzamiento en armas"*, debemos concluir enfáticamente que en todos estos casos se trata de un delito de sujeto activo determinado.

3. La conducta típica

En este punto debemos decir, como cuestión previa, que el concepto de conducta o de acción en el DP[958] resulta fundamental a la hora de

[958] El advenimiento de la acción como presupuesto necesario para la aplicación de una sanción jurídico-penal constituye un pilar relevante del denominado derecho penal de acto opuesto al derecho penal de autor. La conducta personal, entendida como sinónimo de comportamiento humano, en cualquiera de sus formas posibles –acción positiva, omisión pura, u omisión impropia- es el primer elemento esencial del delito. *Sin acción, no hay delito posible*. En este sentido, se ha pronunciado el artículo II del Título Preliminar del CP que mencionada: *"Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta…",* está diciendo, en otras palabras, que solo la acción es la que permite "acceder" a la sancionabilidad en la vía penal, descartando cualquier otro medio para vulnerar los bienes jurídicos tutelados. La persona individual desempeña un papel que puede considerarse trascendental en Derecho penal, pero se trata de la persona como ser actuante y no –solo- como ser pensante. La acción de un derecho penal de acción no solo tiene por efecto descartar la posibilidad de desvalorar meras situaciones o estados de cosas, sino que presupone una específica técnica para individualizar el *hecho* objeto de sanción.
El elemento acción, en efecto, traduce en el plano dogmático el principio político de materialidad. El axioma "*nullu iniuria sine actione*" (o más concretamente *"nullum crimen sine actione"* o *"sine conducta"*) supone que el presupuesto de la pena no puede consistir en actitudes o estados de ánimo, sino que debe concretarse en acciones con proyección externa. El principio de materialidad de la acción o, su equivalente, el Derecho penal de hecho (principio de acto), se yergue así en núcleo del garantismo penal como presupuesto que da valor político y consistencia lógica y jurídica a las

sancionar penalmente en un cuerpo normativo. Así, el tipo penal de defraudación tributaria, en líneas generales, contempla como modalidades de la conducta dirigida a dejar de pagar los tributos mediante acciones fraudulentas. Ahora, la falsedad no solo puede afirmarse respecto de afirmaciones incompletas. Es evidente que para determinar qué hechos son tributariamente relevantes resulta necesario tener como referencia la normativa que regula el tributo[959].

En primer lugar, cabe apreciar que cualquiera de las modalidades establecidas ("engaño", "astucia", "ardid") recogidas en el tipo básico de defraudación tributaria puede ser apta para consumar el delito aludido. El propio tipo penal señala una cláusula abierta: "…u otra forma fraudulenta…", que confirma, una vez más, su contenido alternativo y amplio. Se trata entonces de un tipo penal alternativo cuya característica viene determinada por la técnica legislativa empleada por el legislador, quien ha recurrido a la enumeración de diversas modalidades comisivas y omisivas agrupándolas en un mismo tipo penal.

La jurisprudencia peruana a través de la ejecutoria suprema de fecha 24 de octubre de 2007 (Recurso Nulidad Nº 5457-07 expedido por la Segunda Sala Penal Transitoria) en su considerando tercero anota: "Que, el artículo uno de la Ley penal tributaria, Decreto Legislativo Nº ochocientos trece, sanciona la conducta del agente que …*en provecho propio o de un tercero, valiéndose de cualquier artificio, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, deja de pagar en todo o en parte los tributos que establecen leyes*, asimismo, en su artículo dos se menciona y se

---

demás garantías penales. El derecho capta las conductas humanas cuando estas se exteriorizan e interrelacionan, cuando vinculan a los sujetos; no se quedan en el esfera interna, que es impenetrable por el Estado. El modelo del Derecho Penal de hecho es el que *permite un desarrollo* de la legislación penal de corte *más liberal y más respetuoso* con los derechos fundamentales de la persona, por cuanto al menos impide que el Estado intente orientar los sentimientos o formas de ser de los ciudadanos prescindiendo del dato de que estos hagan.

[959] GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 617.

reprime las modalidades de defraudación tributaria, entre ellas, *a) ocultar, total o parcialmente, bienes, ingresos, rentas o consignar pasivos total o parcialmente falsos, para anular o reducir el tributo a pagar; b) no entregar al acreedor tributario el monto de las retenciones o percepciones de tributos que se hubieran efectuado, dentro del plazo que para hacerlo fijen las leyes y reglamentos pertinentes*, mientras que el artículo quinto, inciso "c", del citado dispositivo legal, castiga al agente, que estando obligado por las normas tributarias a llevar libros y registros contables,*realice anotaciones de cuenta, asientos, cantidades, nombres y datos falsos en los libros y registros contables*"".

En la Ejecutoria Suprema del 10 de marzo de 2010 (R.N. N°1895-2008-Lima) se aplicó el principio de prohibición de regreso (comportamiento neutral) en el delito de defraudación tributaria lo que posibilitó no imputarle complicidad al procesado. En efecto: "El procesado se habría encargado de la búsqueda de locales para el funcionamiento de las empresas de sus procesados, labor realizada en su condición de empleado, primero de asistente administrativo y luego de coordinador de ventas y finalmente en trabajos de publicidad y seguros, asimismo habría acompañado a diferentes personas en la búsqueda de locales; hechos que no configuran supuestos típicos del núcleo de delito de defraudación tributaria, en cuanto a una intervención a título de partícipe; por lo tanto, de lo antes acotado se advierte que el encausado no ha *definido su actuación como parte de un plan delictivo, esto es, que se motive de modo tal que el plan delictivo le sea cognoscible (Jakobs),* ni mucho menos que su ámbito de actuación socialmente adecuada haya sobrepasado los límites de la neutralidad de su rol de empleado; máxime si no se trata de una persona con los conocimientos especiales que le podrían generar responsabilidad, en tanto en su ámbito de actuación se manejan riesgos especiales, cuando, por el contrario, la búsqueda de locales para el funcionamiento de la empresa y el hecho de acompañar a diversas personas para la suscripción de los contratos correspondientes no fundamenta el plus de la defraudación tributaria al Estado, que conlleve una participación punible; por lo que conforme a las reglas de la prohibición de regreso, de la teoría de la imputa-

ción objetiva, no es posible atribuirle responsabilidad penal a título de cómplice secundario al procesado"[960].

4. La omisión impropia y el delito de defraudación tributaria

Cuando el tipo penal prescribe "*…deja de pagar en todo o en parte los tributos…",* estamos en presencia de los llamados delitos de omisión impropia. Como es sabido, el delito de omisión implica el no haber realizado la conducta debida que hubiera evitado el resultado producido. La tipicidad en el delito omisivo es una operación inversa a la del delito de comisión. En el de comisión debe subsumirse la conducta realizada en la descrita por el tipo. En el delito de omisión, la tipicidad se comprueba demostrando que la conducta realizada no se subsume en la descripción de la acción ordenada[961].

El comportamiento humano no se agota en el ejercicio activo de la finalidad, sino que tiene también un aspecto pasivo, constituido por la omisión. Este aspecto pasivo del actuar humano puede ser penalmente relevante. La conducta que sirve de base a la norma penal y que esta regula puede consistir, pues, tanto en un hacer, como en un no hacer[962]. Por tanto, en la dogmática penal se distingue los tipos penales según se expresen en la forma de la *infracción de una prohibición de hacer* o en la forma de una *desobediencia a un mandato de acción*. En el primer caso se trata de *delitos de comisión*; en el segundo supuesto de *delitos de omisión*[963].

En el CP se admite la distinción entre acción y omisión al señalarse que son "delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley" (Art. 11º CP). En la base de los delitos de omisión

---

[960] ROJAS VARGAS, Fidel. CP*: dos décadas de jurisprudencia*, Ara, Lima, 2012, p. 612.

[961] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Lecciones de Derecho penal*, p. 274.

[962] MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1996, p. 251.

[963] BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*, p. 223.

hay normas interpretativas que ordenan acciones cuya omisión puede producir resultados socialmente nocivos. Hay un mandato determinado ("prestar socorro" –Art. 126º CP–; "prestarle auxilio inmediato o dar aviso a la autoridad" –Art. 127º CP–; "prestación de un auxilio legalmente requerido" –Art. 378º CP–). El delito de omisión implica un no hacer la acción que la norma ordena, el realizar una conducta diferente a la exigida.

Los delitos impropios de omisión son las infracciones no tipificadas del deber de impedir un resultado de un delito de comisión (tipificado). Para su comprobación típica se requiere los mismos elementos del delito propio de omisión pero con dos añadidos adicionales: en primer lugar la producción del resultado de un delito de comisión, y en segundo lugar la tipicidad depende de la definición de la posición de garante en el caso concreto[964]. El caso del salvavidas que observa que su enemigo se está ahogando, y se queda observando hasta que se ahogue. El CP contiene una cláusula sita en la parte general para regular el delito impropio de omisión; así lo dispuesto en el Art. 13º que a la letra señala:

> *"El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:*
>
> 1. *Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuere propio para producirlo; y*
> 2. *Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer".*

Es aquella omisión que no está expresamente prevista, pero que se halla implícita en el tipo penal y que es deducida en función a la conducta activa descrita. Para realizar dicha deducción se ha de partir del resultado previsto en el propio tipo penal[965] y verificar si mediante di-

---

[964] BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*, p. 228.

[965] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2006, p. 654.

cha omisión se ha llegado a realizar el mismo resultado típico. En estos casos se dice que la omisión guarda "equivalencia"[966] o es intercambiable con la acción típica, por lo cual se la "considera apropiada para provocar la lesión o puesta en peligro prohibida por la norma"[967] . Además, se exige como añadido que el sujeto activo posea un deber especial, esto es que tenga el deber de proteger ese bien jurídico, lo que se conoce en la doctrina como "posición de garante".

La construcción técnico-jurídica del delito de defraudación tributaria encuentra su fundamento en un acto omisivo basado en el incumplimiento por parte del obligado a la contribución (contribuyente), de su obligación a contribuir con el sostenimiento de los gastos del Estado (por lo que se establece que esencialmente se constituye como un delito socioeconómico)[968]. Así, en el delito en defraudación tributaria, se puede evidenciar, cuando la misma norma penal tributaria, en el Art. 2º, señala las modalidades específicas, cuales son: *"ocultar"* los bienes, ingresos, rentas o consignar pasivos (inciso a.) y la de *"no entregar"* al acreedor tributario el monto de las retenciones o percepciones[969]. En ambos casos el legislador está señalando modalidades típicas omisivas para lesionar el bien jurídico. Esto tiene concordancia con lo expresado por profesor ABANTO VÁSQUEZ cuando sostiene que: "a) Ocultar, total o parcialmente, bienes, ingresos, rentas, o consignar pasivos total o parcialmente falsos, para anular o reducir el tributo a pagar".

---

[966] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*, p. 654.

[967] HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2005, p. 749.

[968] HUGO VIZCARDO, Silfredo. Op. Cit., p. 118.

[969] De conformidad con el Art. 172º del CT, entre las obligaciones formales de los deudores tributarios, tenemos: (a) De inscribirse o acreditar la inscripción; (b) De emitir y exigir comprobantes de pago; (c) De llevar libros y registros contables; (d) De presentar declaraciones y comunicaciones; (e) Comparecer ante la misma; (f) Otras obligaciones tributarias; (g) De permitir el control de la Administración Tributaria, informar y comparecer ante la misma.

Aquí el "ocultar" puede darse mediante una acción positiva o mediante una omisión, pero presupone siempre un "deber de declarar" exigible en concreto al sujeto. Entonces, teóricamente, el "ocultar" no tiene que presuponer necesariamente una comisión en el sentido jurídico-penal; todo dependerá de si el deber de declarar presupone una actividad del obligado o simplemente se presenta ante una actividad de la administración tributaria. En este último caso se podría dar la omisión impropia. Donde claramente solo puede haber comisión en la segunda modalidad: "consignar pasivos total o parcialmente falsos para anular o reducir el tributo a pagar"[970].

Como en el delito de omisión propia, en la omisión impropia el dolo presenta características peculiares: a) conocimiento de la situación generadora del deber de actuar (lo que implica conocimiento de la amenaza de producción del resultado y de la posición de garante), b) de las circunstancias que fundamentan la posibilidad de obrar, y c) si por lo menos ha sido indiferente respecto de la producción del resultado[971].

Se exige la presencia del dolo, que en principio requiere el conocimiento de la situación típica y de las posibilidades de intervención que el supuesto tiene y el sustraerse voluntariamente a pesar de ese conocimiento a la obligación de actuar[972]. Sin embargo, en doctrina se señala que el dolo requerido en el delito de omisión se diferencia del dolo del delito de comisión, planteándose el designarlo como un "cuasi-dolo"; el cual requerirá que el omitente haya tenido: a) conocimiento de la situación generadora del deber, y b) de las circunstancias que fundamentan la posibilidad de la realización de la acción[973].

---

[970] ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico*, *Parte especial*, Lima, p. 445.

[971] BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho penal*, p. 233.

[972] MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. Cit., p. 256.

[973] BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho penal*, pp. 232-233.

5. Entre el delito de estafa y el delito de defraudación tributaria

Otro aspecto que deber tenerse en consideración es que se aprecia puntos de conexión entre la comisión del delito de defraudación tributaria y el delito de estafa, ya que ambas figuras tienen como conducta delictiva maniobras defraudatorias. Así, el delito de estafa está previsto en el Art. 196º del CP en los siguientes términos: *"El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta..."*. Sin embargo, habrá que poner límites y diferencias, así en la estafa la conducta engañosa del autor apunta a inducir a error a la víctima para conseguir una disposición patrimonial perjudicial, mientras que en la defraudación tributaria la conducta fraudulenta del autor busca dejar de pagar una deuda (tributaria)[974].

Conforme a la tipicidad objetiva del delito de estafa, este se encuentra integrada por los siguientes elementos: i) engaño; ii) error; iii) acto de disposición; y iv) perjuicio patrimonial; es de precisar que todos los elementos típicos del delito encuentran entre sí una relación de causalidad, o como un sector de la doctrina denomina, una relación de antecedente a consecuente. Es de destacar que la ausencia de uno de los elementos antes citados o del orden en que deben presentarse, descarta de plano la tipicidad del hecho. En el caso del engaño, el profesor GÓMEZ BENITEZ ha considerado que este es "*toda aquella conducta tendente a generar error a otra persona, realizada con fines defraudatorios, e idónea para conseguirlo*"[975]. En esa medida solo a un engaño de esa naturaleza le es imputable el perjuicio patrimonial posteriormente acontecido. El engaño típico requerido para la verificación del delito de estafa, va más allá de la sola mentira, es necesario desplegar un engaño que sea suficiente e idóneo para poder inducir a error al sujeto pasivo

[974] GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 618.

[975] GÓMEZ BENÍTEZ, José. "Función y contenido del error en el tipo de estafa", en: *ADPCP,* 1985/II., Madrid, p. 338.

del delito, no todo engaño es suficientemente relevante para determinar una falsa representación de la realidad en un sujeto.

Así, la doctrina penal exige que el engaño típico presente algo más que una sola mentira. La doctrina francesa habla de la denominada *mise en scéne* o puesta en escena, esto es la elaboración de un aparato escénico mediante un hecho externo o la intervención de una tercera persona que dé crédito a las palabras. En Alemania, la doctrina se inclina por exigir la presencia de *actos concluyentes*[976] , es decir hechos objetivos que presenten una entidad suficiente para determinar una situación de error en la víctima.

6. La tipicidad subjetiva del delito de defraudación. Especial referencia al error sobre los elementos normativos

El Acuerdo Plenario Nº 2-2009/CJ-116 en relación a la parte subjetiva del delito de defraudación tributaria, tiene dicho lo siguiente: "Es un delito doloso –directo o eventual–, centrada en el conocimiento de la afectación del interés recaudatorio del fisco. Además, se requiere de un elemento subjetivo especial o de tendencia: el ánimo de lucro en provecho propio como de un tercero [LUIS ALBERTO BRAMONT-ARIAS TORRES/MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO: *Manual de DP – Parte especial*, Tercera edición, Editorial San Marcos, Lima, 1977, p. 478], aunque no hace falta que se alcance efectivamente".

El dolo es el conocimiento y la voluntad de la realización de todos los elementos del tipo objetivo. Por tanto, en el dolo están presentes dos elementos: el cognoscitivo (que se refiere al conocimiento que debe haber tenido el autor para obrar con dolo) y el volitivo (referido a la voluntad del agente para desarrollar la conducta). El verbo rector "defraudar" anuncia la existencia de un elemento subjetivo de injusto distinto del dolo: el ánimo de defraudar con la finalidad de obtener una ventaja patrimonial al no pagar la deuda tributaria. En otros términos,

---

[976] COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel y otros. *Manual de Derecho penal. Parte Especial,* T.II. Akal, Madrid, 1990, pp. 219-221.

la persona puede conocer y querer efectivizar los elementos del tipo, pero si no hay finalidad de defraudar, y tampoco se llega a menoscabar la administración tributaria mediante la violación del deber objetivo de cuidado, el comportamiento siempre doloso puede excluirse, según las circunstancias[977].

En este caso debemos decir que los delitos tributarios –especialmente el delito de defraudación tributaria– son solamente dolosos, descartándose la variable culposa (negligencia, imprudencia o impericia), que siempre derivará en el campo de las contravenciones o infracciones tributarias[978]. El defraudador tributario tiene que actuar con la debida conciencia y voluntad de realizar todos y cada uno de los elementos descritos en la objetividad del tipo penal, en este caso del artículo primero de la Ley penal tributaria. Así, la jurisprudencia peruana ha dicho lo siguiente: "Se ha llegado a acreditar la participación de la justiciable en la comisión del ilícito, toda vez que la acusada tuvo conciencia que la reducción del precio del bien inmueble tuvo como finalidad la elusión del pago del impuesto de alcabala (Exp. Nº 4618-97-Arequipa, Ej. Supr., 06.05.1998, 1º S.P.T., en: Jus-Jurisprudencia, Nº 1, Lima, 2007, p. 194)"[979].

Por otro lado, una de las dificultades que se presenta en los delitos tributarios se refiere a los conocimientos normativos que surgen de la pretensión tributaria. Así, señala la Corte Suprema de Justicia de la República "en cuanto a los procesados (…), si bien no se ha dado el mismo procedimiento administrativo (…) sin embargo su accionar por sí solo no es constitutivo de delito tributario, por cuanto han referido que desconocían de las actividades ilícitas tributarias en las que se encontraban involucrados sus coprocesados (…), habiendo expedido facturas en blanco, desconociendo el destino que el gerente y el subgerente iban

---

[977] PEÑA CABRERA, Raúl. *Todo sobre el ilícito tributari*o, p. 292

[978] SANABRIA ORTIZ, Rubén. *Derecho tributario e ilícitos tributarios*. p. 452.

[979] CARO JOHN, José Antonio. *Diccionario de jurisprudencia penal*, Lima, 2007, p. 169.

a dar a dichos documentos (R.N. Nº 442-05-Junín, Sent., 06.07.2005, 2º S.P.T., en: Jus-Jurisprudencia, Nº 1, Lima, 2007, p.194)[980].

Específicamente el problema se presenta cuando el error recae sobre el significado jurídico del elemento en cuestión –si es un error de tipo o un error de prohibición–; con lo cual estamos hablando del problema –siempre difícil– del error respecto de los elementos normativos en el DP, que son aquellos en los que se requiere una valoración y no son perceptibles solo mediante los sentidos. Tenemos elementos normativos de valoración jurídica como es el caso del término "apoderar ilegítimamente" presente en los delitos de hurto (Art. 185º CP) y robo (Art. 188º CP), el de "apropiar indebidamente" que exige el delito de apropiación ilícita (Art. 190º CP), prenda (delito de apropiación de prenda –Art. 193º CP–), o el hecho de dejar de pagar tributos (Art. 1º del Dec. Leg. Nº 813), etc.; es decir, la determinación del conocimiento del elemento típico "tributo que establecen las leyes" resulta de especial dificultad, pues constituye una remisión a leyes extrapenales cuyo conocimiento muchas veces es ajeno al propio contribuyente o responsable tributario.

Según GARCÍA CAVERO "…el elemento típico sobre el que recae el error no está constituido por las particularidades de las leyes tributarias, sino en el elemento típico dejar de pagar. En consecuencia, puede decirse que el error sobre el deber tributario no constituye un error de prohibición que elimine la culpabilidad, sino un error de tipo que excluye el dolo"[981]. Es de advertir que el conocimiento que se exige no es de una manera técnico-jurídico, sino que es suficiente una valoración paralela en la esfera del lego[982]. También se tienen elementos normativos de valoración empírico cultural, en los cuales el autor debe hacer una valoración de las circunstancias en las que actúa, ajustando dicha valoración al término medio de la sociedad[983], así tenemos el elemento

---

[980] CARO JOHN, José Antonio. Op. Cit., p. 169.

[981] GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 640.

[982] BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho penal*, p. 84.

[983] BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho penal*, p. 84

"obsceno" presente en el delito previsto en el Art. 183º del CP, el término "ganancia deshonesta" previsto en el delito de rufianismo regulado en el Art. 180º CP, entre otros.

No hay problema alguno cuando el error versa sobre el sustrato fáctico del elemento ya que en esta segunda hipótesis es evidente que el error ha de excluir el dolo y lleva aparejadas las demás consecuencias vinculadas al error de tipo[984].

El delito de defraudación tributaria exige además la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo. Se exige un ánimo de lucro específico en el deudor tributario. Este ánimo de lucro vendrá constituido por la finalidad de ingresar las cantidades debidas por el contribuyente al acreedor de la obligación tributaria, lucro conseguido por el sujeto activo mediante el engaño al Estado. Se admite tanto el comportamiento del sujeto activo en provecho propio como de un tercero. No se admite la modalidad culposa en el delito de defraudación tributaria –ni en las otras modalidades defraudatorias– desde que aquella posibilidad no se encuentra reconocida taxativamente en la Ley penal tributaria.

En la Ejecutoria Suprema del 10 de marzo del 2010 (R.N. N° 4574-2009-Lima) se ha recurrido a la ausencia de dolo respecto a la obligación de declarar ingresos como persona jurídica y también como persona natural. En efecto: "Si bien el informe sobre presunción de delito de defraudación tributaria realizado por la SUNAT constató el ocultamiento de rentas de primera categoría por concepto de arrendamiento de inmuebles, no se advierte que los encausados se hubieran valido de algún medio fraudulento para evadir sus obligaciones tributarias; por el contrario, en el presente caso se acreditó que se trató de un desconocimiento respecto a que no solo tenían la obligación de declarar sus ingresos como personas jurídicas sino también como personas naturales; no habiendo cumplido el titular de la carga de la prueba con aportar medios probatorios que determinen la intención dolosa de los procesados

[984] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico. Parte General*, Valencia, 1998, p. 184.

en el hecho ilícito investigado, no es posible desvirtuar la presunción de inocencia. Sin perjuicio de lo anotado, es necesario indicar que, si bien es cierto, el Acuerdo Plenario 2-2009, establece como doctrina legal en asunto de regulación tributaria que la única causal de exclusión de punibilidad está referida a la total cancelación de la deuda tributaria (lo cual no se da en el presente caso debido a que los encausados fraccionaron la deuda tributaria); también lo es que el fundamento o motivo por el cual este Supremo Tribunal considera que la sentencia absolutoria recurrida se encuentra conforme a ley, no está referida a la indicada excepción de punibilidad, sino a la ausencia de tipo subjetivo del delito imputado (dolo) en el accionar de los encausados"[985].

7. Los grados de desarrollo del delito de defraudación tributaria: consumación y tentativa

En cuanto a los grados de desarrollo del delito de defraudación tributaria podemos decir que se trata de un delito de resultado cuya consumación ha generado muy variadas opiniones doctrinales respecto al momento en que se produce. Así, para cierta fracción de la doctrina, aquella tiene lugar en el momento en que se obtiene el lucro económico pretendido. Para otros autores este lucro económico solo es seguro para el defraudador al cumplirse la prescripción tributaria[986].

La consumación está referida a la realización formal de un tipo, se presenta cuando está totalmente cumplido el tipo. Por ello la consumación en el delito de defraudación tributaria se produce en el momento en que debe hacerse entrar al fisco una suma de dinero determinada, y que, sin embargo, fraudulentamente no se ingresa o se ingresa una suma inferior a la esperada, produciéndose de esta manera el perjuicio económico al Estado (el mero incumplimiento de pago no es típico, lo contrario sería admitir la prisión por deudas)[987]. Concretamente se produce

---

[985] ROJAS VARGAS, Fidel. *CP: dos décadas de jurisprudencia*, p. 617.

[986] SAN MARTÍN LARRINOA, Begoña. Op. Cit., p. 188.

[987] HUGO VIZCARDO, Silfredo. Op. Cit., p. 119.

en el momento en que ha vencido el plazo para pagar el tributo sin que se haya cumplido con pagarlo o se haya hecho solo parcialmente[988]. En la mayoría de veces la defraudación tributaria se materializa en los procedimientos de fiscalización, recaudación o ejecución coactiva, la determinación del comienzo de ejecución del delito deberá atender a las particularidades de cada uno de estos procedimientos.

Por su parte SANABRIA ORTIZ al referirse específicamente a la consumación del delito de defraudación tributaria, señala que la misma es totalmente diferente al agotamiento del delito, pues, por este se entiende que el sujeto haya logrado todos sus propósitos delictivos, esto es, que en los delitos que tiene elementos subjetivos del tipo, de intención trascendente, también se haya logrado tal intención, siendo su realización indiferente para la correspondiente figura típica. El delito agotado es la denominada consumación material y se presenta cuando el sujeto alcanza el fin último que se había propuesto. Por ejemplo, en el delito de hurto se agotará el delito cuando el agente logra sacar provecho del bien mueble que se apoderó ilegítimamente. Para sancionar el delito no es necesario que se haya agotado, basta con su consumación; sin embargo, el agotamiento puede ser tomado en cuenta por el juzgador para la graduación de la pena (Art. 46º inciso 4 CP). Así, la defraudación tributaria al ser un delito de resultado se consuma en el momento en el que *el agente no paga en todo o en parte el tributo.* Sin embargo, en este tipo legal se ha mantenido a través de las diversas reformas un fin ultratípico expresado en el término en provecho propio o de un tercero. Resulta evidente que no se requiere para la consumación de este delito que ese provecho se haya materializado sino que existe anímicamente en el plan personal del autor[989].

La jurisprudencia penal peruana ha dicho que: "…siendo el caso que el delito de defraudación tributaria se consuma obedeciendo al criterio de la determinación de la obligación tributaria, cuando el deudor

[988] GARCIA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 671.

[989] SANABRIA ORTIZ, Rubén. Op. Cit., p. 525.

tributario verifica la realización del hecho generador de la obligación tributaria, señala la base imponible y la cuantía del tributo, por ello, se debe aplicar la ley vigente en la terminación del periodo de realización de la conducta criminal, y efectuándose el cómputo de ley, no opera la prescripción penal"[990].

---

[990] Véase, la decisión de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Recurso Nulidad N° 3938-2006, Cusco) del 14 de mayo de 2008 ("CONSIDERANDO: Primero: Que la parte civil al formalizar su recurso a fojas 1334 refiere que el Colegiado Superior debió considerar que el injusto penal de Defraudación tributaria cometido por el procesado Bocangel Letona es un delito continuado, toda vez que los eventos ilícitos se realizaron durante los años 1994, 1995 y 1996; agrega que en la obligación tributaria la determinación se efectúa por el propio contribuyente y su frecuencia depende de la periodicidad del tributo, para efectos de establecer el momento de la consumación del delito aludido; que en lo actuado se aprecia que si bien el evento delictivo empezó cuando se encontraban vigentes los Arts. 268º y 269º del CP de 1991, sin embargo la última conducta desplegada por el precitado se realizó cuando se encontraba vigente la Ley Penal Tributaria, es decir, el Decreto Legislativo Nº 813, el mismo que establece en sus Arts. 1º y 2º inciso a) una penalidad no mayor de 8 años; siendo el caso que el delito de defraudación tributaria se consuma obedeciendo al criterio de la determinación de la obligación tributaria, cuando el deudor tributario verifica la realización del hecho generador de la obligación tributaria, señala la base imponible y la cuantía del tributo, por ello, se debe aplicar la ley vigente en la terminación del periodo de realización de la conducta criminal, y efectuándose el cómputo de ley, no opera la prescripción penal. Segundo: Que se incrimina al acusado Bocangel Letona haber ocultado los ingresos de los ejercicios gravables de los años 1994 y 1995 por el arrendamiento de establecimientos comerciales del Centro comercial "Galerías Bocangel", realizando el último acto ilícito en el año 1996, cuando presentó sus declaraciones en lo que respecta al Impuesto General a las Ventas y al Impuesto a la Renta con fechas 24 de abril y 16 de diciembre de 1996. Tercero: Que en principio, para el análisis del presente caso se debe determinar cuándo comenzó y, más importante aun, cuando terminó el hecho punible cometido por el procesado Bocangel Letona; siendo así, se advierte a fojas 605, la denuncia interpuesta por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT contra el acusado, en la cual se advierte que se le imputa haber omitido el pago de los tributos por los ejercicios gravables que realizó durante los años mil novecientos noventa y cuatro y mil novecientos

Por otro lado, también debe analizarse el aspecto de la tentativa en el delito en cuestión, en líneas generales la tentativa es el acto que se extiende desde el momento en que comienza la ejecución hasta la con-

---

noventa y cinco, que comprende: a)Impuesto General a las Ventas de los años 1994 y 1995, y b) Impuesto a la Renta del año 1994 y 1995, más aún, señalan cual es el monto que adeuda el acusado, realizando un cuadro mes por mes de la obligación tributaria dejada de pagar. Cuarto: Que al respecto cabe anotar que no estamos ante un delito continuado, sino ante delitos individuales, los mismos que se cometen a la finalización del año fiscal, en este caso el 31 de diciembre de 1994 y el 31 de diciembre de 1995, o en todo caso la deuda se exige hasta el tercer mes del año siguiente, en este caso, marzo de 1996 -de conformidad con el Art. 29º del Código tributario vigente por Ley 25859-, por lo que el acusado omitió pagar el tributo el 31 de marzo de 1996, fecha en la que cometió el segundo hecho delictivo. Quinto: Que estando a lo antes anotado, son de aplicación los alcances de los Arts. 268º y 269º del CP –artículos ya derogados– que sancionaba con seis años de pena privativa de libertad como máximo, pero estando al tiempo transcurrido desde la fecha en que se cometió el último ilícito –31 de marzo de 1996–, han pasado nueve años por lo que dicho plazo se cumplió en exceso, y por lo tanto, en aplicación de los Arts. 80º y 83º del CP, ha operado la acción liberadora del Estado. Sexto: Que, en cuanto al argumento del representante de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT, de que ellos recién realizaron la Auditoría en abril de 1996, y que, por lo tanto el ilícito se cometió en esa fecha, ello carece de verdad porque el delito se cometió en el mes de marzo de 2006, y en todo caso, el ente recaudador solo verificó la comisión del mismo, no se puede dar como cierto esta afirmación; igualmente, respecto al argumento que se está frente a un delito continuado, el mismo que se extiende hasta la fecha en que estuvo vigente la Ley penal tributaria, al respecto cabe señalar que la figura del delito continuado es una ficción jurídica cuyo origen histórico se encuentra en la praxis jurisprudencial medieval, el de considerar que solo había un delito menor para evitar las graves penas que había que imponer a los autores del tercer delito menor; que para ello se debía tener en cuenta dos figuras, el objetivo –homogeneidad del bien–, y el subjetivo –la presencia de un dolo conjunto–; siendo así, queda claro que el origen del delito continuado es beneficiar al reo, excluir sus acciones delictivas del concurso real para evitar una pena mayor; tanto más si el articulo seis del CP señala que en caso de conflicto de leyes se debe aplicar la ley más favorable al reo ….").

sumación. En otras palabras la tentativa es la interrupción del proceso de ejecución tendente a alcanzar la consumación. Estas interrupciones pueden ser voluntarias (desistimiento) o accidentales. Específicamente la tentativa de defraudación tributaria es punible con base en el artículo 16° del CP, lo que quiere decir que si el autor ha emprendido los actos necesarios para no pagar el tributo y el paso se realiza por causas ajenas a su voluntad, podrá responder por tentativa.

8. El presupuesto indispensable para verificar la calidad de "deudor tributario" es el tributo

Un concepto que está relacionado con el tributo es el relacionado al *hecho imponible*, este último concepto coincide con el vocablo alemán "Tatbestand" que ha sido traducido a nuestro idioma como "situación de hecho", que significa una expresión muy sintética, y podría decir convencional, para un concepto que es mucho más amplio de lo que las dos palabras indican. La expresión es, quizá, errónea, porque habla de hecho cuando muchas veces se trata de un conjunto de hechos o circunstancias. Se usa para designar tanto la formulación en abstracto como a la formulación en concreto del mismo. Por ello consideramos preferible asumir la distinción propugnada que resulta muy precisa e inobjetable, se denomina a la descripción legal, hipotética de derecho, considerando por el contrario, al hecho económico y que se amolda a la hipótesis de incidencia. Esta distinción terminológica entre conceptos desiguales revela, en opinión de VILLEGAS, pulcritud metodológica y tendencia sistematizadora, lo que nuestro concepto permite evitar confusiones innecesarias al momento de determinar conceptos fundamentales en el campo del Derecho tributario.

Generalmente la referencia a este nivel es al tributo, que constituye -en líneas generales- una prestación pecuniaria, surgida de la ley, y a efectivizarse entre dos sujetos: por un lado el Estado como acreedor y por el otro el deudor o deudores obligados a cumplir con la prestación. Sin embargo, debemos precisar que preferimos señalar como objeto también a la obligación tributaria por cuanto existen otras obligaciones además del tributo. Todo tributo es una obligación tributaria, mas no toda obligación es un tributo.

Ahora bien, el concepto de tributo es el que da fundamento a la calidad especial del delito de defraudación tributaria. Así, el tipo penal contenido en el Art. 1º de la Ley penal tributaria (Decreto Legislativo Nº 813) prescribe: *"…dejar de pagar en todo en parte los* ***tributos****"*. Al respecto, el concepto "tributo" es considerado como un elemento normativo del tipo penal (no descriptivo), es decir, se necesita, mediante una valoración de naturaleza extra-penal la constatación de qué significa el concepto "tributo".

Debemos resaltar lo que señala la Constitución Política del Perú, que en su Art. 74° prescribe lo siguiente: *"Los tributos se crean modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo, en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo*". Del artículo citado podemos afirmar que la tributación se rige por el denominado principio de legalidad. El tributo solo nace y solo puede nacer de la ley. La ley procede del Congreso. El decreto legislativo también procede, en segunda instancia, del Congreso pues que este dicta la ley autoritativa[991]. Al respecto, SANABRIA ORTIZ cuando se refiere al tributo señala que este tiene como característica fundamental el aforismo latino *"nullum tributum sine lege"* que consagra el principio de legalidad tributaria, en virtud del cual, *no podrá existir tributo sin que previamente una ley así lo determine.*

Agrega que esta característica que Manuel DE JUANO llama "principio de legitimidad tributaria" es fruto de la evolución de esta ciencia, por ello debe aceptarse "como incuestionable en las naciones civilizadas que el tributo solo puede ser requerido, si una ley, o disposición con fuerza equivalente, así lo ha establecido"[992]. Así entonces, al amparo del principio de legalidad del tributo debe existir una ley que obligue al contribuyente a pagar un tributo determinado, de ello se desprende que

---

[991] CHIRINOS SOTO, Enrique / CHIRINOS SOTO, Francisco. *Constitución de 1993. Lectura y comentario,* Lima, 1994, p. 125.

[992] SANABRIA ORTIZ, Rubén. Op. Cit., p. 45.

la renta percibida por el contribuyente debe ser gravable según ley**.** Al respecto, el Título Preliminar (norma II) del CT menciona, respecto al concepto de tributo, lo siguiente: "Este Código rige las relaciones jurídicas originadas por los **tributos**. Para estos efectos, el término genérico tributo comprende:

a) Impuesto: Es el tributo cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa a favor del contribuyente por parte del Estado.

b) Contribución: Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales.

c) Tasa: Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente.

9. ¿El delito de defraudación tributaria como ley penal en blanco?

Existen autores que sostienen que el delito de defraudación tributaria no necesita del sistema remisiones a las leyes tributarias pues en la ley penal tributaria se contempla todos los pormenores de la conducta punible. Así, por ejemplo, GARCÍA CAVERO apunta lo siguiente: "… consideramos que el delito de defraudación tributaria cumple plenamente el mandato de certeza o determinación derivado del principio de legalidad penal. La falta de claridad o vaguedad de la normativa tributaria no tendría que afectar la determinación de la conducta prohibida realizada por la ley penal. De la lectura del Art. 1º de la ley de delitos tributarios se pueden derivar sin mayor inconveniente los elementos constitutivos de la defraudación tributaria, aun cuando algunos elementos puedan concretarse con base en particularidades de la regulación tributaria"[993].

[993] GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 625.

En consecuencia, en el caso del delito de defraudación tributaria, estamos hablando de lo que la ciencia penal ha denominado *"Ley penal en blanco o sistema de remisión"* supuesto absolutamente lícito, necesario y unánimemente reconocido por la doctrina penal, pues el DP debe nutrirse de conceptos, reglas y principios ya preestablecidos por una norma extra-penal, como en este caso, del Derecho tributario. Por ello, el concepto de tributo contiene tres elementos relevantes:

- Realización del hecho imponible,
- Existencia del hecho generador, y
- Precisión de la deuda tributaria.

CAPITULO XVI
LOS DELITOS FISCALES (III): EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA Y GANANCIAS ILÍCITAS

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

En este apartado quisiéramos proponer la respuesta a una problemática que día a día adquiere, al menos en el Perú, mayor notoriedad y que formulamos a través de las siguientes interrogantes: ¿Existe obligación tributaria en relación a la ganancia ilícita producto de la realización de delitos?; ¿comete delito de defraudación tributaria aquel que no declara el patrimonio ilícitamente obtenido? o, en términos más simples, ¿tiene el ladrón la obligación de declarar y tributar lo robado?

De modo inicial e intuitivo creemos que todos coincidiremos en que *el delito* y la *ganancia* proveniente del mismo no puede generar renta que deba ser declarada a la administración tributaria ni que se pueda extraer de la omisión de tal declaración consecuencias punitivas, entiéndase a título de defraudación tributaria. Este punto de vista, sin embargo, no tiene aceptación pacífica, ni en doctrina ni en jurisprudencia, que han llevado a afirmar e incluso procesar penalmente a quienes, tras revelarse judicialmente que ostentan fortunas provenientes del delito, se determine que no cumplieron con tributar sobre dicha ganancia.

En efecto, cierta doctrina y, fundamentalmente, la jurisprudencia tributaria considera que el patrimonio obtenido como consecuencia de la comisión de un delito es parte de la renta gravable y, por lo tanto, no declararlo a la administración tributaria puede generar repercusiones tributarias e incluso jurídico penales. Según este sector, dicho en términos coloquiales, *el ladrón que no declara lo robado, además de ser responsable por el robo, sería responsable del delito de defraudación tributaria*, descrito en el Art. 1° de la LPT.

Determinar si esto es correcto exige reconocer preliminarmente las líneas de argumentación planteadas por aquellos que consideran posible incorporar la ganancia delictiva como posible renta gravable, para analizar su capacidad de rendimiento y proponer, de ser el caso, las refutaciones que correspondan y plantear una propuesta de solución.

II. EL PATRIMONIO CRIMINAL COMO RENTA GRAVABLE

1. LA TESIS DE NO EXCLUSIÓN DEL IMPUESTO

Una primera argumentación a favor de incorporar el patrimonio criminal como renta gravable se sustenta en el denominado *principio de no exclusión del impuesto* que plantea, más o menos, lo siguiente: Si en la ley no existe declaración expresa de que la actividad criminal no es gravable se entiende entonces que sí lo es; o, en otros términos, lo que la ley no excluye de la tributación, se incluye. Se trata de una forma específica de aplicación de la máxima jurídica elemental: Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (Art. 2.24, literal a, de la Constitución Política del Perú).

Esta es, justamente, la línea seguida por nuestro Tribunal Fiscal en el caso de la familia de Nicolás Hermoza Ríos[994], en donde se considera

[994] Como consecuencia de las investigaciones realizadas tras la aparición del video Kouri-Montesinos, se descubrió que el ex Comandante General del Ejército Nicolás de Bari Hermoza Ríos había colocado en el sistema financiero suizo aproximadamente veintiún millones de dólares americanos diseminados en diversas cuentas a nombre de su esposa e hijos. Informadas las autoridades peruanas, se inició contra Hermoza Ríos y su familia una investigación preliminar fiscal en la que Nicolás Hermoza Ríos confesó haber cometido los delitos de peculado y cohecho pasivo propio. Abierto un proceso penal contra Hermoza Ríos y su familia en el subsistema de justicia penal anticorrupción, el Juez a cargo de la causa comunica a la SUNAT y aquella inicia un procedimiento de fiscalización tributaria a cargo de la Intendencia Regional Lima de la SUNAT que emitió diversas resoluciones de determinación de impuesto y de multa, motivando la interposición de reclamo por parte de los afectados, recurso que fue declarado infundado. Interpuesta la apelación ante el Tribunal Fiscal, este resolvió confirmando

como hecho imponible la actividad delictiva por él realizada (Exp. N° 850-4-2006). La opción a favor de considerar el comportamiento criminal como hecho imponible adoptada por el Tribunal Fiscal en la resolución del 16 de febrero de 2006 tiene como sustento normativo la interpretación literal del contenido del Art. 52° de la Ley del impuesto a la renta.

El Art. 52° de la Ley del Impuesto a la renta señala textualmente: "Se presume de pleno derecho que los incrementos patrimoniales cuyo origen no pueda ser justificado por el contribuyente o responsable constituyen renta neta no declarada por estos […] los incrementos patrimoniales a que hace referencia este artículo, no podrán ser justificados con donaciones que no consten en escritura pública o de otro documento fehaciente; tampoco podrán justificarse con utilidades derivadas de actividades ilícitas".

El Tribunal Fiscal entiende, a partir de una interpretación plenamente literal, que si la Ley del impuesto a la renta no excluye del concepto de renta gravable la ganancia producto del delito, esta se encontraría incluida y, por ello, la no declaración de la ganancia delictiva podría dar lugar a responsabilidad administrativa y penal.

Esta forma de interpretar la norma tributaria ha sido posteriormente consolidada por el Tribunal Constitucional peruano al resolver una acción de amparo constitucional interpuesta precisamente por el mencionado Hermoza Ríos. En sentencia del 09 de enero de 2008 (Exp. N° 04985-2007-PA/TC, Lima) señala que conforme a dicho dispositivo "lo relevante es que la administración tributaria determine si el administrado ha tenido un incremento patrimonial injustificado y, de ser así, que aquel no pretenda justificar dicho incremento sobre la base de actividades económicas ilícitas. Por ejemplo, una persona no podría justificar su incremento patrimonial con utilidades provenientes del tráfico ilícito de drogas" (fundamento jurídico décimo). Se agrega: "Es paradójico que, en el fondo, lo que hacen los demandantes es querer justificar su incremento patrimonial en un momento dado con actividades que en el

---

la resolución impugnada. Paralelamente, la SUNAT interpuso denuncia por defraudación tributaria contra los integrantes de la familia Hermoza-Quiroz.

proceso penal respectivo han sido consideradas como ilícitas, producto de la comisión de los delitos de peculado y del cohecho pasivo propio; lo cual está expresamente prohibido, como se ha visto, por el Art. 52º de la Ley del Impuesto a la Renta, cuando señala que el incremento patrimonial no puede ser justificado con utilidades provenientes de actividades ilícitas" (fundamento jurídico undécimo).

Lo realmente importante para el Tribunal Constitucional es la existencia de una disposición legal que señala expresamente que las actividades ilícitas no pueden justificar la renta no declarada a la administración, lo cual supone reconocer implícitamente que quien comete un delito está obligado a declarar a la administración tributaria la renta que proviene de aquel y a tributar sobre la misma.

Esta posición podría tener sustento en el caso ecuatoriano dado que ni el Código tributario ni la Ley de régimen tributario interno del Ecuador emiten consideración alguna al respecto. Ninguna de dichas normas declara expresamente que el ilícito penal no genera obligación tributaria respecto a las ganancias que de aquel deriven con lo cual, conforme a la tesis de no exclusión del impuesto, podría admitirse la tributación sobre el patrimonio proveniente del delito.

Sin embargo, como acertadamente sostiene Eduardo RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE[995], este planteamiento tiene una escasa capacidad de rendimiento pues más que identificar una posible solución al problema en cuestión tan solo identifica el núcleo de la problemática: La solución frente a la ausencia de declaración legal de exclusión del impuesto de la actividad criminal. En efecto, las normas tributarias han hecho mutis respecto al problema de las ganancias ilícitas provenientes del delito y esto es justamente lo que ha generado el problema bajo análisis, por esa razón recurrir al contenido de las normas tributarias para la solución de este problema sería mera tautología.

---

[995] RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo. "Ganancias de origen (ilícito) delictivo y fraude fiscal", en: Silva Sánchez, Jesús María (Director). *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial,* Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 219.

2. La tesis de la igualdad

Se ha propuesto también, con mayor imaginación pero igual ineficacia, que esta problemática puede resolverse recurriendo al principio de igualdad como criterio fundamentador de la tributación de la actividad criminal.

Al respecto, en una de las Sentencias más frecuentemente mencionadas (del 21 de diciembre de 1999, caso "Nécora"), el Tribunal Supremo español [ponente, Conde-Pumpido Touron] sostuvo: "El principio de igualdad ante el impuesto prohíbe un tratamiento fiscal más favorable a quien viole el derecho que a quien lo respeta, careciendo de todo sentido que, mientras una persona que tenga beneficios lícitos, por ocultarlos a la Hacienda sea sancionada por un delito fiscal, otra, receptora de beneficios de ilícita procedencia, no pueda ser castigada por la comisión de dicha figura delictiva". Lo que se postula a través de esta propuesta es que las normas constitucionales que fijan la obligación ciudadana de contribuir al sostenimiento público a través de los tributos no se dirige únicamente a los ciudadanos honestos, su ámbito aplicativo es general e incluye a los ciudadanos que cometen delitos.

Sin embargo, un planteamiento como el antes reseñado implica una comprensión incorrecta del contenido del principio de igualdad. El principio de igualdad plantea la obligación de una respuesta igual ante situaciones iguales. Esa igualdad de situaciones es justamente la que no existe entre la ganancia obtenida lícitamente y la obtenida ilícitamente[996], lo que provoca que resulte una postura inadmisible.

3. La tesis de la prevención general

La opción por considerar el patrimonio criminal como renta gravable y como consecuencia de ello considerarla objeto del delito de defraudación tributaria ha sido postulada también desde la perspectiva jurídico-penal recurriendo a argumentos relacionados a la idea de *pre-*

[996] RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo. Op. Cit., p. 222.

vención general y a los efectos de intimidación que la punición a título de defraudación tributaria puede generar.

Esta propuesta surge en España debido a la proliferación de actos de corrupción como causa generadora de la ganancia ilícita y respecto de los cuales se observaba un tratamiento excesivamente venial por parte de la legislación penal, lo cual afectaba los propósitos de prevención intimidatoria de la sanción penal. En efecto, la insuficiencia preventiva general de las consecuencias jurídicas previstas para los delitos de corrupción, la ausencia de una respuesta punitiva de cierta intensidad para estos supuestos provocaba la necesidad de recurrir a la defraudación tributaria como medio para lograr la punición más intensa que aquel tipo penal preveía[997].

Un planteamiento de este tipo, claramente instrumental, carece en la actualidad de toda utilidad. Los marcos penales que prevén actualmente los Estatutos punitivos en relación a la corrupción administrativa son bastante amplios e intensos, de modo tal que las necesidades de prevención general que sustentaban el uso instrumental de la defraudación tributaria han desaparecido.

III. EL PATRIMONIO CRIMINAL COMO RENTA *NO* GRAVABLE

Quisiéramos iniciar esta parte del trabajo identificando lo que será, a partir de este momento, la línea discursiva del mismo: En un *Estado de Derecho* la realización de un delito no puede considerarse un hecho imponible ni mucho menos puede suponer la realización del delito de defraudación tributaria.

Los argumentos a favor de la tesis que aquí defenderemos se ubican en dos planos (DP material y Derecho procesal penal) que terminan reconducidos, por razones exclusivamente metodológicas, al nivel del DP material.

[997] RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo. Op. Cit., p. 211.

Ahora bien, es necesario identificar los niveles en que puede ser respondida, desde la perspectiva del DP sustantivo y la teoría jurídica del delito, la pregunta antes formulada. Como debe recordarse, la calificación de una conducta como delito supone la verificación de la concurrencia de las categorías que conforman la teoría jurídica del delito: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. La posible solución a esta problemática se ubica tanto en las categorías destinadas al análisis y valoración del hecho, es decir, aquellas que buscan determinar la concurrencia de un *injusto penal* (tipicidad y antijuridicidad); como en aquellas que analizan y valoran al autor del ilícito (culpabilidad).

1. Solución a nivel de tipicidad

a) Cuestiones previas

A través de la tipicidad se analiza si, en efecto, el comportamiento atribuido realiza el tipo penal de un delito. En ese contexto, habría que analizar en este momento si aquel que no declara su patrimonio criminal y no tributa sobre el mismo realiza el tipo penal –objetivo y subjetivo– de defraudación tributaria.

El delito de defraudación tributaria, conforme al Art. 1° de la Ley penal tributaria (Dec. Leg. N° 813) define como la acción típica de la defraudación tributaria: "[….] deja[r] de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes [….]".

En línea similar se ubica la descripción de la defraudación fiscal del Art. 342° del Código tributario ecuatoriano que señala que aquella consiste en: "todo acto de simulación, ocultación, falsedad o engaño, que induce a error en la determinación de la obligación tributaria, o por los que se deja de pagar en todo o en parte los tributos realmente debidos, en provecho propio o de un tercero"[998].

[998] Sobre el mismo, ZAVALA EGAS, Jorge. *Delito tributario,* Kimkos impresores, Lima, 2008, passim; EL MISMO. "El delito de defraudación tributaria", en: *Revista Jurídica*, Nº 24, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil, 2008, p. 333.

El delito de defraudación tributaria, en el caso peruano, ha sido construido como una *ley penal en blanco*[999], en la medida que el ámbito de la prohibición jurídico-penal no se encuentra totalmente contenido en la ley penal, sino que requiere del complemento de una ley extrapenal, en este caso, la legislación tributaria que determina, finalmente, cuáles son los tributos que el ciudadano está obligado a pagar.

El caso ecuatoriano se produce una situación similar pues aunque el legislador ha decidido regular los delitos tributarios en el interior de su Código tributario, existe una remisión externa dado que resulta necesario recurrir al complemento que proporcionan otras leyes de carácter tributario, como la Ley de régimen tributario interno, para reconocer la prohibición penal en su integridad.

Ahora, la configuración de este tipo penal como una ley penal en blanco, no supone una dependencia absoluta de contenidos del DP a favor del Derecho tributario[1000]. Es cierto que el legislador, en este ámbito, ha instrumentalizado una política criminal al servicio de la política tributaria[1001]; así se entiende, por ejemplo, la –hasta hace poco existente– dependencia a la intervención de la administración tributaria para el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público o los exagerados marcos penales establecidos por la ley penal tributaria; sin embargo, es necesario proponer criterios dogmáticos que limiten y sirvan –como proponía Von LISZT– de *barrera infranqueable de la política criminal* tributaria. Sobre esto retornaremos más adelante.

---

[999] REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de Derecho penal económico. Parte general y Parte especial,* Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 618.

[1000] Así: CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de ganancia,* Dykinson, Madrid, 2001, p. 91; BACIGALUPO, Silvina. *Ganancias ilícitas y Derecho penal*, Ceura, Madrid, 2002, p. 120.

[1001] SÁNCHEZ- OSTIZ, Pablo. "Consideraciones sobre la evolución de la política criminal frente al fraude fiscal", en: Corcoy Bidasolo, Mirentxu (Directora). *Derecho penal de la empresa*, Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2002, p. 251.

b) Propuesta de interpretación racional del Art. 52° de la Ley del impuesto a la renta

Desde esa perspectiva, cualquier interpretación de los ámbitos penalmente relevantes relacionados con la tributación debe tener como guía los postulados constitucionales contenidos en el Capítulo IV del Título III de nuestra Carta Fundamental, destinado al régimen tributario y presupuestal. El Art. 74° constitucional precisa: "[…] El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de ley, y los de igualdad y respeto a los derechos fundamentales de la persona [….]".

En este orden de ideas es necesario dar una lectura distinta –de corte estrictamente constitucional– al Art. 52° de la Ley del impuesto a la renta que sirve de base normativa a quienes postulan una tesis distinta a la aquí defendida. El Art. 52°, en una suerte de presunción *iure et de iure*, impide justificar el incremento patrimonial con "utilidades derivadas de actividades ilícitas". Pues bien, debe recordarse que si bien todas las ganancias provenientes del delito son ilícitas no todas las ganancias ilícitas provienen del delito, recordándose que la noción de ilícito trasciende al ordenamiento jurídico penal –hay ilícitos civiles, ilícitos administrativos, etc.–[1002], en ese orden de ideas, creemos perfectamente compatible con el sentido literal del Art. 52° de la Ley del impuesto a la renta la exclusión de las ganancias ilícitas de origen delictivo, por un lado, porque el patrimonio criminal es divergente del sentido económico de la tributación y, en segundo lugar, porque de ese modo se evita que derechos fundamentales de la persona se vean afectados.

En efecto, el sentido económico de la tributación se relaciona al incremento del patrimonio del obligado tributario basado en un título jurídico y no en la mera posesión. Los tributos se imponen al ciudadano porque su capacidad contributiva, basada en su patrimonio sustentado jurídicamente, así lo determina. La realización de hechos delictivos que generan ganancias de carácter patrimonial no se incorporan verdadera-

[1002] RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo. Op. Cit., p. 237.

mente al patrimonio del delincuente, por ausencia de título jurídico y, por ello, no constituyen renta[1003].

En línea similar puede reconocerse el planteamiento del Tribunal Internacional de Justicia de la Unión Europea en la sentencia del 07 de julio de 1988 (Caso *Moll*). Este caso, en el cual la administración tributaria holandesa pretendía imponer obligaciones tributarias a un acto de comercialización ilegal de anfetaminas, el mencionado Tribunal sostuvo: "No nace ninguna deuda tributaria por el impuesto sobre el volumen de negocios en la medida en que esos productos no forman parte del circuito económico estrictamente vigilado por las autoridades competentes con vistas a ser utilizados con fines medicinales y científicos"[1004].

Este planteamiento interpretativo tiene, como veremos más adelante, muy importantes consecuencias prácticas.

Respecto a los efectos de esta propuesta interpretativa a favor de los derechos fundamentales del ciudadano ahondaremos más adelante cuando se aborden las cuestiones relacionada a la antijuridicidad.

c) Efectos jurídicos penales de la tesis interpretativa planteada: La atipicidad objetiva del comportamiento

La acción típica de la defraudación tributaria implica la elusión de los tributos señalados por la ley, lo cual implica que la existencia de una obligación tributaria por parte del autor es condición indispensable para la verificación del tipo penal objetivo del delito. Si no existe tributo que pagar al Estado no puede existir elusión tributaria.

[1003] BRAVO CUCCI, Jorge. "Incremento patrimonial no justificado y los fondos de origen ilícito: ¿Presunción o ficción?", disponible en: http://www.idtl.com.br/artigos/182.pdf.

[1004] SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. "El delito de defraudación tributaria", en: García Novoa, César & López Díaz, Antonio (Coords.). *Temas de Derecho penal tributario,* Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 92.

Se observa así que la propuesta de interpretación racional del Art. 52° de la Ley del impuesto a la renta incide directamente en el comportamiento típico pues, conforme se plantea, la exclusión de la ganancia derivada de la actividad delictiva significa la ausencia de tributo a eludir mediante el acto de defraudación y, con ello, la ausencia de la acción típica propia del delito de defraudación tributaria.

d) La solución a la cuestión mediante el tipo subjetivo del delito: El error sobre la existencia del tributo

Pero los argumentos a favor de la tesis aquí postulada se hallan no solo en el ámbito de la tipicidad objetiva en tanto que, desde la perspectiva de la tipicidad subjetiva, la teoría del error de tipo permite obtener resultados igualmente satisfactorios.

Como se recuerda, el Art. 14° del CP reconoce trascendencia al error sobre los elementos del tipo penal, eliminando, en caso de ser un error vencible sobre los elementos del tipo, el dolo, y en caso de ser un error invencible, toda la imputación subjetiva (dolo y culpa). Pues bien, el dolo del delito de defraudación tributaria exige el conocimiento, siquiera eventual, de la realización de los elementos del tipo objetivo del mismo, el cual tiene como uno de sus contenidos primordiales la existencia de un tributo. Esto significa que quien se equivoca o yerra sobre la existencia del tributo no actúa dolosamente[1005], conforme a las cláusulas contenidas en el Art. 14° del CP peruano.

La verificación de un estado de error sobre los elementos del tipo penal tiene en este caso consecuencias idénticas: La ausencia de tipicidad del hecho. Esto es así, se trate de un error de tipo vencible o un error de tipo invencible pues la posibilidad de sancionar el hecho a título de culpa, en caso de error de tipo vencible, queda neutralizada por la ausencia de un tipo penal tributario que reprima la defraudación tributaria culposa.

[1005] MAIWALD, Manfred. *Conocimiento del ilícito y dolo en el Derecho penal tributario*, traducción de Marcelo Sancinetti, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 19.

d) Contrasentidos subyacentes a la criminalización de la omisión de declaración de la ganancia delictiva

A nivel de tipicidad se puede adicionar como argumentos a favor de la tesis defendida, las profundas contradicciones que puede generar la criminalización de la elusión tributaria respecto a la ganancia delictiva.

Una de estas contradicciones viene conformada por los efectos que la calificación del patrimonio criminal como renta gravable tendría a nivel de la posible responsabilidad de los funcionarios estatales a título de receptación. En efecto, si se impone a los ciudadanos la obligación de declarar y tributar sobre los ilícitos penales en que aquellos incurran, estos tendrían que realizar pagos a favor de la administración tributaria que sus funcionarios tendrían por imposición legal que recibir, lo que llevaría a estos a realizar la acción típica del delito de receptación.

Una segunda contradicción del planteamiento aquí rechazado tiene que ver con los efectos que la consideración de la ganancia proveniente del delito como parte integrante del patrimonio que integra la renta gravable de la persona tiene sobre la idea de unidad del ordenamiento jurídico. Si, por un lado, el ordenamiento jurídico tributario califica a la ganancia proveniente del delito como parte del patrimonio de la persona y, por ello, le impone cargas tributarias, no puede luego sostener que esa ganancia en realidad deba ser extraída del dominio de su titular por provenir del delito. La regla lógica del tercero excluido resulta perfectamente aplicable a este caso: Bien la ganancia proveniente del delito forma parte del patrimonio de su autor o bien no lo integra. Esta situación, claramente controversial, es puesta en manifiesto por BRAVO CUCCI con estas palabras: "sostener que a través de un acto ilícito un sujeto puede incrementar su patrimonio, significa reconocer que el delito es un acto lícito y permitido por el ordenamiento jurídico, y que las normas tributarias prevén que el producto de un ilícito es una riqueza que fluye al patrimonio del delincuente, lo que es un evidente contrasentido"[1006].

[1006] BRAVO CUCCI, Jorge. Op. Cit., passim.

2. Solución a nivel de antijuridicidad

La antijuridicidad es una categoría del delito que pretende lograr una valoración jurídica global del comportamiento típico. A través de la antijuridicidad, y en busca de mantener la unidad del ordenamiento jurídico, se analiza si el comportamiento reprochado por el DP –y justamente por eso típico e inicialmente antijurídico [la tipicidad es indicio de antijuridicidad]– es permitido por otra rama del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, la acción de "matar a otro" es prohibida por el DP, sin embargo, cuando esa acción típica es realizada en acto de *legítima defensa* pierde el carácter antijurídico. Estas causas de permisión del comportamiento, que eliminan el carácter antijurídico del mismo, son conocidas como *causas de justificación*.

Dentro del catálogo de las causas de justificación reconocidas por nuestro CP, destaca el *ejercicio regular de un derecho.* Es allí donde creemos se encuentran las soluciones más limpias a nuestra propuesta y es allí también donde se entremezclan los criterios de DP y Derecho procesal penal.

2.1. *El ejercicio regular del derecho a no autoincriminarse como causa de justificación*

El derecho de defensa es seguramente una de las garantías más caras del ciudadano en el proceso penal. Se trata de una garantía que tiene diversas manifestaciones, dentro de ellas tiene un rol fundamental el *derecho a la no autoincriminación.*

La prohibición de autoincriminación, consecuencia del derecho a proponer una propia versión de los hechos objeto de imputación, supone, entre otras cosas, el derecho del imputado a guardar silencio o, incluso, el derecho a mentir, sin que de ello puedan extraerse consecuencia negativas contra el imputado. Pues bien, cabe formular la siguiente interrogante: Si el autor de un hecho punible corre el riesgo de ser sancionado penalmente por haber omitido declarar la ganancia generada por el hecho ilícito ¿No se está obligando al imputado a autoincriminarse? La respuesta es más que evidente: *Sí*.

Y aquí no entra en cuestionamiento el efectivo deber ciudadano de contribuir en el sostenimiento de las cargas públicas proporcionando información con relevancia fiscal y tributando en los casos legalmente previstos[1007], sino si aquel debe anteponerse al derecho a no declarar ni a autoincriminarse. El necesario juicio de ponderación de los intereses en conflicto debe resolverse irreversiblemente a favor del derecho a la presunción de inocencia[1008].

2.1.1. El ejercicio regular del derecho a no ser juzgado ni sentenciado dos veces por el mismo hecho (la garantía del *non bis in idem*)

En cuanto a los argumentos vinculados al *non bis in idem* estos pueden ser observados desde una doble perspectiva: El *ne bis in idem* en relación al hecho delictivo; y, el *ne bis in idem* en relación a la consecuencia accesoria de comiso de ganancias.

a) Vulneración al *non bis in idem* en relación al hecho delictivo.

La problemática en discusión supone la existencia de un hecho delictivo previo, lo cual supone que aquel ha sido objeto de una condena judicial o, al menos, es objeto de un proceso penal. De allí la relación de la cuestión en discusión con la garantía del *ne bis in idem* en tanto aquella supone, en su núcleo esencial, la prohibición de juzgamiento y de condena múltiple[1009].

[1007] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Deberes tributarios de colaboración y derecho a no autoinculparse: La postura del Tribunal Constitucional", en: El mismo. *Tiempos de Derecho penal,* Edisofer-BdeF, Buenos Aires, 2009, pp. 179-181.

[1008] De esta opinión, ADRIASOLA, Gabriel. "El delito de lavado de activos en Uruguay. Antecedentes, regulación actual y futura", disponible en: http://www.ciidpe.com.ar/area2/Lavado.%20Adriasola.pdf, p. 13.

[1009] REYNA ALFARO, Luis Miguel. *El proceso penal aplicado,* primera edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 257.

En este contexto, corresponde analizar si concurren los elementos propios del *ne bis in idem*: Identidad de persona, identidad de hecho e identidad de fundamento político criminal. Respecto a los dos primeros no existen mayores debates ni hesitaciones. Distinta situación se observa respecto a la identidad de fundamento.

El TC peruano ha referido sobre este punto que el fundamento de la persecución penal o administrativa (o mixta) se ubica en el bien jurídico. Esta doctrina jurisprudencial ha sido objeto de severa crítica por algunos autores al considerarse inexacta la apreciación de que el derecho administrativo sancionador no protege bienes jurídicos[1010], proponiendo más bien construir la cuestión del fundamento a partir del *contenido de injusto*.

Sin ánimo de introducirnos en la discusión y aunque resulte dogmáticamente incorrecto sostener que el Derecho administrativo sancionador no protege bienes jurídicos pues, como ha puesto ya en manifiesto MIR PUIG, existen *bienes jurídicos* en todo el ordenamiento jurídico[1011], creemos que no existe una divergencia sustancial entre la propuesta de interpretación del TC peruano y la formulada por la doctrina en mención pues es evidente que el contenido de injusto de un comportamiento no puede desligarse del bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico-penal, pues justamente este último determina el desvalor del resultado propio del comportamiento[1012].

En lo que aquí concierne, el fundamento político criminal de la represión del fraude tributario parece difícilmente compatible con aquellos delitos antecedentes que implican el enriquecimiento del autor

---

[1010] CARO CORIA, Dino Carlos. "El principio de ne bis in idem en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en: Reyna Alfaro, Luis/ Arocena, Gustavo/ Cienfuegos, David (Coords.). *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales,* Jurista, Lima, 2007, pp. 98-99.

[1011] MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general,* sétima edición, BdeF, Buenos Aires, 2005, p. 129.

[1012] MIR PUIG, Santiago. Op. Cit., p. 166.

que incrementan *ficticiamente* el patrimonio de aquel. En el caso "Hermoza-Quiroz" esto resulta más que evidente: El bien jurídico protegido penalmente mediante los delitos de peculado y cohecho pasivo propio –esto es, la funcionalidad adecuada de la administración pública– son claramente divergentes del bien jurídico protegido a través del delito de defraudación tributaria –sistema de ingresos y egresos del Estado o el patrimonio del mismo, según la concepción que se adopte–[1013]. El argumento de la vulneración al *ne bis in idem* en relación al hecho delictivo no resulta adecuado de cara a la solución que aquí se propugna. Sin embargo, la solución de la vulneración a la garantía del *ne bis in idem* fue utilizada por la Sala Penal Nacional en la sentencia del 06 de diciembre de 2007 al resolver el caso de la Familia "Hermoza-Quiroz".

b) Vulneración al *non bis in idem* en relación a la consecuencia accesoria de comiso de ganancias

El DP y el Derecho administrativo sancionador recurren a medidas de similar naturaleza frente a la ganancia proveniente del delito, lo que plantea un cuestionamiento de vulneración del *non bis in idem* dado que la ganancia indebida generada por el actuar delictivo tiene ya una respuesta en el sistema de consecuencias jurídicas del delito, conformada por el comiso de ganancias, por lo que la pretensión de gravar la actividad criminal y castigar su no declaración como defraudación tributaria significaría establecer una nueva sanción que afectaría la prohibición de ser procesado o sentenciado dos veces por un mismo hecho.

No puede negarse que entre ambas figuras –la consecuencia accesoria de comiso y la sanción administrativa tributaria de comiso– existe identidad estructural pues ambas implican el desapoderamiento patrimonial del sancionado; sin embargo, un examen a este nivel resulta claramente insuficiente, siendo necesario identificar la naturaleza jurídica de estas medidas.

[1013] En esa línea, la STC del 09 de enero de 2008 (Exp. N° 04985-2007-PA/TC, Lima).

Respecto al comiso de ganancias y de objetos, hay que recordar que nuestro sistema de reacción frente al delito reconoce las denominadas *consecuencias accesorias del delito*, entre las cuales se encuentra el comiso de ganancias y objetos (Art. 102° del CP), comiso de ganancias correspondientes a personas jurídicas (Art. 104º del CP) y las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas (Art. 105° del CP).

De las medidas de comiso previstas en el CP peruano, la que recae sobre las ganancias o beneficios obtenidos por las personas jurídicas, conforme a la regulación propuesta por el Art. 104° del CP, se trata de una medida de contención destinada a garantizar el pago de la reparación civil[1014], por lo que carecería de identidad con la sanción administrativa de comiso. Distinto es el caso del comiso previsto en el Art. 102º del CP peruano pues tiene fundamento preventivo basado en la peligrosidad objetiva que revisten los efectos del delito en la medida que pueden ser nuevamente utilizados con propósitos criminales[1015].

A nivel del Derecho tributario, el comiso constituye una de las sanciones previstas para la ilicitud tributaria cuyo contenido resulta idéntico al reconocido por el Art. 104° del CP: Privación definitiva de la propiedad de los bienes[1016]. Esta sanción, en tanto de naturaleza administrativa posee, al igual que las sanciones penales, naturaleza punitiva[1017].

[1014] REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de Derecho penal económico,* p. 204; CASTILLO ALVA, José Luis. *Las consecuencias jurídico- económicas del delito,* Idemsa, Lima, 2001, p. 242; GALVEZ VILLEGAS, Tomás & GUERRERO LÓPEZ, Susana. *Consecuencias accesorias del delito y medidas cautelares reales en el proceso penal,* Jurista, Lima, 2009, p. 117.

[1015] CASTILLO ALVA, José Luis. Op. cit., p. 198.

[1016] SANABRIA ORTIZ, Rubén. *Derecho tributario e ilícitos tributarios,* cuarta edición, Gráfica Horizonte, Lima, 1999, p. 418.

[1017] ALONSO GONZÁLEZ, Luis Manuel. "Las ganancias patrimoniales no justificadas y la lucha contra el fraude fiscal", en: García Novoa, César & López Díaz, Antonio (Coords.). *Temas de Derecho penal tributario,* Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 33.

A nuestro entender, la ganancia ilícita proveniente del delito[1018] no puede ser considerada como patrimonio respecto del cual exista obligación tributaria, en la medida que el comiso o la punición del hecho generador de la misma provoca la desaparición del interés estatal de penar la defraudación tributaria[1019]. Son, como se observa, cuestiones relacionadas a la *necesidad de pena* las que impiden la imposición de una sanción adicional a título de defraudación tributaria a aquel que en un proceso antecedente ha sufrido el comiso de las ganancias ilícitas.

En ese contexto, hay que recordar con Silvina BACIGALUPO[1020] que ya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado que la medida de comiso de ganancias, además de poseer un contenido reparador y preventivo, tiene carácter punitivo; así las cosas, la imposición adicional de sanciones penales tributarias supondría una clara vulneración a la garantía del *non bis in idem*. En efecto, en la sentencia del 21 de febrero de 1984 (caso *Ozturk*) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido la ausencia de diferencias sustanciales entre las infracciones y sanciones penales y las de carácter tributario[1021].

La exclusión del ámbito de lo penalmente relevante de la no declaración fiscal de las ganancias ilícitas exige que se haya determinado a través de resolución judicial firme que el patrimonio tiene, en efec-

---

[1018] No resulta posible sostener la distinción propuesta por PAREDES CASTAÑEDA respecto al tratamiento de las ganancias ilícitas que se mantienen en el ámbito de la ilicitud y las ganancias ilícitas que son posteriormente introducidas al tráfico jurídico en la medida que la legitimación del patrimonio es solo aparente: Si es el blanqueo del capital el que permite reintroducir el patrimonio ilícito al tráfico jurídico ¿No se plantea la misma interrogante?; véase, al respecto; PAREDES CASTAÑEDA, Enzo. *Los delitos tributarios en el Perú*, Cultural Cuzco, Lima, 2007, pp. 60-61.

[1019] BACIGALUPO, Silvina. *Ganancias ilícitas y Derecho penal*, p. 118.

[1020] BACIGALUPO, Silvina. *Ganancias ilícitas y Derecho penal*, p. 111.

[1021] ALONSO GONZÁLEZ, Luis Manuel. Op. cit., p. 33.

to, esa condición (ganancia ilícita). Si esto no ocurre quedan, desde luego, abiertas las posibilidades de recurrir a los tipos penales tributarios[1022].

3. Solución a nivel de culpabilidad

La tercera categoría del delito, la culpabilidad, propone también instrumentos capaces de proporcionar una respuesta negativa a la pretensión de gravar el patrimonio criminal.

La culpabilidad supone una suerte de reproche realizado por el ordenamiento jurídico- penal sobre el autor de un injusto penal (comportamiento típico y antijurídico). Dicho juicio de reproche funciona sobre el autor en la medida que, a pesar de tener la posibilidad de actuar conforme a la juridicidad, se enfrenta a aquella, la contradice. En este orden de ideas, la constatación de la culpabilidad del autor exige la verificación de la capacidad de culpabilidad (o imputabilidad), el conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta.

El conocimiento de la antijuridicidad es uno de los contenidos indispensables en la constatación de la culpabilidad. No es posible reprochar al ciudadano la realización de un comportamiento antijurídico si aquel desconocía que el mismo tenía tal condición. A ese nivel aparece el *error de prohibición*, regulado por el Art. 14º, último párrafo, del CP, como circunstancia que elimina el conocimiento de la antijuridicidad y con ello la culpabilidad.

El *error de prohibición* supone que el autor de un hecho típico y antijurídico desconoce, debido a un error de percepción o de valoración, que su actuación es contraria al ordenamiento jurídico. Esta problemática, trasladada al caso concreto implicaría que el autor debe conocer

---

[1022] CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de ganancia,* p. 92; similar: BACIGALUPO, Silvina. *Ganancias ilícitas y Derecho penal*, pp. 115-116; quien exige que el carácter ilícito de la ganancia quede "probado".

que, en efecto, está obligado a declarar a la administración tributaria la ganancia producto de los delitos cometidos.

Desde un criterio de racionalidad elemental, es evidente que la percepción del ciudadano le lleva a creer que no tiene obligación de declarar o, incluso en tal supuesto, a creer que la no declaración de la ganancia ilícita se encuentra amparada por la justificación que propone el *ejercicio legítimo del derecho de no autoincriminarse*, todo lo cual supone finalmente la existencia de un error que incide sobre el conocimiento de la antijuridicidad y elimina la culpabilidad del comportamiento, evitando que el comportamiento resulte sancionado con una pena.

A este nivel, conforme ha podido demostrarse, se pueden también solucionar satisfactoriamente los problemas planteados inicialmente.

IV. CONCLUSIÓN

Pese a la relevancia práctica del caso, verificada con la profusa jurisprudencia emanada de nuestro Tribunal Fiscal, consolidada por el TC, la cuestión específica de si existe el deber de tributar respecto a las ganancias provenientes del delito no ha merecido, con alguna importante excepción[1023], mayor atención de nuestra doctrina, dándose por sentada la cuestionable línea jurisprudencial del Tribunal Fiscal y del TC.

Frente a esta situación surge la interrogante del porqué siendo tan clara la solución a la problemática planteada ni la doctrina especializada haya advertido la grotesca situación ni la jurisprudencia haya propuesto soluciones alternativas que enmienden el despropósito que supone reprimir penalmente la no declaración de la ganancia ilícita a la administración tributaria.

En nuestra opinión, existen dos posibles explicaciones a este fenómeno. Una primera explicación al escaso y poco afortunado tratamien-

[1023] Especialmente, BRAVO CUCCI, Jorge. Op. Cit., passim.

to de este problema tiene que ver con la *juventud del DP tributario*[1024] que constituiría una disciplina aún en desarrollo y, por tanto, proclive a formular planteamientos incorrectos. Una segunda explicación se hallaría en la identificación de los sujetos de persecución penal tributaria y su condición de auténticos *enemigos*.

Aunque el nivel de desarrollo del DP tributario es aún incipiente, encontrar la explicación a la tendencia jurisprudencial antes acotada en dicha circunstancia sería pecar de ingenuidad, dada la selectividad con la cual ha actuado, por un lado, la administración tributaria, y, por otro lado, la administración de justicia penal.

En efecto, si observamos los involucrados en la práctica de considerar punible la no declaración a la administración tributaria de las ganancias ilícitas percibiremos que se trata de personajes vinculados a la red de corrupción administrativa propia del gobierno del ex presidente Fujimori. No se trata de una práctica generalizada de la administración tributaria o de la administración de justicia penal, sino que se trata de una persecución –administrativa y penal– de carácter selectivo, identificable como un auténtico *DP del enemigo*. El *DP de enemigos* constituye una anomalía dentro del sistema penal y supone una verdadera contradicción en términos[1025]. Su propósito es, como puede reconocerse en el presente estudio, demonizar a cierta clase de infractores ¿no volvemos acaso al DP de autor?[1026].

[1024] En este sentido, RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo. Op. Cit., p. 210.

[1025] CANCIO MELIÁ, Manuel. "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", traducción de Manuel Cancio, en: Jakobs, Günther & Cancio Meliá, Manuel. *Derecho penal del enemigo,* Civitas, Madrid, 2003, pp. 25-26.

[1026] CANCIO MELIÁ, Manuel, "¿'Derecho penal' del enemigo?", pp. 93-94.

CAPITULO XVII
LOS DELITOS FISCALES (IV): PAGO DE LA DEUDA TRIBUTARIA Y CANCELACIÓN DE LA SANCIÓN PENAL TRIBUTARIA[*]

[*] Actualización a cargo de Luis Miguel Reyna Alfaro.

I. GENERALIDADES.

La Ley N° 27038 de 31 de diciembre de 1998 –en adelante la Ley–, modificada y complementada por la Ley N° 27080 de 29 de marzo de 1999 y por el Decreto Legislativo N° 1113, modificatorio del T.U.O. del Código Tributario, del 05 de julio de 2012[1027], introdujo una serie reformas en el ordenamiento penal y procesal penal tributario.

a. El Art. 61º de la Ley modificó el Art. 189º del Código tributario. Asume los modernos lineamientos político criminales en materia fiscal, pues incorpora una exención de responsabilidad penal, cuando el agente regulariza su situación tributaria –pagando la totalidad de la deuda tributaria o, en su caso, devolviendo el reintegro indebidamente percibido o cualquier otro beneficio tributario– antes del inicio de la investigación fiscal o, a falta de esta, antes de que el Órgano Administrador del Tributo notifique cualquier requerimiento en relación al tributo y período en que se realizaron las conductas señaladas.

b. La Décimo Tercera Disposición Final de la Ley extendió los alcances del Art. 189º del Código Tributario para aquellos casos

[1027] Las diferencias entre los contenidos de la Ley N° 27080 y el Decreto Legislativo N° 1113 no resultan significativas conforme se destaca en http://www.caballerobustamante.com.pe/plantilla/2012/DL-1113_TUO.pdf.; también en https://www.pwc.com/es_PE/PE/tax-and-legal-report/assets/edicion-2012-07-04.pdf.

en que ya existe investigación administrativa, fiscal o judicial. Se trataba de una norma temporal que, según la modificación prevista en el Art. 1º de la Ley Nº 27080, rige hasta el 30 de junio de 1999. Se establece una exención de responsabilidad penal, conforme a los términos del Art. 189º pf. 2 del Código tributario, condicionada a que el órgano administrador del tributo establezca el monto a regularizar, se cancele dicho monto y se satisfagan las demás condiciones previstas en el D.S. N° 025-99-EF de 20 de febrero de 1999.

c. El Art. 62º de la Ley consigna en el último párrafo del Art. 192º del Código tributario, la obligación de notificación a cargo del órgano jurisdiccional. Este debe disponer, bajo responsabilidad, se notifique al órgano administrador del tributo, de todas las resoluciones, tales como el "informe pericial, dictamen del Ministerio Público e informe final" (sic) que se emitan durante la tramitación del proceso penal tributario.

d. La Décimo Primera Disposición Final de la Ley reformó el régimen de penas del D. Leg. N° 813, Ley Penal Tributaria, pues introduce en los tipos penales de los Arts. 1º, 3º, 4º y 5º de dicho D. Leg. la pena de multa, sanción que deberá imponerse conjuntamente con la de privación de libertad.

e. La Décimo Segunda Disposición Final de la Ley reforma el Art. 2º del D. Leg. N° 815 que establece el régimen de reducción y exención de pena por colaboración eficaz. La reforma precisa los alcances de la exclusión de pena para el cómplice o instigador del delito tributario cuando se sujete a este beneficio antes de la fecha de presentación de la denuncia por el órgano administrador del tributo, o a falta de esta, antes del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público. En ese caso, el beneficiado será considerado testigo en el proceso penal.

Con las reservas derivadas del transcurso del tiempo, las reflexiones que se proponen a continuación resultan, sin duda, de interés para el conocimiento y reconocimiento del poco explorado sector del Dere-

cho penal tributario. En algunas casos su actualidad es plena en otros, conforme se dejará constancia, tendrán un significado más referencial, a modo de antecedente legislativo.

1. La exención de responsabilidad penal para casos no investigados

Es habitual en el Derecho comparado, como apuntan BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y FERRÉ OLIVÉ, dotar de efectos excluyentes de responsabilidad penal, o al menos atenuatorios, a la satisfacción de la deuda tributaria por parte de quien ha defraudado, siempre que concurran una serie de requisitos, normalmente la espontaneidad[1028]. El Art. 189º del Código tributario asume esta institución y está destinado a satisfacer el interés recaudatorio estatal, obviamente luego de la consumación del delito tributario. La redacción de la norma permite extender la impunidad o cancelación de pena a todos los involucrados en el hecho (cómplices e instigadores), lo que es conforme con la noción de merecimiento y necesidad de pena, puesto que dejar impune al sujeto principal, es decir al autor que tiene el dominio del hecho, y sancionar solo a quien ha tenido una intervención secundaria o accesoria, o sea el cómplice o instigador, lesionaría los principios de igualdad y proporcionalidad penal.

A diferencia del modelo español (Art. 305.4 del CP español de 1995), que claramente establece una excusa absolutoria de DP material, la regulación nacional aparentemente instaura una causal de improcedencia de la acción penal, propia del Derecho procesal penal, pues el Art. 189º del Código tributario señala que "no procede el ejercicio de la acción penal... ni la formulación de denuncia penal... cuando se regularice la situación tributaria"[1029]. No obstante, al preverse la imposibi-

---

[1028] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio & FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Todo sobre el fraude tributario*, Praxis, Barcelona, 1994, p. 108.

[1029] El Decreto Legislativo N° 1113 reemplaza la expresión "formulación de denuncia penal" por el de "comunicación de indicios de delito tributario por parte del órgano administrador del Tributo". Este cambio responde al

lidad absoluta de perseguir penalmente el hecho, en una investigación actual o futura; es una cláusula de regularización tributaria *ex post factum* (posterior al hecho punible), con efectos liberatorios de la sanción penal.

La norma concibe la causal desde una perspectiva exclusivamente objetiva. La regularización debe producirse, en principio y de modo general, antes de que la administración tributaria notifique al obligado cualquier requerimiento en relación al tributo y período en que se realizaron las conductas señaladas. Ello significa, a decir de MORALES PRATS, que la regularización ha de haberse llevado a cabo en forma voluntaria[1030]; la voluntariedad se mantiene en tanto se regularice la situación tributaria antes de la notificación de actuaciones de fiscalización.

Ahora bien, la norma contiene una incorrección técnica y político criminal. Permite la exención de responsabilidad penal cuando la regularización se realiza antes de que se inicie la correspondiente investigación preliminar fiscal del Ministerio Público, lo que en nuestro sistema jurídico implica que el denunciado ha sido previamente objeto de una investigación administrativa y de procedimientos de fiscalización, dado que el delito tributario es semipúblico (solo es perseguible previa denuncia de la SUNAT) y no público como en España (perseguible de oficio por el Ministerio Público sin necesidad de denuncia del órgano recaudador). La base de la norma española es la persecución de oficio del delito, de ahí que prever la exención de pena como consecuencia de una regulación tributaria antes de la denuncia del Ministerio Público tiene coherencia, pero pierde sentido en el texto del Art. 189 de nuestro Código Tributario, es decir obviando el contenido del Art. 8º de la Ley penal tributaria que concentra en la SUNAT el ejercicio de la acción

---

hecho de que es la derivación del Informe de Indicios de Delito Tributario el mecanismo a través del cual la administración tributaria revela al Ministerio Público la existencia de una *causa probable* de comisión de delito tributario.

[1030] En: QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo y otros. *Comentarios a la parte especial del Derecho penal Español*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 759.

penal. Ahora, como se mencionó anteriormente, el Decreto Legislativo N° 1113 supuso el reemplazo de la expresión "formulación de denuncia penal" por el de "comunicación de indicios de delito tributario por parte del órgano administrador del Tributo" en el artículo 189° del Código Tributario, lo que implica una mejora de la redacción previa. Por lo demás, la investigación fiscal es una de las tres posibilidades que tiene el Ministerio Público ante la noticia criminal hecha valer por la administración tributaria, pues muy bien puede archivar las actuaciones, formalizar la denuncia penal (antiguo CdPP) o formalizar la investigación preparatoria (CPP).

Finalmente, la ley precisa que la exención de pena alcanza a otros delitos instrumentales o mediales, tales como "... las posibles irregularidades contables y otras falsedades instrumentales que se hubieran cometido exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización". De no haber sido así, los efectos liberatorios se hubieran comprometido o mermado seriamente, pues el delito tributario está asociado por lo general con actos de falsedad material o manipulaciones contables.

2. Cancelación de la pena hasta el 30 de junio de 1999 para casos ya sujetos a investigación

La regulación penal tributaria tiene en cuenta aquellos casos que se encontraban fuera de los alcances del Art. 189º del Código tributario, debido a que ya existía una investigación administrativa, fiscal o judicial en torno al ilícito penal tributario. En ese sentido, la Décimo Tercera Disposición Final de la Ley N° 27038, modificada por el Art. 1 de la Ley N° 26080, excepcionalmente hizo extensivo el efecto eximente de pena del Art. 189º del Código tributario, hasta el 30 de junio de 1999. Según el Art. 2º del reglamento de estas normas, el D.S. N° 025-99-EF, para la exención de pena el beneficiado debe ser sujeto de investigación administrativa por parte del órgano administrador del tributo, de investigación fiscal a cargo del Ministerio Público, o encontrarse procesado penalmente pero siempre que el Fiscal Superior no haya formulado acusación hasta el 31 de diciembre de 1998, según especifica el Art. 2º de la Ley N° 27080.

Conforme precisa el Art. 3.1 del reglamento, para acogerse a la cancelación de la pena deben presentarse las declaraciones originales o rectificatorias y efectuar el pago total del monto a regularizar. Por excepción se admitía el pago del 70% si la diferencia era objeto de impugnación por parte del contribuyente o respecto del monto determinado por la SUNAT, tratándose de impuestos autoliquidados por el contribuyente fiscalizado. Este debía presentar además una solicitud conforme al formato aprobado mediante la Resolución de Superintendencia N° 024-99/SUNAT de 27 de febrero de 1999, en la cual debía precisarse, según exige el Art. 3.2 del reglamento, "los hechos que constituyen delito de defraudación tributaria y que originan el monto" a regularizar. A fin de superar cualquier duda en torno a si este "reconocimiento de responsabilidad penal" se opone a la garantía de no incriminación, prevista en el Art. 8.2.g de la Convención Americana de Derechos Humanos, debía entenderse como suficiente que el contribuyente detalle solo los hechos que constituyen la base de la posible imputación delictiva.

En cuanto al órgano que debía declarar el "beneficio", si el hecho solo era objeto de fiscalización administrativa el Art. 4º pf. 5 del reglamento señala que deberá realizarla la SUNAT mediante Resolución de Intendencia u otra de rango similar. Pero cuando la investigación corre a cargo del Ministerio Público o del Poder Judicial, son estos quienes deben declarar el beneficio, previo informe del órgano recaudador, según disponen los Arts. 6º y 4º *in fine* del reglamento. En todo caso, el Art. 3º de la Ley N° 27080 ha especificado que el órgano jurisdiccional declarará la improcedencia de la acción penal contra el partícipe cuando el o los contribuyente(s) vinculado(s) con él en la comisión de delito tributario cumpla(n) con los requisitos para su acogimiento, sin necesidad que dicho partícipe presente solicitud alguna.

3. La pena de multa

La reforma consideró oportuno endurecer el régimen sancionador penal, para lo cual no se ha dispuesto el aumento de las penas privativas de libertad del D.Leg. N° 813, sino la incorporación de penas de multas que deben imponerse conjuntamente con las privativas de libertad.

Los delitos que contemplan pena de multa son el tipo básico de defraudación (Art. 1º del D. Leg. 813) y sus respectivos tipos privilegiado y agravado (Arts. 3º y 4º del D. Leg. 813), y el delito contable (Art. 5º del D.Leg. 813). Según la gravedad del hecho y el tipo delictivo, la pena puede extenderse de 180 a 1460 días-multa.

Esta decisión legislativa merece una valoración positiva solo si es posible atribuirle a las penas pecuniarias una función preventiva o disuasoria. Los actuales estudios criminológicos sobre la criminalidad de las empresas, han puesto de relieve que las sanciones de naturaleza patrimonial, y específicamente la multa, plantean serios problemas desde el punto de vista preventivo. Si se entiende que la criminalidad tributaria opera en mayor medida a través de personas jurídicas que ofertan bienes y servicios, una estrategia empresarial para atenuar el impacto de la multa puede consistir en considerarla como "costo de funcionamiento" y distribuirlo entre los consumidores. De otro lado, si la multa que puede imponer la autoridad administrativa ante una infracción tributaria –que en algunos casos puede alcanzar el 100% del tributo omitido– puede ser mucho mayor que la que puede sentenciar el Juez penal, entonces la eficacia preventiva de la sanción penal pecuaniaria no está garantizada.

4. La notificación al órgano administrador del tributo.

El Art. 192º del Código tributario no solo reconoce a la administración tributaria la facultad discrecional de formular denuncia penal ante el Ministerio Público, sino que además impone una carga al órgano jurisdiccional que resultó innovadora en su momento. Esta fórmula se mantiene en la actual redacción del precepto sub examine.

En efecto, el art. 192º del Código tributario impone al Juez la obligación de notificar al órgano administrador del Tributo las resoluciones emitidas en el curso del proceso penal, incluyendo informes periciales y los informes finales del Fiscal Provincial y del Juez penal. Es, sin embargo, reconocer ciertos posibles inconvenientes derivados de la interpretación restrictiva de esta disposición.

La lógica del derecho de defensa supone que las partes procesales –incluyendo a la SUNAT- puedan tener acceso de las piezas procesales más significativas de cara a la articulación de los argumentos de defensa. Desde esa perspectiva, la referencia expresa a la obligación del Juez de correr traslado a la SUNAT de las piezas procesales pertinentes además de resultar una obviedad hoy en día, podría generar la percepción incorrecta de que estamos frente a un derecho cuyo alcance solo favorece al órgano administrador del tributo y, con ello, se generaría el riesgo de desequilibrio procesal, inconsistente con el principio de igualdad de armas.

5. La participación del colaborador

El D. Leg. N° 815 es una de las varias normas que integran el DP premial nacional. En el DP tributario se reconoce un procedimiento por colaboración eficaz, cuya nota singular es que al partícipe se le puede excluir de pena (el autor solo puede obtener el beneficio de la reducción de pena), en tanto brinde información privilegiada que permita evitar la comisión del delito en que interviene, promover su esclarecimiento si está consumado o procurar la captura de los que han intervenido en su comisión.

El citado Decreto legislativo permite la incoación de este procedimiento especial según las fases de su persecución. La ley analizada introduce una simple precisión, que resulta evidente: si el acogimiento al beneficio se produce antes de la presentación de la denuncia del órgano administrador del tributo y el partícipe obtiene la exención de pena, será considerado como testigo en el proceso penal que se instaure merced a su colaboración eficaz. Esta norma es redundante toda vez que si el proceso penal se instaura en virtud de determinadas informaciones, quien las emitió debe someterse al contradictorio, pues de otra forma lesionaría el derecho de defensa del imputado y la garantía genérica del debido proceso.

CAPITULO XVIII
RÉGIMEN LEGAL DEL LAVADO DE ACTIVOS (I): EL TIPO BÁSICO DEL LAVADO DE ACTIVOS

I. GENERALIDADES

Tras casi diez años de expansiva aplicación la Ley N° 27765 de 27.6.02, la llamada "*Ley penal contra el lavado de activos*", ha sido derogada. Toma su lugar el nuevo Decreto Legislativo N° 1106 denominado "*De lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado*", publicado el 19.4.12 y vigente desde el día siguiente como señala la Primera Disposición Complementaria Transitoria. Ello con excepción de la Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria de dicho Decreto que entró en vigor a los 60 días, y que ha reformado la Sexta Disposición Complementaria Transitoria y Final de la Ley N° 28306 de 29.7.04, relativa a la "*Obligación (administrativa) de declarar el ingreso y/o salida de dinero en efectivo*"[1031].

Sin una exposición de motivos oficial no se puede conocer la "*voluntad del legislador*". Los considerandos del D. Leg. N° 1106 y su fuente, el art. 2.b de la Ley N° 29815 de 22.12.11 de delegación de funciones en el Poder Ejecutivo para legislar sobre la "*Lucha contra la criminalidad asociada a la minería ilegal*", y en concreto, sobre la "*Investigación, procesamiento y sanción de personas vinculadas con el lavado de activos y otros delitos relacionados al crimen organizado vinculados a la minería ilegal, mediante la modificación de la normativa sobre las funciones y competencias de la Policía Nacional del Perú y normativa procesal penal*", conducen a sostener que la reforma es un complemento esencial del sistema de

[1031] Texto entre paréntesis fuera del original.

prevención y persecución del delito de minería ilegal[1032], en la medida que las grandes ganancias, productos y efectos de este ilícito[1033], necesitan un destino que sólo el lavado de activos se lo puede dar. Si a ello sumamos que, como exponen diversos enfoques criminológicos, la minería ilegal ha profundizado en nuestro país otros fenómenos delictivos como la trata de personas con fines de explotación y servidumbre, la corrupción de funcionarios para garantizar la impunidad administrativa y penal, y evidentemente la evasión y el fraude tributario por parte de estos mineros ilegales, existen en consecuencia sobradas razones para adecuar la regulación del lavado de activos a estas nuevas manifestaciones de la criminalidad organizada local.

Lo anterior no enerva las dudas de constitucionalidad que el extenso contenido del D. Leg. N° 1106 despierta. No solo tenemos toda una Nueva Ley Penal contra el Lavado de Activos, sino un conjunto de reformas en el estamento que lo precede, es decir en el Sistema de Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (el llamado SPLAFDT). Y ello, como ya es lugar común en los últimos 30

[1032] Regulado como delito ambiental, concretamente como una manifestación del delito de contaminación, dada la ubicación sistemática que el D. Leg. N° 1102 de 29.2.12 otorgó a los tipos de los arts. 307-A a 307-f del Código Penal. El glosario de las nuevas 40 Recomendaciones del GAFI, "*Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación*", identifica a los delitos ambientales como posible delito fuente para el lavado de activos.

[1033] Según un reciente estudio de Macroconsult, las exportaciones de oro proveniente de la minería ilegal alcanzaron en el año 2011 la cifra de US$1.793'000.000,00, frente a los US$1.208'000.000,00 del narcotráfico en el mismo año, Vid. El Comercio de 27.5.12, p. a18. Esta cifra ha sido ampliada por los autores de este estudio, se considera que en el año 2011, "*el valor de las exportaciones de procedencia Ilegal habría llegado a cerca de US$ 2,900 millones. De ellos, cerca de US$ 1,100 millones proceden de la explotación aurífera de Madre de Dios, según cifras del MEM. Los otros US$ 1,800 millones provendrían del resto del país (…), ésta actividad informal alberga a cerca de 100,000 trabajadores directos y otros 400,000 trabajadores indirectos*", Vid. http://blog.macroconsult.com.pe/contenido/mineria/la-mineria-ilegal-del-oro#more-1907

años, excede largamente las facultades delegadas previstas en la Ley N° 29815, aunque conforme a la práctica parlamentaria también de los últimos años, es poco probable que el Congreso de la República controle la estricta sujeción del Poder Ejecutivo a los términos de la delegación.

II. ANTECEDENTES

Descontando los aspectos relativos al tipo subjetivo que se abordarán más adelante, la nueva Ley mantiene en el plano del tipo objetivo la sistemática heredada desde la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 20.12.88, la llamada Convención de Viena[1034], que tipifica el blanqueo de capitales diferenciando los actos de conversión y transferencia, frente a los de ocultamiento y tenencia[1035], aunque circunscripto a ese ámbi-

---

[1034] Aprobada por el Perú mediante la Resolución Legislativa N° 25352 de 26.11.91, y ratificada el 12.12.91.

[1035] "*Artículo 3 - Delitos y sanciones*

1. *Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente; (…)*

b) *i) la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.*
ii) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos.

c) *Con sujeción a sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico.*
i) la adquisición, la posesión a la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos (…)".

to del tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas como delito fuente. La Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo[1036] adoptada el 15.11.00, mantiene esa diferencia[1037], pero con una perspectiva más amplia porque extiende el concepto de delito fuente, o "*delito determinante*" como lo llama la Convención, para incluir otros ilícitos graves como la corrupción, la obstrucción a la justicia y las múltiples formas de delito de organización[1038].

[1036] Aprobada por el Perú mediante la Resolución Legislativa N° 27527 de 8.10.01 y ratificada mediante el D.S. N° 088-2001-RE de 20.11.01.

[1037] *"Artículo 6. Penalización del blanqueo del producto del delito*

1. *Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:*

a) *i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;*

ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;

b) *Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico:*

i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito (…)"

[1038] *"Artículo 6. Penalización del blanqueo del producto del delito (…)*

2. *Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo:*

a) *Cada Estado Parte velará por aplicar el párrafo 1 del presente artículo a la gama más amplia posible de delitos determinantes;*

b) *Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes todos los delitos graves definidos en el artículo 2 de la presente Convención y los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 8 y 23 de la presente Convención. Los Estados Parte cuya legislación establezca una lista de delitos determinantes incluirán entre éstos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados;*

c) *A los efectos del apartado b), los delitos determinantes incluirán los delitos*

Durante sus primeros diez años la legislación penal contra el lavado de activos no adoptó esta sistemática. El D. Leg. N° 736 de 12.11.91, siguiendo el modelo de la Ley argentina N° 23.737 de 21.9.89, introdujo por primera vez en nuestro sistema la penalización del blanqueo de capitales derivado del tráfico ilícito de drogas, mediante el art. 296-A del Código Penal que reprimía los actos de conversión, transferencia y ocultamiento de bienes derivados del TID, y el art. 296-B que sancionaba el lavado de dinero cometido a través del sistema financiero o mediante procesos de repatriación de capitales. Estas normas fueron prontamente derogadas por la Ley N° 25399 de 10.2.92, y mediante la Ley N° 25404 de 26.2.92 el lavado de activos, siempre derivado del TID, pasó a ser considerado como una modalidad agravada del delito de receptación patrimonial, y se introdujo como pf. 2º del art. 195 del CP. Tal regulación tampoco trascendió, en menos de dos meses la Ley N° 25428 de 11.4.92 la derogó, y reinstauró los arts. 296-A y 296-B en el Código Penal con similar redacción a la prescrita por el D. Leg. N° 736 de fuente argentina como se ha señalado[1039]. Las posteriores reformas del art. 296-B, a través de la Leyes N° 26223 de 21.8.93 y N° 27225 de 17.12.99, no cambiaron esta sistemática.

Las limitaciones de este régimen penal que no tuvo como fuente directa las Convenciones de Viena y de Palermo, y en particular por la limitación del blanqueo de capitales a los activos derivados del tráfico ilícito de drogas, dio lugar a una serie de propuestas prelegislativas, entre las que destacó el "*Anteproyecto de Ley que modifica la legislación penal en materia de tráfico ilícito de drogas y tipifica el delito de*

---

cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí (…)".

[1039] PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú*, Idemsa, Lima, 1994, pp. 54-62.

lavado de activos", de la Comisión encargada de revisar la Legislación Antidrogas creada mediante la Resolución Ministerial N° 021-2001-JUS[1040]. El Anteproyecto propuso el tratamiento del blanqueo de activos como una modalidad de los delitos contra la administración de justicia, "*Considerando que la finalidad principal en este delito es asegurar la incolumidad de las ganancias o bienes obtenidos ilícitamente*"[1041], y adoptó la sistemática impulsada desde la Convención de Viena de 1988 que diferencia entre actos de conversión y transferencia, ocultamiento y tenencia, aunque con la ubicación sistemática propia de los delitos de encubrimiento real[1042].

[1040] Publicado como Separata Especial del Diario Oficial "El Peruano" de 17.6.01. La Comisión estuvo integrada por Luis Lamas Puccio, quien la presidió, Víctor Prado Saldarriaga, Julio Bueno Tirado, Oscar Kea Velaochaga, Rosa Mavila León, Ricardo Soberón Garrido y Aldo Figueroa Navarro.

[1041] *Ibid*., p. 4.

[1042] El Anteproyecto planteaba la creación de una Sección II-A denominada "*Lavado de Activos*" en el Capítulo III de "*Delitos contra la administración de justicia*", del Título XVIII de "*Delitos contra la administración pública*" de la Parte Especial, y con el siguiente contenido:
"*Artículo 406° A.- El que conociendo o pudiendo presumir su procedencia ilícita, realiza actos de conversión o transferencia de bienes, efectos o ganancias para evitar su descubrimiento, la identificación de su origen, su incautación o decomiso será reprimiendo con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años y multa de 120 a 365 días-multa.*
Artículo 406° B.- El que conociendo o pudiendo presumir su procedencia ilícita adquiere, guarda, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder bienes, efectos o ganancias para evitar su descubrimiento, la identificación de su origen, su incautación o decomiso será reprimiendo con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años y multa de 120 a 365 días-multa.
Artículo 406° C.- La pena será privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años y multa de 365 a 730 días-multa cuando los delitos previstos en los artículos 406° A y 406° B se cometen bajo las siguientes circunstancias:
a) El agente utiliza o se sirve de su condición de empresario o intermediario en el sector financiero o bursátil, o de funcionario público para la comisión del delito.

La Ley N° 27765 de 27.6.02, la denominada "*Ley Penal contra el Lavado de Activos*", siguió varios de los lineamientos del Anteproyecto. Aunque se decantó por la instauración de una ley penal complementaria o ley penal especial, evitando así la discusión sobre el bien jurídico protegido y la ubicación de este delito en el Código Penal acorde con ello, la Ley N° 27765 recogió en esencia las descripciones típicas y las agravantes del Anteproyecto. Por un lado se tipificaron las conductas de conversión y transferencia (art. 1), ocultamiento y tenencia (art. 2), y un conjunto de circunstancias agravantes (art. 3), y se penalizó la omisión de reporte de operaciones sospechosas (art. 4). También se incluyeron reglas procesales de investigación relativas al levantamiento del secreto bancario, tributario y bursátil (art. 5), así como disposiciones sobre la amplia gama de delitos fuente, la autonomía o independencia del blanqueo de capitales frente al delito antecedente y la punición del autolavado (art. 6). Finalmente, se establecieron limitaciones y prohibiciones de acceso a beneficios penitenciarios (art. 7). Las reformas de la Ley N° 27765 a través de la Ley N° 28355 de 6.10.04, la Ley N° 28950 de 16.1.07, y del D. Leg. N° 986 de 22.7.07, no modificaron sustancialmente la estructura de esta "*Ley Penal contra el Lavado de Activos*".

III. EL TIPO OBJETIVO DE LAVADO DE ACTIVOS

1. Conductas típicas

Teniendo en cuenta la evolución de estos antecedentes, el D. Leg. N° 1106 reproduce en buena cuenta el tipo objetivo de los actos de conversión y transferencia (art. 1), y ocultamiento y tenencia (art. 2), de su antecedente inmediato, los arts. 1 y 2 de la Ley N° 27765, previendo incluso la misma sanción de pena privativa de libertad de 8 a 15 años y 120 a 350 días-multa. A su vez, se ha independizado del art. 2 de la Ley N° 27765, conforme

b) El agente comete el delito para favorecer delitos de tráfico ilícito de drogas, contra la administración pública, terrorismo, traición a la patria o secuestro.
c) El agente comete el delito en calidad de integrante de una organización criminal."

al texto reformado por el art. único del D. Leg. N° 986 de 22.7.07, los actos de transporte dentro y fuera del territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito, los que han pasado a formar parte de una nueva modalidad específica de lavado de activos regulada ahora por el nuevo art. 3 del. D. Leg. N° 1106. La consideración de este "*nuevo delito*" como una modalidad de blanqueo de capitales, concuerda con la decisión del legislador de establecer la misma escala de penas que la prevista para los actos de conversión y transferencia, y ocultamiento y tenencia.

Los actos de **conversión** equivalen a la mutación del objeto material del delito, los bienes, efectos, ganancias, activos en general, se "*lavan*" mediante conversión cuando el autor los transforma en otros[1043]. Ello implica "*transformar una cosa en otra, sustituir una cosa por otra para hacer desaparecer la que tenía su origen en el delito grave y traer en su lugar otra total o parcialmente distinta de origen completamente lícito o aparentemente lícito*"[1044]. Es indiferente si la conversión es reversible o no[1045]. La conversión puede ser material, por ejemplo la fundición de joyas de oro en una barra o lingote de oro, y tales supuestos pueden darse por adición o supresión de una parte de la cosa[1046]. También puede ser inmaterial o ideal, por ejemplo el depósito de dinero en efectivo en un banco se transforma en un crédito contra la cuenta o un apunte contable, o la adquisición de bienes muebles o inmuebles con dinero en efectivo de origen delictivo. Como corolario de lo anterior, debe aceptarse que los bienes pueden ser convertidos en otros de igual (conversión impropia) o de distinta naturaleza (conversión propia), ejemplo de lo primero es el cambio de billetes de baja denominación por otros de alta denominación, y ejemplo de lo segundo es la compra de acciones

---

[1043] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 490.

[1044] PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales*, Edersa, Madrid, 2000, p. 429.

[1045] ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Barcelona, 2000, p. 226.

[1046] *Ibid*., p. 226.

en la bolsa de valores con un cheque de gerencia adquirido en un banco con dinero en efectivo de origen ilícito.

Se ha sostenido que los actos de conversión corresponden en general a la llamada primera etapa de "*inversión*", "*ocultación*" o "*colocación*" del blanqueo de capitales[1047], lo que conllevaría a calificar como actos de conversión las sucesivas transformaciones del bien, aun cuando el bien originario ya haya desaparecido o no quede nada de él tras esa cadena de transformaciones[1048]. Sin embargo, debe tenerse en cuenta las dificultades para deslindar el proceso de reciclaje en periodos diferentes, y "*la mayor complejidad que entraña la subsunción de cada comportamiento en una fase del itinerario blanqueador*"[1049]. Y es que en estricto, desde la Convención de Viena de 1988, los tipos penales de lavado de activos han sido configurados con una orientación omnicomprensiva que conduce a una inevitable superposición de conductas que impide deslindar plenamente por ejemplo, con todas las exigencias de una dogmática acorde con el principio de certeza, entre actos de "*conversión*" y actos de "*transferencia*". Una expresión de dicha ausencia de claridad estriba en la propia definición de actos de "*sustitución*" y a su consideración como actos de "*conversión*"[1050] o de

---

[1047] DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 178-179; PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, Grijley, Grijley, 2007, p. 142; GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte Especial*, T. II., Grijley, Lima, 2007, p. 496; GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis de la Ley N° 27765*, 2ª ed., Jurista, Lima, 2009, p. 76.

[1048] GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte Especial*, p. 496.

[1049] ABEL SOUTO, Miguel. *El delito de blanqueo de capitales en el Código Penal español*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 113.

[1050] En esa línea, GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El delito de lavado de activos*, p. 77; GÓMEZ INIESTA, Diego. *El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 48; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. "Algunas precisiones referentes a la Ley penal contra el lavado de activos, Ley N° 27765, 27-06-02", en: *Estudios Penales. Libro homenaje al Prof. Luis Alberto Bramont Arias*, San Marcos, Lima, 2003, p. 523, equipara los actos de conversión con los de "*receptación sustitutiva,*

"*transferencia*"[1051]. Lo mismo sucede respecto a si la transferencia de bienes a título oneroso no debiera considerarse como un acto de "*conversión*" sino de "*transferencia*"[1052], o si el caso en que un bien circula en el mercado sin cambio de titularidad no configura una conducta de "*transferencia*" sino de "*conversión*"[1053].

Ante ello, es lugar común entre los penalistas sostener que se trata de cuestiones teóricas sin efecto práctico, en la medida que bajo una expresión u otra la ley penal ya abarca estos supuestos[1054]. Pero ello a mi juicio es un error si tenemos en cuenta la garantía de imputación necesaria que, como expresión suprema del derecho de defensa, demanda que ya desde la actividad investigativa del Ministerio Público, el imputado conozca con precisión los hechos atribuidos y la correspondiente subsunción típica, con el detalle de la concreta modalidad o conducta investigada[1055].

El art. 1 del D. Leg. N° 1106 sanciona también los actos de **transferencia**, que involucran tanto la "*transmisión de bienes*"[1056] como el traslado de los mismos. La transmisión implica "*la salida de los bienes*

---

puesto que estamos ante un proceso de sustitución del bien, es decir donde se sustituye el bien materia del delito previo por otro".

[1051] Así, GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte Especial*, p. 497.

[1052] Así, BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 337.

[1053] ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*, p. 226.

[1054] GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte Especial*, p. 497; BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, p. 337.

[1055] REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *El control constitucional en la etapa de calificación del proceso penal*, Palestra-C&A, Lima, 2008, pp. 87ss.; CASTILLO ALVA, José Luis. "La necesidad de determinación del «delito previo» en el delito de lavado de activos. Una propuesta de interpretación constitucional", en: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 4, oct 2009, pp. 345 ss.

[1056] Es la expresión usada por el art. 301.1 del Código Penal español

del propio patrimonio, para incrementar el de otra persona"[1057], como corolario, la transmisión de bienes al mismo titular, es decir una transferencia entre cuentas propias por ejemplo, no configura un acto de "*transferencia*" sino de "*conversión*" de activos en el contexto del art. 1 del D. Leg. N° 1106. Dado que la transmisión "*se produce mediante cualquier forma de transferencia, cesión o traspaso de los capitales a terceras personas*"[1058], esa transmisión puede darse a título gratuito u oneroso[1059], y puede implicar la transferencia del dominio o propiedad, de la posesión o de la simple tenencia[1060].

Esto último importa un distanciamiento de aquél sector de la doctrina española que traslada a la dogmática del lavado de activos el concepto de transmisión del derecho civil, entendida "*como traspaso de derechos sobre los bienes*"[1061], es decir la cesión del dominio sobre los bienes de un patrimonio para integrarlos a la esfera jurídica de un tercero[1062], lo que dicho de otra manera y llevado al extremo implicaría que el autor del delito deba ostentar la propiedad sobre el bien y transmitir ese derecho de propiedad. Bajo ese entendimiento se restringiría de modo ostensible la criminalización del lavado de activos, al no en-

---

[1057] LOMBARDERO EXPÓSITO, Luis Manuel. *Blanqueo de capitales. Prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 170. Similar, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, pp. 490-491.

[1058] ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*, p. 227; BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, p. 313.

[1059] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, p. 491; ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, Iustel, Madrid, 2011, p. 277.

[1060] PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, p. 144.

[1061] ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, p. 276.

[1062] *Ibid.*, p. 276.

contrar asidero típico los actos de transferencia de posesión o de la mera tenencia sobre los bienes, o los casos en que el autor ostenta únicamente un poder fáctico de disposición sin un título de propiedad, vacíos que en la regulación española son cubiertos por la fórmula abierta "*o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito*" del art. 301.1 del CP español, salida que no se contempla en la regulación peruana. Esta limitación interpretativa no puede superarse con la simple exigencia de que los actos de transferencia ostenten apariencia de legalidad desde el punto de vista jurídico-civil[1063], ello sólo incide en las posibilidades de éxito de una conducta de blanqueamiento, en la idoneidad del riesgo creado por el autor, pues una mayor apariencia de legalidad conlleva mayores posibilidades de diluir el origen ilícito de los activos.

Se trata más bien de asumir una concepción amplia del concepto de "*transferencia*" utilizado por el legislador peruano, a fin de abarcar la mayor cantidad de supuestos relacionados con la llamada etapa de intercalación o estratificación del lavado de activos[1064], en el que se producen múltiples y sucesivas transacciones para ocultar aún más el origen delictivo de los bienes, entre ellas las que no importan el traslado del dominio, como sucede con la transmisión de la posesión o la tenencia. Puede sostenerse por ello, desde la perspectiva de la legislación peruana, un concepto penal de transferencia que abarque tanto los casos de transmisión material o fáctica, como la llamada transmisión jurídica, siempre que exista poder de disposición[1065]. La transmisión jurídica supone el cambio de titularidad o legitimación en el ejercicio de un derecho, o simplemente la transmisión de los derechos que se tiene sobre los bie-

[1063] Como parece entender GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte Especial*, p. 498.

[1064] PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, p. 143.

[1065] DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, pp. 183-188; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*, p. 227.

nes[1066], como se aprecia en una transferencia electrónica de fondos a través del sistema financiero y en favor de un tercero.

En cuanto a la transmisión material o fáctica, entendida como el transporte, traslado o remisión física de bienes de un lugar a otro, al margen del debate antes referido sobre los alcances del concepto de transmisión, la doctrina en general suele incluirlo dentro del concepto general de transferencia que usa la legislación nacional[1067]. Se ha criticado por ello que la reforma del art. 2 de la Ley N° 27765, a través del D. Leg. N° 986, hubiere incorporado en el año 2007 dentro del tipo de "*ocultamiento y tenencia*" la punición de quien "*transporta dentro del territorio de la República o introduce o retira del mismo*" activos de origen delictivo, dado que tales supuestos equivalen, al menos en parte como veremos luego, a auténticas conductas de conversión o transferencia que habrían tenido mejor asidero en el art. 1 de la Ley N° 27765[1068]. El D. Leg. N° 1106 ha corregido esta inconsistencia, el nuevo art. 3 sanciona de modo independiente el "*Transporte, traslado, ingreso o salida del territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito*", con lo que el transporte de otros bienes, distintos al dinero o títulos valores, quedará abarcado por el art. 1 del D. Leg. N° 1106 que criminaliza la conversión y transferencia, aunque también, y como se detallará más adelante, por el art. 2 en tanto sanciona los actos de posesión.

Las conductas típicas reunidas bajo el nombre "***actos de ocultación y tenencia***" están recogidas en el art. 2 del D. Leg. N° 1106 a través de ocho verbos típicos, se incluyen los actos de "*adquirir*", "*utilizar*", "*guardar*", "*administrar*", "*custodiar*", "*recibir*", "*ocultar*" y "*mantener en su po-*

[1066] DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, pp. 183.

[1067] SAAVEDRA ROJAS, Edgar & DEL OLMO, Rosa. La Convención de Viena y el narcotráfico, Temis, Bogotá, 1991, p. 38; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. "Algunas precisiones referentes a la Ley penal contra el lavado de activos, Ley N° 27765, 27-06-02", p. 524; GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte Especial*, p. 497.

[1068] GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte Especial*, p. 497.

der" los activos de origen ilícito. El texto original del art. 2 de la Ley N° 27765 recogía las mismas conductas, excepto la administración que fue incorporada en el año 2007 a través del D. Leg. N° 986[1069]. A diferencia del tipo de conversión y transferencia del art. 1, el amplio casuismo del delito de ocultamiento y tenencia del art. 2 deriva del mismo carácter que tiene el art. 3.1 literales b.ii y c.i de la Convención de Viena de 1988 y que menciona las conductas de "*ocultamiento*", "*encubrimiento*"[1070], "*adquisición*", "*posesión*" y "*utilización*". El art. 6.1 literales a.ii y b.i de la Convención de Palermo de 2000 recoge las mismas conductas, excepto el "*encubrimiento*" que la reemplaza por "*disimulación*", supuesto que tampoco ha sido contemplado por la regulación peruana.

Como es evidente, las conductas tipificadas van más allá de los actos de conversión y transferencia[1071], seguramente porque la orientación político criminal es abarcar los principales supuestos que se dan en la llamada etapa de integración del lavado de activos, pues se trata de conductas que se dan una vez que los activos han adquirido una ficticia apariencia de legalidad producto de anteriores actos de conversión o transferencia[1072]. Según el grado de injerencia del autor del delito sobre

---

[1069] Siguiendo con ello el modelo del art. 247-A del CP colombiano de 1980, reformado por la Ley 365 de 1997, y posteriormente sustituido por el art. 323 del CP de 2000, normas que expresamente previeron la sanción de los actos de administración de bienes. En la legislación argentina también se sanciona el lavado mediante administración de bienes, en el art. 278.1 del CP, conforme a la reforma mediante la Ley 25.246 publicada el 10.5.00. El art. 2.2 del Reglamento modelo americano sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico de drogas y otros delitos graves (1992-2006), también prevé esta modalidad.

[1070] Supuesto que, de modo acertado, no recoge la norma nacional porque ello daría lugar a comunes situaciones de concurso aparente con el delito de encubrimiento, como se aprecia en el art. 301.1 del CP español o en el art. 323 del CP colombiano que sancionan, como una modalidad de blanqueo de capitales, la realización de actos para encubrir el origen ilícito de los bienes

[1071] GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte Especial*, p. 498.

[1072] PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, p. 146.

los bienes lavados, es posible identificar cuatro grupos de comportamientos: a) adquirir, b) recibir, mantener en su poder, c) guardar, custodiar y ocultar, y d) utilizar y administrar. En estricto, sólo los supuestos del grupo b) corresponden a la tenencia, pero en sentido amplio suele considerarse como tenencia todos los casos del art. 2 salvo el de ocultamiento[1073]. La **adquisición** supone la incorporación del bien a un nuevo patrimonio por medio de cualquier título, oneroso o gratuito[1074], es en parte la faceta contraria de los actos de transferencia, "*Adquisición y transmisión parecen contemplar los dos extremos de un mismo desplazamiento patrimonial*"[1075]. Pero a diferencia de los actos de transferencia que involucran la transmisión de propiedad, posesión o tenencia, la adquisición se limita sólo a las que involucran la propiedad[1076], aunque

---

[1073] GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte Especial*, pp. 498-500.

[1074] ABEL SOUTO, Miguel. *El delito de blanqueo de capitales en el Código Penal español*, pp. 109-110; PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales*, p. 425; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*, p. 225; GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El delito de lavado de activos*, p. 123. En la doctrina nacional, PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, pp. 147-148, y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. "Algunas precisiones referentes a la Ley penal contra el lavado de activos, Ley N° 27765, 27-06-02", p. 524, consideran sin exponer los motivos que sólo existe espacio en la ley para las adquisiciones a título oneroso, aunque concluyen que las efectuadas a título gratuito están cubiertas por el verbo típico "*recibir*". Antes bien, el sentido de la criminalización del lavado de activos también alcanza a mi juicio las adquisiciones a título gratuito como la donación o la herencia que, desde el punto de vista criminológico, son modalidades recurrentes de blanqueo de capitales. Reticente a la punición de las adquisiciones por herencia, ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, p. 271, quien postula enfrentar estos casos con las reglas del comiso.

[1075] ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*, p. 227.

[1076] PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales*, p. 425; PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, p. 147.

por cualquier título[1077], aquellas que signifiquen la adquisición de la posesión o la tenencia ya están cubiertas por los verbos típicos "*recibir*" y "*mantener en su poder*", según el caso.

Los actos de **recibir** y **mantener en su poder** tienen en común que dan lugar a situaciones en las que el autor ejerce el poder fáctico sobre la cosa. La recepción sólo implica el inicio de la tenencia material y efectiva, transitoria o permanente, del bien de origen delictivo[1078], se trata de un delito instantáneo ("*recibir*") a raíz del cual se dará paso a otros comportamientos típicos como la posesión, administración, ocultamiento, transmisión, etc. A su vez, la conducta de "*mantener en su poder*" incorpora desde la simple tenencia del Derecho civil clásico[1079], hasta la posesión del bien que corresponde con el ejercicio fáctico de los atributos

---

[1077] No se entiende las razones que conducen a BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. "Algunas precisiones referentes a la Ley penal contra el lavado de activos, Ley N° 27765, 27-06-02", p. 524, a sostener que adquirir es sinónimo de comprar. La amplitud del verbo adquirir abarca supuestos diversos como la compraventa, la permuta, la cesión de derechos de crédito en un juicio, etc.

[1078] GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El delito de lavado de activos*, p. 125; PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, p. 148; GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte Especial*, p. 498.

[1079] Conforme a la teoría subjetiva de SAVIGNY del Derecho civil clásico, "*la tenencia tiene un elemento común con la posesión: el poder sobre la cosa (corpus). La diferencia radica en el reconocimiento del tenedor, de que la propiedad sobre aquélla pertenece a otro. Mas ha de entenderse –añádese- que ese reconocimiento refiérese en realidad a la "titularidad de un derecho real" del que el tenedor admite carecer*", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. XXVI, Omeba, Buenos Aires, 1968, p. 35. Esta concepción fue superada con el Código Civil de 1936 y el de 1984, textos que asumen la concepción objetiva de posesión de Ihering, que la equipara únicamente con el poder de hecho o fáctico sobre la cosa, de modo que la noción de tenedor quedó así absorbida por la de poseedor, Vid. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Derechos reales*, PUCP, Lima, 1989, p. 128, quien pone de relieve la inconsistencia del Código Civil que por una parte define la posesión en términos puramente objetivos (art. 896) para luego volver sobre el ánimo, como en la concepción de SAVIGNY, al exigir para la prescripción adquisitiva la posesión "*como propietario*" (arts. 950 y 951).

de la propiedad, como señala el art. 896 del Código Civil. El verbo "*mantener*" conlleva a que estemos ante una conducta de tracto sucesivo[1080], ante un delito permanente. Así, no puede asumirse ni es necesaria una diferencia subjetiva entre "*recibir*" y "*mantener en su poder*"[1081].

La **guarda**, **custodia** u **ocultamiento** presuponen la tenencia o posesión del bien. En tales casos el agente no se limita a tener el bien a su disposición sino que realiza determinadas prestaciones de hacer, de diferente grado, con el objeto de mantener o conservar el bien al margen de los riesgos habituales del entorno social (pérdida, sustracción, robo, deterioro) y legal (decomisos, incautaciones, etc.). **Guardar** involucra actos externos de protección física del bien, sin necesidad de ocultarlo[1082], es poner los activos a salvo de los riesgos que pueden perjudicar su existencia o valor[1083]. En la **custodia** el autor va más allá, si bien no ejerce en estricto actos de dominio ni posesión[1084], ejecuta actos de vigilancia, cuidado y control sobre los bienes para que no se perjudiquen[1085]. En relación a los actos de **ocultamiento**, conforme al art. 2 del D. Leg. N° 1106 éstos deben recaer sobre los bienes de origen ilícito, y deben ser idóneos para evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, por ese motivo se considera que no sólo involucran el ocultamiento físico del bien, sino también el contable o jurídico[1086],

---

[1080] PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, p. 149.

[1081] Según GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte Especial*, pp. 498-499, el verbo típico "*mantenerse en su poder*" se aplicará solo si la procedencia ilícita es conocida o posible de conocer después de haber recibido los activos.

[1082] PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, p. 147.

[1083] GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte Especial*, p. 499.

[1084] GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El delito de lavado de activos*, p. 125.

[1085] GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte Especial*, p. 499.

[1086] TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho penal económico. Parte general y especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, §7/283 de la parte especial, comparando la conducta de blanqueo de capitales del §261.1 del StGB con

lo que da cabida a las modalidades de ocultamiento previstas en la Convención de Viena, que describe acciones que no afectan directamente a un bien, sino que ocultan o encubren algunas características relativas a los bienes, entre ellas la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, propiedad o derechos relativos a ellos[1087].

El último grupo de los llamados actos de "*tenencia*" en sentido amplio compete a las conductas de "***utilizar***" y "***administrar***", aquí el común denominador es que estamos ante comportamientos de explotación o aprovechamiento del bien. Sobre el primero de ellos, se descartan de plano los usos socialmente adecuados que no tienen por finalidad ocultar los activos de origen delictivo[1088], y suele recurrirse a una interpretación gramatical, en la medida que la Real Academia de la Lengua Española define "**utilizar**" como "*aprovecharse de algo*"[1089], entonces no se alude al simple uso de bien derivado de un delito anterior, es necesario que el autor "*le saque provecho, sacarle el máximo rendimiento para sí o para un tercero y, en esos términos, también debe suponer un incremento patrimonial*"[1090], se trata por lo tanto de un uso en sentido amplio que incorpora la noción de disfrute o usufructo del bien[1091], sin

---

la de quiebra del §283.(1).1, en el sentido de que ambas persiguen "*impedir el acceso, en este caso por parte de una autoridad pública, al objeto*". Y en la bancarrota, "*junto a la desaparición física de cosas muebles, también realiza el tipo cualquier transformación del estado jurídico de los bienes*" (§9/num.420). Del mismo modo, GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte Especial*, p. 500.

[1087] ABEL SOUTO, Miguel. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, UdSC, Santiago de Compostela, 2002, p. 94; SAAVEDRA ROJAS, Edgar & DEL OLMO, Rosa. Op. Cit., p. 40.

[1088] GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El delito de lavado de activos*, p. 129.

[1089] Vid. cualquier edición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

[1090] ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP),* p. 279.

[1091] PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, p. 147.

que ello implique asumir la concepción civil de uso, disfrute o usufructo porque estamos ante conductas per se ilícitas[1092].

El mismo principio debe aplicarse para la interpretación de la conducta de "***administrar***", no se trata aquí de la asunción de una posición de garante frente al patrimonio ajeno de modo que se reprima la administración infiel del gerente general, el director o el CEO de una empresa. En el contexto del lavado de activos la administración ilícita corresponde a los actos de gestión o manejo, *de iure* o de facto, del patrimonio propio o ajeno que tiene un origen delictivo, de manera que no existe énfasis alguno en la diligencia del gestor para manejar el objeto ajeno a favor de terceros, sino en la violación del deber de no introducir en el circuito comercial bienes de gestación ilícita, deber que en muchos casos es previo al derecho penal. Me refiero con ello a los llamados sujetos obligados[1093], como los bancos, las financieras, las agencias de viaje, las empresas mineras, etc., que han sido identificados por la regulación administrativa, el sistema de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo, como actores en el mercado propensos a mantener contactos comerciales habituales con verdaderos o potenciales lavadores de activos, razón por la cual la regulación impone deberes específicos, un deber o posición de garante, a la gerencia y al directorio de los sujetos obligados, como nombrar un oficial de cumplimiento, implementar un sistema de prevención del lavado de activos[1094] y reportar

---

[1092] GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El delito de lavado de activos*, p. 124; GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte Especial*, p. 499, se refiere también a los usos con "*aplicación a fines lícitos*", lo que es difícil de entender en la medida que la ley penal se refiere a usos propios del lavado de activos y no a conductas neutrales o habituales que no significan la realización de un riesgo jurídicamente relevante.

[1093] Vid., el art. 8 de La Ley N° 27693, "*Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera–Perú*" de 12.4.02, modificado por el art. 1 de la Ley N° 28306 de 29.7.04, y el art. 3 de La Ley N° 29038, "*Ley que incorpora la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú (UIF-PERÚ) a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones*", de 12.6.07.

[1094] Vid. el art. 10.2.1 de La Ley N° 27693, modificado por el art. 1 de la Ley N° 28306.

a la UIF-Perú las operaciones sospechosas que se detecten[1095]. Entendido de esa manera, los actos de administración pueden involucrar la ordenación y organización de los bienes[1096], así como la optimización de su rendimiento[1097], de las cualidades y los provechos que de él se pudieran obtener[1098]. Pero en la medida que los actos de administración pueden superponerse a otras conductas ya tipificadas de modo específico como actos de conversión o transferencia, ocultamiento o tenencia, la función político criminal del verbo típico "*administrar*" no puede ser otra que llenar los vacíos de punición, cumpliendo por ende una función residual.

Finalmente en lo que respecta a las conductas típicas, debe tenerse en cuenta que la nueva regulación administrativa, también reformada recientemente[1099], ha ratificado por una parte la conocida **obligación de declarar** el ingreso o salida del país de dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos "*al portador*" por sumas superiores a US$10.000,00 (diez mil y 00/100 dólares americanos) o su equivalente en moneda nacional u otra extranjera. Asimismo, impone la **prohibición de transportar** dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos "*al portador*", cuando se trata de sumas superiores a US$30.000,00 (treinta mil y 00/100 dólares americanos) o su equivalente en moneda nacional u otra extranjera. Se prevé un conjunto de sanciones administrativas para la infracción de estas reglas, y se es-

---

[1095] Vid. el art. 11 de la Ley N° 27693, modificado por el art. 1 de la Ley N° 28306.

[1096] ORSI, Omar G. *Lavado de dinero de origen delictivo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 567.

[1097] SALAS BETETA, Christian. "El delito de lavado de activos y su dificultad probatoria en el CPP de 2004. Comentarios al Decreto Legislativo N° 1106", en: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 35, mayo 2012, p. 23.

[1098] GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El delito de lavado de activos*, p. 127.

[1099] Vid. la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 28306, reformada por la Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria del D. Leg. N° 1106.

tablece que el infractor/portador deberá acreditar ante la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú, el origen lícito del dinero o instrumentos financieros en el término de 72 horas desde la retención, y que en caso contrario se considerará tal omisión como "*indicio de la comisión del delito de lavado de activos, sin perjuicio de la comisión de otros delitos*", como podría ser el caso del ilícito de falsa declaración en procedimiento administrativo del art. 411 del Código Penal o alguna de las formas de delito tributario que tipifica el D. Leg. N° 813.

Solo la puesta en vigencia de este nuevo régimen administrativo parece explicar por qué el legislador ha incorporado, en el art. 3 del D. Leg. N° 1106, un "*nuevo tipo penal*" bajo el rótulo "***transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito***", que en parte corresponde a los actos de transferencia tipificados en el art. 1. Si se tiene en cuenta que la pena prevista en los arts. 1 y 3 es la misma, la criminalización específica prevista en éste último sería en consecuencia superflua. Sin embargo, como también se ha explicado anteriormente, el traslado o transmisión de bienes tipificado por el art. 1 debe darse siempre a favor de un tercero, a título gratuito u oneroso, e implica el traslado de la propiedad, la posesión o la simple tenencia del bien, de manera que el art. 1 sanciona en estricto los actos de transporte realizados a favor de terceros. La conducta de transportar bienes propios tendrá relevancia penal en el marco del art. 2 porque corresponde a los actos de posesión que se incardinan en el concepto "*mantener en su poder*", como se ha detallado antes. Bajo estas premisas, todo el contenido del art. 3 tiene cabida como actos de transferencia o de posesión de bienes de origen ilícito, pero en la medida que el legislador ha impuesto una criminalización específica para el transporte de dinero o títulos valores, entonces el reconocimiento de su propio contenido típico viene impuesto por el principio de especialidad. Como corolario, el transporte o traslado de bienes inmuebles –en los términos de la ley civil- que pueden ser llevados de un lugar a otro, como una nave o aeronave, o de bienes muebles diferentes al dinero o títulos valores que también sean susceptibles de ser movilizados, siempre de origen ilícito, tiene relevancia típica dentro de los alcances de los arts. 1 y 2, según el

traslado se ejecute en favor de un tercero o se trate de bienes propios, respectivamente.

2. El objeto material del delito

En cuanto al objeto material del delito el D. Leg. N° 1106, al igual que la Ley N° 27765, recurre desde el nombre de la Ley al término general "*activos*" ("*lavado de activos*"), y de modo específico los arts. 1 y 2 del D. Leg. N° 1106 se refieren en común al "*dinero, bienes, efectos o ganancias*", y el art. 3, como se acaba de ver, establece como objeto el "*dinero o valores*". En cuanto a la característica esencial de estos activos, los arts. 1, 2 y 3 indican que éstos deben tener "*origen ilícito*", el art. 10 pf. 1 relativo a la autonomía del delito de lavado de activos dice que deben ser "*producto*" de actividades criminales ("*actividades criminales que produjeron*"), los pf. 2 y 3 se refieren a los ilícitos que generan activos ("generar ganancias ilegales", "actividades criminales generadoras"), mientras que al regular las agravantes el art. 4 pf. 2 señala que los bienes, etc., deben "provenir" de la minería ilegal, etc. En suma, para la Ley se trata de activos que deben provenir o haberse originado, producido o generado en actividades delictivas.

Este innecesario casuismo para definir el objeto material no solo contrasta por ejemplo con regulaciones como la del CP español que en la definición del tipo básico de blanqueo de capitales se refiere en general a "*bienes*" que "*tienen su origen en una actividad delictiva*" (art. 301.1), sino además con la regulación supranacional y nacional. En cuanto a la primera, el art. 3 de la Convención de Viena concreta el objeto material sólo con la expresión "*bienes*" y los define en el art. 1 como "*los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos sobre dichos activos*", tales bienes deben provenir o ser producto de un delito, es decir que se trata de "*bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito*". De modo semejante, el art. 6 de la Convención de Palermo refiere que el blanqueo debe recaer sobre "*bienes*" que "*son producto del delito*", conceptos que define, casi en los mismos términos que la Convención de Viena, en el art. 2 literales d) y e).

Respecto a la regulación nacional, los términos usados para concretar el objeto material del lavado de activos tampoco coinciden con los previstos en el art. 102 del CP, modificado por el art. único del D. Leg. N° 982 de 22.7.07, que extiende el decomiso a los "*objetos de la infracción penal*", los "*instrumentos con los que se hubiere cometido*" y a los "*efectos, sean éstos bienes, dinero, ganancias o cualquier producto proveniente de dicha infracción*". Tampoco se guarda homogeneidad con la regulación de la incautación del art. 316.1 del CPP de 2004 que se refiere a los "*efectos provenientes de la infracción penal*", "*los instrumentos con que se hubiere ejecutado*", "*así como los objetos del delito*". La relevancia de estas comparaciones cobra mayor sentido al apreciarse que el art. 9 del. D. Leg. N° 1106 establece que el Juez ordenará en todos los casos de lavado de activos la incautación o el decomiso del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados, conforme a las reglas del art. 102 del CP.

Estas diferencias, cuando no inconsistencias de la regulación, no han sido suficientemente advertidas por la doctrina nacional. Así por ejemplo, no parece existir un argumento sólido para entender que los instrumentos del delito previo (*instrumenta sceleris*), es decir los objetos que, puestos en una relación de medio a fin con la infracción, hayan servido para su ejecución o para su preparación[1100], puedan considerarse como objeto material de lavado de activos[1101], lo que no enerva la necesidad de que conforme al art. 102 del CP dichos instrumentos deban ser incautados y decomisados en el proceso que se instaure por el delito precedente, o incluso sean objeto de un proceso de pérdida de dominio en aplicación del art. 2.1 del nuevo D. Leg. N° 1104 de 19.4.12.

De hecho la propia legislación sobre pérdida de dominio define en la Disposición Complementaria Final Duodécima literal b), los "*Instrumen-*

[1100] GRACIA MARTÍN, Luis/BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel/ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 397.

[1101] GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El delito de lavado de activos*, p. 85; GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte Especial*, p. 502.

tos del delito" como los "*Bienes o medios utilizados o destinados a ser utilizados, de cualquier forma, en su totalidad o en parte, a cometer o intentar cometer el delito*", y lo hace diferenciándolo del "*objeto del delito*" (literal a), los "*efectos del delito*" (literal c) y "*las ganancias del delito*" (literal d). Efectivamente, la Ley de Pérdida de Dominio define el objeto como los "*bienes muebles o inmuebles sobre los que recae el delito*", los efectos son los "*Bienes muebles, inmuebles, semovientes y otros animales directamente derivados de la acción delictiva*" (sic) y las ganancias "*Los efectos mediatos o indirectos del delito, es decir los frutos y rentas de éste*". Estos conceptos, si bien son ilustrativos para la interpretación del objeto de la conducta de lavado, son imprecisos frente a los alcances que la doctrina suele asignar a estas expresiones.

Y es que a mi entender, ya el concepto de bienes abarca tanto la noción de dinero, como de efectos y ganancias, lo que se aprecia con claridad en las amplias definiciones previstas en las Convenciones de Viena y de Palermo. Conforme al texto de la Ley, el lavado de activos puede recaer sobre el dinero que es una clase de bien mueble y corresponde a toda forma de *cash* o efectivo, nacional o extranjero, en moneda o billetes. También puede cometerse sobre los efectos o producto del delito (*producta sceleris*) que comprende los objetos o bienes que hayan sido producidos mediante la acción delictiva[1102], por ejemplo una máquina fabricada violando una patente, el oro extraído mediante la minería ilegal, etc. Pueden lavarse igualmente las ganancias del delito (*scelere quasita*), definida como todo beneficio o ventaja económica, un bien desde luego, que obtiene el autor con la ejecución del delito[1103]. Con todo, puede ser objeto de lavado cualquier bien que haya sido directamente generado por la comisión de un delito anterior como el producto del delito, el beneficio, la utilidad o la ganancias, incluyendo entre éstas últimas el precio, la recompensa o la promesa

[1102] GRACIA MARTÍN, Luis y otros. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, p. 398.

[1103] PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales*, p. 310; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*, p. 204.

para cometer un delito, e incluso en algún caso el mismo objeto material del delito antecedente[1104].

A esta amplitud debe añadirse dos notas específicas. Por un lado, el bien debe ser susceptible de valoración económica, y por ende debe ser pasible de incorporación al patrimonio o de incorporación a un derecho transmisible o ser objeto de derecho[1105], pues el blanqueo persigue la integración de bienes de apariencia legítima en el patrimonio del autor[1106]. Como corolario, los bienes carentes de relevancia económica son objetos inidóneos para la comisión del lavado de activos. En segundo término, los bienes deben ser susceptibles de tráfico mercantil lícito[1107], tal exigencia está implícita en la idea de circulación del bien por la economía legal que subyace en la *ratio legis* del precepto y en la finalidad del lavador[1108], se excluyen por ello del tipo penal aquellos productos o efectos del delito de comercio prohibido, por ejemplo los billetes falsificados o los productos adulterados.

A diferencia por ejemplo del art. 278.1.a del CP argentino que estable en 50.000 pesos el valor mínimo de los bienes objeto de lavado, la regulación peruana no establece un umbral similar, lo que ha conducido a entender que el valor económico o el monto dinerario son irrelevantes para la tipicidad y la punición[1109]. Para efectos de salvaguardar el

---

[1104] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, p. 484.

[1105] ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP),* p. 311.

[1106] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, p. 483.

[1107] ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP),* p. 311.

[1108] ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*, p. 182.

[1109] PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, p. 152. Igual, el Fundamento Jurídico 28º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10 relativo a "El delito de lavado de activos".

principio de proporcionalidad, el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 propuso tomar como referencia que el art. 3 del D. Leg. N° 813, Ley Penal Tributaria[1110], preveía una pena atenuada cuando el tributo defraudado no superaba las 5 UIT[1111], planteamiento que motivó que el art. 4 *in fine* del D. Leg. N° 1106 establezca como circunstancia atenuante del lavado de activos que el valor de los bienes reciclados no supere las 5 UIT. A la par, la nueva legislación ha previsto como circunstancia agravante, en el art. 4 pf. 1º num. 3, que el bien supere la 500 UIT. Estas reglas cuantitativas no enervan la atipicidad de la bagatela, aunque teóricamente podría sostenerse que el sistema está configurado para la persecución de todos los casos de lavado de activos sin importar el valor de los bienes, lo cierto es que el sistema de prevención cuya operatividad depende de la práctica de los sujetos obligados, se rige bajo el criterio de gestión, administración y mitigación del riesgo de lavado de activos, de modo que los sistemas de detección de operaciones inusuales, y en tanto corresponda su posterior calificación como sospechosa y el reporte ante la Unidad de Inteligencia Financiera, ya está predeterminado para pasar por alto o excluir *ex ante* potenciales conductas de lavado de activos de escasa trascendencia económica que, conforme a ello, pasan a conformar una amplia zona o franja de riesgo penalmente permitido, y más aún porque se trata de prácticas certificadas como suficientes o aceptables por las propias autoridades fiscalizadoras del sistema de prevención, las empresas auditoras externas y las áreas de auditoría interna. Con un ejemplo, el comerciante informal que evade impuestos y deposita pequeñas cantidades mes a mes de la renta que ha ocultado al fisco en la cuenta de un familiar, difícilmente podrá ser detectado por los sofisticados y costosos software que utiliza la industria financiera, salvo que en algún momento se genere una alerta específica, como ser elegido alcalde, y deba aplicarse un proceso de debida diligencia reforzada por ser un PEP o personaje políticamente expuesto.

[1110] Fundamento Jurídico 29º.

[1111] De modo inconveniente el D. Leg. N° 1114 de 5.7.12 ha derogado esta atenuante que se fundaba en el menor desvalor del resultado defraudatorio.

3. El delito previo

Como se detalló antes, el D. Leg. N° 1106 usa hasta cuatro verbos para referirse al llamado proceso de contaminación del objeto material del delito. Los bienes blanqueados deben tener un "*origen ilícito*", provenir de determinados delitos, haberse producido por "*actividades criminales*" o haberse generado "*ilegalmente*". Originar, provenir, producir o generar son las cuatro formas con las que el legislador designa la conexión de los activos lavados con el llamado "*delito fuente*", "*delito precedente*", "*delito determinante*", "*delito antecedente*" o "*delito previo*", es decir con el pasado delictivo de los bienes.

Aunque el legislador se refiera en varias ocasiones, de modo general, al origen ilícito de los bienes, expresión que comprendería ilícitos de menor significado social como los civiles o administrativos[1112], el art. 10 pf. 2 cierra el concepto cuando señala que el origen ilícito "*corresponde a actividades criminales como los delitos de minería ilegal*", etc.[1113], de modo que no existen dudas en torno a que la fuente de los bienes corresponde a la comisión de delitos. Es más, aunque la cláusula abierta del citado pf. 2º solo pone el acento en la capacidad del delito previo de "*generar ganancias ilegales*", conforme al principio de mínima intervención se considera que debe tratarse de delitos de cierta gravedad[1114]. Así, la determinación del delito precedente en el caso de delitos semejantes,

---

[1112] GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El delito de lavado de activos*, p. 90.

[1113] La norma cita de modo expreso 13 delitos en especial: 1) minería ilegal, 2) tráfico ilícito de drogas, 3) terrorismo, 4) los delitos contra la administración pública, 5) secuestro, 6) proxenetismo, 7) trata de personas, 8) tráfico ilícito de armas, 9) tráfico ilícito de personas, 10) los delitos tributarios, 11) la extorsión, 12) el robo y 13) los delitos aduaneros. A diferencia del art. 6 pf. 2 de la Ley N° 27765, ahora se añade tres nuevos delitos al catálogo abierto: la minería ilegal, el tráfico ilícito de armas y los delitos tributarios en general (antes se mencionada solo la defraudación tributaria). A su vez, se elimina de la lista los delitos contra el patrimonio en su modalidad agravada, incorporados en el 2º párrafo del art. 6 de la Ley N° 27765 por el art. único del D. Leg. N° 986 de 22.7.07.

[1114] GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte Especial*, p. 501.

deberá tener en cuenta que se trate de un delito grave y que a la vez genere una ganancia económica[1115]. En efecto, frente a los diferentes sistemas de determinación legal del delito fuente en el Derecho comparado[1116], la regulación peruana los precisa "*relativamente, en una suerte de catálogo abierto, pues en la lista de (…) delitos, que siempre será del caso acotar, se agregan delitos similares –obviamente graves: sancionados con penas privativas de la libertad significativas y realizados tendencialmente en delincuencia organizada- que generen ganancias ilícitas –su lógica delictiva se engarza en la generación de una ganancia económica que se pretenda sustraer del sistema de persecución estatal para su incautación o decomiso-, con excepción del delito de receptación*"[1117].

Esta gran apertura del art. 10 pf. 2 a todo tipo de delitos graves que generen ganancias, no ha evitado que el legislador, al igual que en la Ley

---

[1115] CARO JOHN, José Antonio. "Consideraciones sobre el «delito fuente» del lavado de activos y su incidencia para determinación del «riesgo reputacional» de una institución financiera", en: *Dogmática penal aplicada*, Ara, Lima, 2010, p. 161, quien extiende esta doble exigencia incluso para restringir el ámbito de aquellos delitos expresamente mencionados en la Ley, por ejemplo no puede aceptarse que todos los delitos contra la administración pública se consideren delito fuente sino aquellos graves y generadores de ganancias (p. 162) como el cohecho (art. 393ss.), el peculado (art. 387) o la colusión desleal (art. 384), quedando por ende al margen delitos como la malversación (art. 389) que por definición no dan lugar a la producción de ganancias. Finalmente, de modo referencial detalla algunos delitos equivalentes o similares que pueden considerarse delito previo: los delitos contra los derechos de autor, contra la propiedad industrial, contra los bienes culturales, contra el orden financiero y monetario, contra los recursos naturales y el medio ambiente, el lavado de activos y la falsificación de documentos (p. 164).

[1116] ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, pp. 185-186, describe el sistema de *numerus clausus* (enumeración cerrada de un conjunto de supuestos que sirvan de base al blanqueo), de remisión a una categoría de delitos (descripción más abierta pero con un criterio delimitador, por ejemplo "*delitos graves*"), y el sistema mixto que conjuga las dos técnicas antes mencionadas.

[1117] Fundamento Jurídico 30º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

N° 27765, excluya de modo expreso el delito de receptación del art. 194 del CP del catálogo de delitos fuente, exclusión que debe considerarse tan justificada como contradictoria. Por una parte, la plurialudida diferencia de bien jurídico protegido, la receptación tutela el patrimonio[1118] y el lavado de activos el sistema de administración de justicia[1119], y la semejante redacción de ambos preceptos, no parecen ya una justificación suficiente para dicha exclusión. Las sucesivas reformas del tipo penal agravado de receptación del art. 195 del CP, hasta la actual redacción conforme al art. único de la Ley N° 29583 de 19.9.10, han ampliado el objeto material de la receptación a delitos no patrimoniales como el secuestro, la extorsión y la trata de personas. A su vez, el propio art. 10 pf. 2 del D. Leg. N° 1106 considera que el lavado de activos también puede recaer sobre los bienes derivados del secuestro, la extorsión[1120] y la trata de personas, e incluso sobre el robo que sí es un delito patrimonial. Ante esta realidad legislativa, si aún se defendiera que la propia receptación y los delitos que la pueden preceder, no pueden considerarse delito fuente

---

[1118] SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra el patrimonio*, 4ª ed., Grijley, Lima, 2010, p. 264; GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte Especial*, p. 491.

[1119] Vid. en detalle, CARO CORIA, Dino Carlos y Diana Marisela ASMAT COELLO. "El impacto de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema N° 03-2010/CJ-116 de 16 de noviembre de 2010 y N° 7-2011/CJ-116 de 6 de diciembre de 2011 en la delimitación y persecución del delito de lavado de activos", en: L*ibro homenaje al Prof. Dr. César Augusto Paredes Vargas*. Lima, 2012, apartado I. Del mismo modo, CARO JOHN, José Antonio. "Impunidad del «autolavado» en el ámbito del delito de lavado de activos", en: *Dogmática penal aplicada*, pp. 184-185; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. "Blanqueo de capitales y negocios *standard*. Con especial mención de los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo", en: Silva Sánchez, Jesús-María (Dir). *¿Libertades económicas o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2003, p. 153; TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho penal económico. Parte general y especial*, § 7/278 de la parte especial.

[1120] SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra el patrimonio*, p. 366, considera que aquí se protege el patrimonio y la libertad personal.

de lavado de activos, tendría que llegarse a la absurda conclusión de que cualquier delito patrimonial, junto con el secuestro, la extorsión y la trata de personas, no pueden configurar el delito previo del lavado de activos, pese a que el art. 10 pf. 2º los reconoce como tales de modo literal. O tendría que entenderse que el lavado de activos sí puede recaer sobre esos bienes cuando no han sido objeto de receptación alguna, lo que podría conllevar que verdaderos casos de lavado de activos terminen siendo tratados de modo privilegiado con las menores sanciones que se prevé para la receptación.

La única forma de compatibilizar estos dispositivos es bajo la comprensión de que el art. 10 pf. 2 sólo excluye como delito fuente al delito de receptación del art. 194 y no a los posibles delitos fuente de la receptación. Así, puede haber lavado de activos derivados del robo agravado, el secuestro o de la extorsión, pero no hay espacio para el reciclaje de capitales provenientes de la receptación, pese a que ello es teóricamente posible: un reducidor de carros compra autopartes robadas, luego las vende e invierte las ganancias en la compra de un auto nuevo. En este caso el reducidor solo podrá ser perseguido por receptación (comprar y vender las autopartes), pero también por el delito de lavado de activos derivado del robo de las autopartes (conversión o inversión de las ganancias en la compra del auto), en base a conductas diferenciadas y conforme a las reglas del concurso real. La posibilidad de aceptar legalmente el concurso ideal entre receptación y lavado sólo es posible tratándose de la receptación aduanera tipificada por el art. 6 de la Ley N° 28008 de 19.6.03, recientemente reformado por el art. 3 del D. Leg. N° 1111 de 29.6.12, que puede erigirse como delito previo del lavado de activos porque el art. 10 pf. 2 del D. Leg. 1106 reconoce como delito fuente a los delitos aduaneros en general: el comerciante que compra a sabiendas bienes derivados del contrabando y los oculta perfecciona así la receptación aduanera, y si además lo hace para evitar la incautación por parte de las autoridades que han detenido al contrabandista, también se configura el lavado de activos.

El delito precedente debe ser en esencia doloso, aunque excepcionalmente podría admitirse la modalidad culposa siempre que genere ganan-

cias y se considere grave[1121], pero ello no acontece *de lege lata* en nuestro sistema que prevé penas de menor trascendencia para los delitos imprudentes que pueden generar beneficios[1122], como es el caso del tipo de disminución culposa del patrimonio concursal (art. 210, privación de libertad de 18 meses a 3 años) o de contaminación ambiental imprudente (art. 304 pf. 2, pena de hasta 3 años de privación de libertad). En cuanto al grado de realización del delito previo, se exige por lo menos la tentativa[1123], también se aceptan los actos preparatorios punibles, siempre en la medida que de ellos deriven bienes idóneos para ser objeto de blanqueo[1124].

De acuerdo con el art. 2.2 del Código Penal[1125], los Tribunales peruanos tienen competencia para conocer y juzgar el delito de lavado de activos cometido en el extranjero sólo si produce efectos en el territorio nacional, aunque esta regla excepcional no puede extenderse sin más al delito precedente que por definición es autónomo e independiente del ilícito de lavado. Se ha sostenido sin embargo que el delito precedente puede haberse cometido en el territorio nacional o en el extranjero, en éste último caso suele exigirse la doble incriminación como en la extradición, el hecho debe ser punible tanto en el Perú como en el lugar donde se cometió[1126], pero esta solución carece

---

[1121] ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*, p. 189.

[1122] GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El delito de lavado de activos*, p. 95.

[1123] Así, el Fundamento Jurídico 11º del Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-116 de 6.12.11.

[1124] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, p. 486.

[1125] Modificado por el art. 1 del D. Leg. N° 982 de 22.7.07, que amplió el principio real o de defensa, Vid. CARO CORIA, Dino Carlos. "Comentarios sobre el Decreto Legislativo N° 982, que reforma el Código Penal", en: *JuS Legislación*, 7/2007, pp. 274-275.

[1126] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, p. 487; GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El delito de lavado de activos*, p. 96; GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte Especial*, pp. 504-505.

hasta la fecha de soporte en el Derecho nacional, a diferencia de regulaciones como la española (art. 301.4 del CP) y la alemana (§ 261 (8) del StGB) que sí contemplan previsiones expresas en tal sentido. Con ello subsisten las dudas sobre si el carácter grave del delito previo debe determinarse conforme al Derecho peruano o extranjero, o si la acreditación del delito previo debe darse conforme al estándar probatorio local o foráneo.

La autonomía del delito de lavado de activos fue esbozada primero por el art. 6 pf. 3 de la Ley N° 27765, según el cual "*En los delitos materia de la presente ley, no es necesario que las actividades ilícitas que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria*". Esta fórmula fue objeto de múltiples críticas, en particular porque la no exigencia de investigación del delito previo podía conducir a condenas sin que se haya acreditado el origen ilícito de los bienes[1127], ante lo cual se llegó a proponer, en contra del Derecho positivo pero en base a garantías constitucionales esenciales como la presunción de inocencia, el derecho de defensa y el debido proceso, que la investigación del delito previo debía al menos haberse iniciado junto con la del lavado de activos y que de no hallarse indicios suficientes sobre el delito fuente entonces la investigación por lavado debía cerrarse[1128]. Esta interpretación correctiva fue complementada en nuestro medio con los aportes de la doctrina española[1129], en el sentido de que no era necesario acreditar

---

[1127] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. "Alcances de la ley penal contra el lavado de activos", en: *Actualidad Jurídica*, T. 105, Lima, agosto 2002, p. 64.

[1128] GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El delito de lavado de activos*, p. 308; GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte Especial*, p. 505.

[1129] En base a una norma que no tiene equivalencia en la legislación peruana, el art. 300 del CP español establece que las disposiciones del capítulo sobre lavado de activos y receptación "*se aplicarán aún cuando el autor o el cómplice del hecho del que provengan los efectos aprovechados fuera irresponsable o estuviera penalmente exento de pena*". Esto significa que para efectos dogmáticos y de prueba, es suficiente que el delito previo se entienda como comportamiento antijurídico o injusto penal.

todos los elementos del delito previo, el injusto culpable (incluso punible), sino y únicamente que la conducta generadora de los bienes es típica y antijurídica, es decir la existencia de un injusto penal[1130], lo que ha venido a identificarse como el criterio de la "*accesoriedad limitada*"[1131], la "*relación de accesoriedad limitada*" entre el delito previo y el blanqueo de capitales[1132], o la "*relación de integración*" porque el hecho previo es sólo un elemento que complementa o se integra al tipo de blanqueo[1133]. Aunque como veremos luego, la relación entre el delito precedente que dispensa el objeto material y el delito de lavado de activos, no puede ser otra que una de imputación objetiva.

La Corte Suprema adoptó en el año 2010, con carácter vinculante, sólo una parte de estos lineamientos y ha desarrollado algunos postulados sobre la prueba del delito fuente. Se ha establecido "*que la vinculación de la actividad de lavado de activos con el delito fuente no puede supeditarse a la estricta aplicación de las reglas de la accesoriedad que pueda condicionar su naturaleza de figura autónoma y del bien jurídico también autónomo, afectado por el lavado*", sin embargo "*El delito fuente, (…), es un elemento objetivo del tipo legal (…) y su prueba condición asimismo de tipicidad. No es menester como se ha indicado anteriormente, que conste acreditada la comisión mediante sentencia firme, ni siquiera que exista investigación en trámite ni proceso penal abierto. Es decir, expresamente se ha descartado una prejudicialidad homogénea de carácter*

[1130] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. "Algunas precisiones referentes a la ley penal contra el lavado de activos", p. 522; GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El delito de lavado de activos*, p. 95; GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte Especial*, pp. 503-504.

[1131] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, p. 486, aunque califica esta denominación de impropia porque el blanqueo no es un delito accesorio del delito previo.

[1132] ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*, p. 198.

[1133] ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP),* pp. 314-315, p. 325 nota 243.

devolutiva"[1134]. Pero ello no enerva la necesidad de que en el mismo proceso por lavado de activo deba ejercerse una mínima actividad probatoria en torno al delito fuente, se señala en ese sentido que "*El tipo penal de lavado de activos sólo exige la determinación de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes. No hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico, con la plenitud de sus circunstancias, ni de los concretos partícipes en el mismo (…); es suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la infracción grave, de manera general. Ha de constatarse algún vínculo o conexión con actividades delictivas graves (…) o con personas o grupos relacionados con la aplicación de este tipo legal*"[1135]. Así delimitado el objeto de prueba, la Corte Suprema desarrolla con poca novedad los lineamientos básicos de la prueba indiciaria, considerada como idónea y útil en los procesos vinculados a la criminalidad organizada en donde la prueba directa está ausente[1136]. Ello calza con el propio enunciado de la parte final del pf. 2º del art. 10 del D. Leg. 1106 conforme al cual "*El origen ilícito que conoce o debía conocer el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso*", norma que reproduce casi con exactitud el contenido del pf. 1 del art. 6 de la derogada Ley N° 27765 y que en gran medida tuvo como fuente el art. 3.3 de la Convención de Viena[1137] y del art. 6.2.f de la Convención de Palermo[1138] que reconocen la relevancia de la prueba indiciaria[1139]. Así, y volviendo sobre el

---

[1134] Fundamento Jurídico 32º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

[1135] Fundamento Jurídico 35º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

[1136] Fundamento Jurídico 33º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

[1137] "*El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso*".

[1138] "*El conocimiento, la intención o la finalidad que se requieren como elemento de un delito tipificado en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de las circunstancias fácticas objetivas*".

[1139] ABEL SOUTO, Miguel. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, pp. 102-103, 251.

Acuerdo Plenario, finalmente la Corte Suprema enuncia y desarrolla, también con escasa novedad, el sentido de algunos indicios que, conforme a la experiencia criminológica, criminalística y jurisprudencial, son recurrentes en los casos de lavado de activos[1140].

Este desarrollo jurisprudencial mantiene actualidad pese a que el art. 10 pf. 1 del D. Leg. N° 1106 ha radicalizado la noción de "*autonomía*" del delito de lavado de activos. El nuevo dispositivo establece que "*El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o sentencia condenatoria*". Al igual que la regulación derogada, no es necesario que el delito previo haya sido en el pasado objeto de investigación o fallo alguno, dicha actividad probatoria deberá ejecutarse cuando menos en el proceso penal que se instaure por el delito de lavado de activos. Antes bien, es de destacarse dos novedades, por un lado se ha enfatizado la no necesidad de que el delito fuente haya sido objeto de prueba alguna en cualquier contexto, dentro o fuera de un proceso oficial, lo que parece abrir la puerta a investigaciones o procesos por lavado de activos que pueden iniciarse sin prueba alguna del delito fuente que se postule. En esa misma línea restrictiva de derechos fundamentales, es más grave todavía que la ley acepte la posibilidad de investigar el delito de lavado sin que el delito fuente haya sido descubierto, lo que entendido de modo literal podría justificar la realización de investigaciones por lavado sin la identificación y delimitación del delito precedente, sin una hipótesis, por preliminar o provisional que fuera, sobre el delito fuente. En ese contexto, con simples alertas como el desbalance patrimonial de una persona, podría dictarse una decisión de diligencias preliminares o de formalización de investigación preparatoria en donde la investigación gire en torno al enriquecimiento del particular[1141] y no

---

[1140] Fundamento Jurídico 34º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

[1141] Como sanciona el art. 327 del CP colombiano al incriminar al que "*de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incre-*

al presunto delito que lo originó, y simplemente porque no es necesario que éste haya sido descubierto. Principios constitucionales básicos como el de imputación necesaria, el derecho de defensa o el derecho a probar, fundamentan la necesidad de determinación del delito precedente en toda investigación por lavado de activos[1142] y, en consecuencia, la inaplicación de estos extremos de la nueva norma.

4. La imputación objetiva en los procesos de contaminación/descontaminación del objeto material

En la medida que el bien a reciclar puede provenir de modo directo o indirecto de cualquier delito previamente cometido, se acepta que el lavado de activos también se configure como delito fuente de un nuevo acto de lavado, con ello se da paso a la sanción del llamado "*lavado sustitutivo o por sustitución*", en donde el bien se sustituye o se transforma completamente al punto de no quedar nada del bien originario, así como del "*lavado en cadena*" que implica la sucesión de diversos actos de reciclaje en base al mismo bien u otros que deriven del mismo[1143]. Los procesos de sustitución y blanqueo en cadena pueden corresponder, según cada caso, a supuestos de conversión de activos, específicamente a conductas de transformación, o transferencia de bienes, y en ellos es común que se produzca la mezcla o contaminación de activos de origen lícito con los de procedencia ilícita. La admisión de estas modalidades típicas requiere sin embargo la identificación de límites precisos a fin de evitar una sobrecriminalización *ad infinitum* o la punición de con-

---

mento patrimonial no justificado, derivado de una u otra forma de actividades delictiva". Vid., CAMARGO, Pedro Pablo. *El delito de enriquecimiento ilícito*, 4ª ed., Leyer, Bogotá, 2002, pp. 43 ss.

[1142] CASTILLO ALVA, José Luis. "La necesidad de determinación del «delito previo» en el delito de lavado de activos. Una propuesta de interpretación constitucional", pp. 341 ss.

[1143] GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El delito de lavado de activos*, pp. 92-93; GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte Especial*, p. 502; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*, p. 193.

ductas por la simple conexión causal, por lejana que fuera, con bienes que han sido objeto de actos de blanqueo de capitales. El injusto del lavado de activos no puede reducirse "*a cualquier contacto con los bienes originarios en la ejecución de conductas delictivas, dado que se termina atribuyendo a los bienes de origen ilícito una capacidad ilimitada de contaminación respecto a los de procedencia lícita, cuando éstos se intercambian o se mezclan*"[1144]. Por esa vía, en un corto tiempo podría llegarse a considerar contaminada una parte esencial de la economía legal[1145].

La necesidad de diferenciar los activos de fuente ilícita de aquéllos de procedencia lícita, tanto en los casos de transformación o conversión total o parcial de bienes, como de mezcla, ha quedado claramente expresada en las Convenciones de Viena[1146] y de Palermo[1147]. Conforme a

---

[1144] ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP),* p. 325.

[1145] BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, p. 288.

[1146] *"Artículo 5.- Decomiso (…)*

6. *a) Cuando el producto se haya transformado o convertido en otros bienes, éstos podrán ser objeto de las medidas aplicables al producto mencionadas en el presente artículo.*
   b) Cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, sin perjuicio de cualquier otra facultad de incautación o embargo preventivo aplicable, se podrán decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado.
   c) Dichas medidas se aplicarán asimismo a los ingresos u otros beneficios derivados de:
   i) el producto.
   ii) los bienes en los cuales el producto haya sido transformado o convertido; o
   iii) los bienes con los cuales se haya mezclado el producto de la misma manera y en la misma medida que el producto. (…).
8. *Lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. (…)"*

[1147] *"Artículo 12. Decomiso e incautación (…)*

3. *Cuando el producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, esos bienes podrán ser objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo.*

esta regulación de Derecho penal internacional, las medidas de coerción reales como el embargo o la incautación, o la consecuencia jurídico-patrimonial del delito que se concreta en el comiso o decomiso, sólo pueden afectar el patrimonio contaminado, dejándose indemnes los activos de fuente lícita. Aunque estas reglas no han sido implementadas en el Derecho interno, debe aceptarse su aplicación directa e inmediata porque conforme al art. 55 de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho nacional[1148], y si versan sobre derechos reconocidos por la Constitución, en este caso el patrimonio que se puede ver afectado por el embargo, la incautación o el comiso, se consideran que tienen rango constitucional conforme a la Cuarta Disposición Final y al contenido de los arts. 2 y 3 de la Ley Fundamental[1149]. Evidentemente las Convenciones de Viena y de Palermo no son tratados sobre Derechos Humanos, pero contemplan re-

---

4. *Cuando el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes podrán, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación, ser objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado.*
5. *Los ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido el producto del delito o de bienes con los que se haya entremezclado el producto del delito también podrán ser objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito. (…)*
7. *Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas.*
8. *Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. (…)"*

[1148] NOVAK, Fabián & SALMÓN, Elizabeth. *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos*, PUCP, Lima, 2000, p. 108; SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*, Vol. I. 2ª ed., Grijley, Lima, 2003, p. 19.

[1149] NOVAK, Fabián & SALMÓN, Elizabeth. *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos*, p. 123.

glas que afectan y protegen derechos fundamentales como el patrimonio de la persona, en concreto el derecho a diferenciar y salvaguardar de cualquier medida temporal o definitiva el patrimonio de origen lícito. Acorde con ello, el art. 253 del CPP de 2004 impone que la restricción de estos derechos fundamentales a través de las medidas coercitivas se someta a las garantías y principios esenciales como los de proporcionalidad y razonabilidad[1150] que, aplicados al caso, conllevan la necesidad de que una investigación por lavado de activos, y por ende la sentencia final, sólo puedan afectar los bienes de origen ilícito.

Zanjado lo anterior, la cuestión que se plantea es otra y consiste en establecer las reglas de imputación, o de no imputación, cuando el objeto material del delito es el producto de la mezcla entre activos de origen lícito e ilícito, o cuando dicho objeto ha sido transformado o sustituido. Los planteamientos más difundidos en esa dirección son los de BARTON[1151], expuestos y adaptados para el Derecho español por BLANCO CORDERO[1152], quien propone resolver o establecer los nexos entre los bienes y la conducta delictiva previa aplicando los mismos criterios que sirven para atribuir un determinado resultado a una conducta[1153], por ello analiza el valor de las teorías de la causalidad, en concreto la equivalencia de las condiciones, de la adecuación y de la imputación objetiva, decantándose por ésta última: "*un bien no procede de un hecho delictivo (…) cuando según la teoría de la imputación objetiva se rompe el nexo causal existente conforme a consideraciones normativas. Se podría decir que la causalidad exigida con un delito previo no se da cuando éste no*

[1150] CÁCERES JULCA, Roberto. *Las medidas de coerción procesal. Sus exigencias constitucionales, procesales y su aplicación jurisprudencial*, Idemsa, Lima, 2006, pp. 39 ss.

[1151] Su conocido trabajo sobre el objeto de la acción en el lavado de dinero, BARTON, Stephan. "Das Tatobjekt der Geldwäshe: Wann rührt ein Gegenstand aus einer der im Katalog des § 261 I Nr. 1-3 StGB bezeichnet Straftaten her?", en: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, vol. 4, 1993, pp. 159 ss.

[1152] BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, pp. 294 ss.

[1153] ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*, p. 208.

es jurídicamente significativo para el bien"[1154]. Bajo esa línea, considera por ejemplo que los casos de mezcla de bienes lícitos e ilícitos sobre los cuales se ejecutan conductas de lavado posteriores, y la hipótesis de plusvalía y rendimiento de los bienes mezclados, deben resolverse conforme al criterio de la "*significancia jurídica*": "*allí donde la correlación entre elementos manchados y no manchados de un bien lleve al resultado de que los primeros no son significativos para el bien, la mezcla no debe considerarse proveniente de un delito previo*"[1155], significancia que BARTON concreta en base a criterios "*socioeconómicos*", o más bien matemáticos, si la parte del bien que se origina en un delito anterior fluctúa entre el 1/1000 y el 5/100, entre 0.1% y 5%, entonces el bien no puede considerarse de procedencia ilícita, si supera el 5% ya se erige como un bien idóneo para el blanqueo[1156]. Pero en estricto, BARTON apuesta por una teoría de la imputación objetiva que no aplica, identifica una serie de supuestos en los que a su juicio no existe "*significación jurídica*" sin explicar si ello corresponde al criterio de peligrosidad de la acción (riesgo permitido o no creación de un riesgo jurídicamente relevante) o al ámbito de protección de la norma (no realización del riesgo en el resultado)[1157].

Partiendo igualmente del nivel de significancia, BLANCO CORDERO considera que "*el recurso al principio de proporcionalidad y al análisis del caso concreto en relación con el grado de correlación entre la parte legítima y la delictiva, han de ser utilizados por el juez en la decisión de estos supuestos*"[1158]. Así, junto a las teorías de la causalidad impone otros correctivos jurídico-civiles, la adecuación social y las reducciones teleológicas[1159], aunque sacrificando la coherencia de su planteamiento,

---

[1154] BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, p. 295.

[1155] *Ibid*., p. 297.

[1156] *Ibid*., p. 297, notas 332 y 335.

[1157] ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*, p. 208.

[1158] BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, p. 300.

[1159] *Ibid*., pp. 295 ss. Le sigue, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, p. 488.

por ejemplo considera en base a la equivalencia de las condiciones que los bienes producidos por una corporación no están contaminados aún cuando el delincuente ha adquirido una participación en la empresa con dinero de origen ilegal[1160], o con base en la teoría de la adecuación también concluye que no está manchado el jugoso premio obtenido mediante un ticket de lotería comprado con dinero de fuente ilícita[1161]. De esta manera BLANCO CORDERO "*resuelve cada uno de los supuestos problemáticos en base a una teoría de la causalidad distinta, con lo que su argumentación, aceptable caso por caso, pierde coherencia si es valorada en su conjunto*"[1162].

También en la doctrina española, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ postula la incapacidad de rendimiento de las teorías de la equivalencia de las condiciones, de la adecuación o de la imputación objetiva para fundamentar la descontaminación del bien, porque se trata de construcciones que por el contrario sirven para fundamentar o afirmar la relación de causalidad entre la conducta y el resultado, y no para romper ese nexo o vínculo entre el bien y el delito precedente[1163]. Para este autor es necesario en consecuencia recurrir a una interpretación teleológica, es decir al fin de la regulación contra el blanqueo de capitales, "*que no es otro que el aislamiento de los beneficios procedentes de un delito grave del tráfico económico legal*"[1164]. Pero la interpretación teleológica que postula

---

[1160] BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, p. 291.

[1161] *Ibid*., p. 293.

[1162] ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*, p. 209, extendiendo tal crítica a DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, p. 109, quien también ha postulado acudir a la teorías de la equivalencia de las condiciones, de la adecuación y de la imputación objetiva.

[1163] ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*, p. 209. Del mismo modo, ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP),* p. 325, nota 244.

[1164] ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*, pp. 209-210.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ parece jugar un rol meramente secundario o auxiliar, y es que pese a las críticas a BARTON e Isidoro BLANCO, el autor enfrenta el supuesto básico de mezcla de bienes de procedencia ilícita con los de origen lícito, adoptando los planteamientos del propio BARTON, quien "*resuelve el supuesto en base a la significación jurídica de la parte sucia en relación a la limpia*"[1165]. Ante el modelo de BARTON, el autor español sólo incorpora dos matizaciones, por un lado cuestiona la relevancia del criterio porcentual[1166], plantea que un mejor criterio es "*considerar que siempre que se pueda conocer que una parte de un bien tiene procedencia ilícita, entonces ese bien puede ser objeto material del blanqueo*"[1167]. En segundo término, dado que la descontaminación por mezcla solo tiene sentido cuando el bien tenga una unidad, si el bien es divisible –dinero por ejemplo- podrá escindirse la parte de origen delictivo, entonces "*si de un conjunto pueden separarse (antes de la mezcla) los bienes de ilícita procedencia, éstos no pierden tal condición, aunque supongan una parte insignificante del conjunto (luego de la mezcla)*"[1168].

Este mismo tratamiento de los casos de mezcla es extendido por el autor a otros cuatro supuestos generalmente referidos en la doctrina como casos autónomos, pero que en rigor configuran modalidades de aquélla: 1) los beneficios ordinarios producidos por el bien de origen ilícito (los intereses de un depósito bancario, las utilidades de las acciones) también adoptan ese origen ilícito, porque derivan directamente de dicho bien y se mezclan con éste, salvo que el bien originalmente ilícito sea divisible en cuyo caso sólo se contamina el beneficio en la proporción

---

[1165] *Ibid*., p. 211.

[1166] Como se explicó antes, para BARTON si la parte de origen delictivo no supera el rango de 0.1% a 5%, entonces el bien no se reputará contaminado, si supera el 5% será lo contrario, y "*Entre esos límites la cuestión ha de resolverse atendiendo a cada caso concreto, dependiendo del tipo de objeto que se trate y la forma en la que se mezcló con bienes de ilícita procedencia*", *Ibid*., p. 211.

[1167] *Ibid*., p. 211.

[1168] *Ibid*., pp. 211-212, textos entre paréntesis añadidos.

correspondiente[1169]; 2) los beneficios extraordinarios (ganar la lotería!) producidos por el bien de origen ilícito (el ticket) no se contaminan porque solo una ínfima parte del capital tiene origen ilegal, careciendo de la significación necesaria para extender el efecto contaminante[1170]; 3) las trasmisiones parciales de un bien parcialmente proveniente de un delito grave (una cuenta bancaria mezcla capitales de origen ilícito y lícito, y se transfiere una parte de dicho capital a otra cuenta), están contaminadas en la proporción que de origen ilícito tenía el bien producto de la mezcla[1171]; y, 4) si se transforma el bien por el trabajo de un tercero, no hay contaminación si dicho bien no tiene un valor significativo frente al trabajo realizado (lienzo/pintura)[1172]. El autor analiza tres supuestos más distintos a la mezcla: 5) en los casos de devaluación (carro nuevo/carro depreciado o incluso chatarra) y revalorización (un inmueble que multiplica su valor por el cambio de uso o la mayor demanda) del bien de origen ilícito, dicho origen subsiste, porque se trata exactamente del mismo bien, y en el último caso se produce el contagio de la ilicitud originaria a la parte revalorizada; 6) si el bien de origen ilícito se adquiere "*de buena fe*", sin poder conocerse el origen ilícito, el bien se descontamina, al menos provisionalmente, aunque en su lugar queda contaminado el bien obtenido como contraprestación por la transmisión, el nexo de ilicitud resurge si luego otro adquiere el mismo bien sabiendo de su origen delictivo, por ello se considera en rigor que la adquisición de buena fe es solo un supuesto de "*transacción económica neutra*" incapaz de afectar el bien jurídico[1173]; y, 7) si se produce la prescripción o despenalización del hecho delictivo, el origen delictivo del bien desaparece, el bien se descontamina[1174].

[1169] *Ibid*., pp. 212-213.

[1170] *Ibid*., p. 213.

[1171] *Ibid*., p. 215.

[1172] *Ibid*., p. 216.

[1173] *Ibid*. p. 217.

[1174] *Ibid*., pp. 218-219.

La conocida vinculación entre contaminación/descontaminación y comiso ha sido defendida en el Derecho penal alemán por VOGEL[1175], y en Suiza por GRABER[1176]. Este último sostiene que solamente podría ser bien apto para la confiscación –y, por ende, para el lavado de activos[1177]-, la parte de origen ilegal y no el resto, conclusión que viene avalada de cierta forma por el art. 5.6.b) de la Convención de Viena y el art. 12.4 de la Convención de Palermo que, en los casos de mezcla, resuelven que sólo podrán decomisarse los bienes hasta el valor estimado del producto de origen delictivo mezclado. En la literatura española, PALMA HERRERA considera que quienes proponen resolver los casos de mezcla conforme a la "*significancia*" o la "*cognoscibilidad*" cometen el yerro de equiparar el objeto material con la totalidad del bien sobre el que recae la conducta típica[1178], cuando en estricto "*el objeto material será el bien pero sólo en la proporción en la que el mismo procede de un delito (…) Y sí, como hemos visto, basta con una sola peseta de procedencia delictiva para entender realizado el tipo penal, aunque sólo sea de origen delictivo, el bien, en esa ínfima parte, podrá ser objeto material de un delito de blanqueo*"[1179].

En esta línea de ideas, en los casos de revalorización del bien por el trabajo de un tercero, el incremento económico suscitado deberá estimarse de origen lícito[1180]. En el supuesto de transformación no se pierde el origen ilícito porque el art. 127.1 del Código Penal español impone que el decomiso procede "*cualesquiera que sean las transformaciones que hubie-*

[1175] Citado por ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*, p. 209.

[1176] Citado por BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, p. 298.

[1177] *Ibid*., p. 298, vid la nota explicativa 341.

[1178] PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales*, pp. 363-364.

[1179] *Ibid*., pp. 363-364.

[1180] *Ibid*., p. 364.

ren podido experimentar" los bienes[1181], conclusión compatible con el art. 102 del Código Penal peruano, reformado por el art. 1 del D. Leg. N° 982 de 22.7.07, que extiende el comiso a "*cualquier producto proveniente*" de la infracción. En los casos de sustitución, y concretamente en la adquisición por un tercero de buena fe, PALMA HERRERA interpreta que el nexo del bien con el delito previo no se pierde nunca, aunque en los casos de buena fe decaiga la pretensión estatal de decomisar para salvaguardar de modo excepcional al adquirente[1182], como establece expresamente la parte final del art. 127.1 del texto español, solución que para un sector de la doctrina nacional también contemplaría el texto actual del art. 102 del texto peruano[1183], aunque esto pueda ponerse en duda por la ausencia de una declaración expresa de tutela al adquirente de buena fe, la que sí podía deducirse del texto anterior del art. 102 que excluía el comiso de bienes "*que pertenezcan a terceros no intervinientes en la infracción*"[1184], y más porque el art. 948 del Código Civil, pese a la buena fe, excluye la adquisición *a non domino* de bienes muebles "*adquiridos con infracción de la ley penal*". Finalmente, PALMA HERRERA señala que únicamente la despenalización del hecho previo tiene la aptitud suficiente para descontaminar o desvincular el bien de su origen delictivo, lo que no acontece con la prescripción que "*no niega la existencia de un hecho típico y antijurídico previo*"[1185], aunque también aquí se pierda el interés estatal de perseguir el blanqueo de capitales porque no existen bienes decomisables[1186].

[1181] *Ibid*., p. 364.

[1182] *Ibid.*, p. 366.

[1183] GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2008, p. 750, "*el decomiso debe tener como límite la adquisición onerosa por un tercero de buena fe, en la medida que, de otro modo, se afectaría sensiblemente la seguridad en el tráfico patrimonial*".

[1184] CASTILLO ALVA, José Luis. *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Idemsa, Lima, 2001, pp. 230-231.

[1185] PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales*, p. 367.

[1186] *Ibid*., pp. 368-369.

ARIAS HOLGUÍN adopta los postulados de PALMA HERRERA, para ella el comiso define el límite para la constitución del objeto material del blanqueo, "*porque justamente éste es el instrumento mediante el cual el ordenamiento jurídico proscribe la circulación por el sistema financiero de los activos que son originados en la ejecución de conductas delictivas. Fuera de estos eventos los bienes son transferibles y disponibles*"[1187]. Y frente a críticas que inciden en la evidente diferencia de fines entre el blanqueo y el comiso[1188], la autora niega que la función del tipo de blanqueo estribe en el aseguramiento del comiso, pues "*tan solo se trata de buscar el recurso para realizar el juicio sobre si los bienes que se han originado en la comisión de conductas delictivas, pero que mediante otras operaciones o transacciones se han sustituido o transformado, reúnen las características requeridas para ser el objeto material de esta incriminación*"[1189]. Bajo esta perspectiva, la verdadera complicación de los casos de mezcla son, como en el comiso, los problemas de prueba para determinar qué bienes o qué parte de éstos tiene origen ilícito y cuál no. Por ejemplo, no es aceptable calificar como íntegramente de origen ilegal un bien mezclado respecto del cual sólo se ha probado su ilegalidad en una parte, y cargar al titular de los bienes con la prueba de que si existe una parte de origen legal[1190]. Aunque, como concluye ARIAS HOLGUÍN, dicho debate no puede afectar el juicio sobre la idoneidad de los límites del

---

[1187] ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP),* pp. 325-326.

[1188] ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*, p 209.

[1189] ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP),* p. 326.

[1190] BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, p. 298. Precisamente los arts. 5.7 y 12.7 de la Convenciones de Viena y de Palermo, respectivamente, postulan un mecanismo de inversión de la carga de la prueba, el imputado deberá probar el origen licito de los supuestos bienes blanqueados, regla que no puede adoptarse conforme al Derecho peruano que reconoce a nivel constitucional la presunción de inocencia (art. 2.24.e).

comiso para constituir el objeto material del delito de blanqueo de capitales[1191].

La revisión de todos estos aportes evidencia los esfuerzos de la doctrina de la parte especial por delimitar o acotar la conexión entre el bien y su origen delictivo, o dicho de otro modo por determinar en qué casos el objeto material del delito es un objeto idóneo para la comisión del lavado de activos. No se enfrenta por lo tanto un problema de determinación de la relación o grado de accesoriedad o integración entre el delito precedente y el blanqueo como se ha sostenido, tampoco se trata de un problema de causas equivalentes o de adecuación social, al menos no como ha sido descrito por la doctrina referida. El asunto de la idoneidad o suficiencia del objeto material de la conducta debe enfrentarse desde la perspectiva de la **imputación objetiva**. Definir si el patrimonio que deriva de la mezcla de activos de doble fuente, legal e ilegal, o si el bien adquirido de buena fe son activos en el sentido del tipo de lavado, es determinar la condición de idoneidad del objeto material y, por esa vía, definir el grado de desvaloración o no de la conducta que se ejerce sobre dicho objeto. En otras palabras, la capacidad del objeto material para la comisión del delito de lavado de activos incide directamente en la peligrosidad de la conducta para lesionar el bien jurídico desde una perspectiva *ex-ante*[1192], si los actos de conversión o transferencia recaen sobre objetos descontaminados, son tan atípicos como la tentativa inidónea por la "*absoluta impropiedad del objeto*" (art. 17 del CP). En efecto, ésta última se define precisamente recurriendo a "*la peligrosidad de la acción cometida por el agente, mediante la cual es imposible consumar el delito, porque (…) el objeto (es) inapropiado. Estas características indican una falta de capacidad potencial para hacer factible la consumación. La apreciación de esta potencialidad del medio (…) y por consiguiente de la*

[1191] ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP),* p. 326.

[1192] Vid. ampliamente sobre la peligrosidad *ex-ante* de la conducta, CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, Gráfica Horizonte, Lima, 1999, pp. 492ss.

acción, debe hacerse ex ante e in concreto. Dicho de otro modo, el juez debe colocarse, idealmente, en la misma posición en que se encontraba el agente al comenzar la ejecución de su acción y apreciar, según los conocimientos que tenía, si la acción podía, según las circunstancias del caso, desembocar en la realización del tipo legal. (…) El peligro del que se trata es el que representa la acción realizada para los bienes jurídicos de terceros"[1193].

Si la peligrosidad *ex-ante* de la conducta de lavado depende o deriva, al menos en parte, de la condición del objeto material que, en el caso del blanqueo, es un bien derivado de un delito previo y por ende "*contaminado*" o "*manchado*" por su origen, entonces el objeto no puede ser sino un **objeto peligroso**, es decir un objeto respecto del cual cabe predicar su peligrosidad también desde una perspectiva *ex-ante*. La peligrosidad del objeto, o de la "*cosa*" como solía denominarse en la literatura antigua, no es una categoría nueva en el Derecho penal si tomamos en cuenta la existencia de múltiples tipos de la parte especial que fundan la antijuricidad material, entre otros elementos, con la descripción de una situación o circunstancia en la que un objeto o un bien, de lícito o ilícito comercio, aparece también, para usar la misma expresión que en el lavado de activos, "*contaminado*" o "*manchado*" por: 1) una condición intrínseca al objeto, 2) por la propia conducta típica, 3) por su conexión con un hecho del pasado, o 4) por su vinculación a una conducta futura. Ejemplos del primer grupo son el tipo de tráfico ilegal de "*residuos o desechos tóxicos o peligrosos*" (art. 307 del CP), el delito de manipulación de "*armas químicas*" (art. 279-A del CP) o la conducta de posesión de "*drogas tóxicas*" (art. 296 pf. 2 del CP), en estos casos la peligrosidad del objeto es inherente al bien independientemente del tipo de conducta que pueda recaer sobre el mismo. El segundo caso corresponde por ejemplo al delito de hacer en todo o en parte un documento falso o adulterar uno verdadero (art. 427 pf. 1 del CP), en este supuesto la peligrosidad del objeto es producto de la propia actividad delictiva, peligrosidad que en el ejemplo citado estriba en que el documento falso o

[1193] HURTADO POZO, José & PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho penal. Parte general*, T. II, 4ª ed., Idemsa, Lima, 2011, §19/2176-2178.

adulterado "*pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho*". En el tercer grupo la peligrosidad deriva de un hecho pasado, como en la receptación (art. 194 del CP) o el lavado de activos, aquí la peligrosidad se profundiza o se proyecta en nuevos cursos peligrosos o lesivos, a través de las conductas típicas que recaen sobre el objeto. Finalmente, el cuarto caso puede ejemplificarse con el tipo de posesión, transporte, adquisición o venta no autorizada de "*insumos químicos o productos*" (art. 296-B del CP), aquí la peligrosidad de la cosa sólo puede explicarse por su conexión con un futuro hecho ilícito, que para la ley se concreta en "*el objeto (el fin) de destinarlos a la producción, extracción o preparación ilícita de drogas*"[1194].

En varios de estos casos la peligrosidad del objeto material demanda, además de las prohibiciones penales, diferentes grados de inocuización, una serie de reglas previas o coetáneas a la norma penal[1195] para la administración eficiente del riesgo de uso, manipulación, transporte, resguardo, tenencia, etc., que pueden ir desde la aplicación de reglas administrativas indicadoras de los niveles de riesgo permitido, para el transporte de residuos peligrosos por ejemplo, hasta el embargo, la incautación, el decomiso, la pérdida de dominio o incluso la destrucción del objeto, como en el caso de las drogas o los billetes falsificados que son de ilícito comercio. En el caso concreto del lavado de activos provenientes de un delito anterior, las reglas de interdicción de los capitales de origen ilegal abarcan: 1) la aplicación de la incautación y/o el comiso como consecuencia del delito anterior; 2) el sistema de prevención que impone obligaciones administrativas o de *compliance* a diferentes sujetos obligados, dentro y fuera del sistema financiero, para la evitación de potenciales conductas de lavado y la identificación del presunto patrimonio ilícito: conocimiento del cliente, debida diligencia, desvinculación del cliente, monitoreo constante de operaciones inusuales, e identificación y reporte de operaciones sospechosas (incluso reforzada

[1194] Texto entre paréntesis fuera del original.

[1195] Propias de la norma penal secundaria, como el comiso.

penalmente a través del delito del art. 5 del D. Leg. N° 1106); 3) las prohibiciones propiamente penales de negociar con bienes de origen ilegal, las diferentes modalidades del lavado de activos; y, 4) las consecuencias patrimoniales del propio delito de lavado y su tutela cautelar.

Frente a este panorama, la determinación normativa de la peligrosidad *ex-ante* del objeto material deberá obedecer en primer término a criterios teleológicos derivados del ámbito de protección de la norma: no están permitidas las conductas de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia, únicamente si el objeto de origen delictivo es idóneo, desde una perspectiva general *ex-ante*, para insertarse en el tráfico legal o lícito de bienes. En segundo lugar, y como complemento necesario para dicha determinación, deberá atenderse al sistema de reglas previas o coetáneas a la norma penal para el tratamiento de tales objetos, las que se erigen como *ratio cognoscendi* de los niveles de riesgo permitido[1196] porque, para decirlo en palabras de JAKOBS, "*deja de estar permitido aquél comportamiento que el propio Derecho define como no permitido, prohibiéndolo ya por su peligrosidad concreta o abstracta, incluso bajo amenaza de pena o multa administrativa*"[1197].

Desde esta perspectiva de valoración que estimo como dogmáticamente correcta, quedan sin espacio las propuestas que definen la descontaminación del objeto en casos de mezcla con criterios de gran acento cuantitativo como el de BARTON de la "*significancia jurídica*", que incluso acude a fórmulas matemáticas como el límite del 5% que si bien aporta seguridad jurídica, carece de asidero legal y dogmático desde la perspectiva de la imputación objetiva, porque ni siquiera implica una determinación del riesgo permitido conforme a una ya opinable razón

---

[1196] CARO CORIA, Dino Carlos. "El valor de la infracción administrativa en la determinación del riesgo permitido en el Derecho penal económico", en: *ADPE,* N° 1/2011, pp. 20-21.

[1197] JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 1998, p. 48.

de cálculo de costes y beneficios[1198]. Si bien BLANCO CORDERO recurre a correctivos cualitativos como el principio de proporcionalidad, que en rigor inspira a todo el Derecho punitivo, finalmente se ciñe a criterios cuantitativos cuando postula el análisis del caso concreto en relación con el grado de correlación entre la parte legítima y la delictiva. La perspectiva de ARÁNGUEZ SÁNCHEZ tampoco es convincente porque sólo se funda en la perspectiva teleológica que conecta el objeto al bien jurídico protegido, sin referencia alguna a la regulación que soporta el tratamiento jurídico del objeto material.

A su vez, la delimitación del objeto material bajo los mismos límites del comiso, como defienden PALMA HERRERA y ARIAS HOLGUÍN, tiene la virtud de emparentar dos conceptos con tres elementos comunes: 1) el objeto material del lavado y el objeto del comiso derivan de un injusto penal (conducta típica y antijurídica)[1199], que eventualmente puede ser el mismo; 2) dentro de las múltiples posibilidades del tipo alternativo de lavado se tiene el caso en que el objeto material es un bien decomisable –"*(…) con la finalidad de evitar (..) su (…) decomiso*"-; y, 3) la peligrosidad del objeto del lavado se asemeja a la peligrosidad objetiva de la cosa que fundamenta el comiso y emana del "*pronóstico de probabilidad de que (los objetos peligrosos) pudieran ser utilizados en el futuro para la comisión de nuevos delitos, sin necesidad de que el autor del hecho previo fuera además culpable y sin necesidad asimismo de que los citados instrumentos tuvieran que pertenecer forzosamente a aquél*"[1200]. Esa última semejanza es de la mayor trascendencia porque abona en la delimitación del objeto material del lavado aquí defendida con base en la imputación objetiva, pues la peligrosidad objetiva de la cosa decomi-

---

[1198] *Ibid*., p. 43.

[1199] En relación al comiso, GRACIA MARTÍN, Luis y otros. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, p. 394; GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, p. 749.

[1200] GRACIA MARTÍN, Luis y otros. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, p. 394; GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, p. 747, texto entre paréntesis añadido.

sada sirve también para la fundamentación de las consecuencias accesorias contra la persona jurídica, peligrosidad corporativa que se ha venido construyendo partiendo de la imputación objetiva, bajo conceptos como el riesgo o defecto de organización, o deficiente administración del riesgo[1201], como ha establecido el Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116 de 13.11.09[1202]. Como señala FEIJÓO SÁNCHEZ, "*La «teoría de la imputación objetiva» es una teoría normativa que pretende averiguar el sentido y fin de las normas con relevancia penal. Por ello para solucionar esta problemática es preciso –una vez más- determinar la finalidad político criminal de las consecuencias accesorias para las personas colectivas. Partiendo, como ya he defendido, de la idea de que estas consecuencias tienen como finalidad combatir la peligrosidad objetiva de la persona jurídica o agrupación basada en un defecto de organización que facilita la comisión de hechos antijurídicos, las ideas desarrolladas por la doctrina alemana, especialmente por* Tiedemann *y* Schünemann*, tienen gran utilidad para resolver esta problemática. La consecuencia para la persona jurídica sólo tiene sentido en aquellos casos en los que la actuación delictiva de la persona física se debe a un defecto de organización o a una gestión empresarial criminógena de la empresa o asociación que se mantiene o que se puede repetir después de la comisión del hecho delictivo por parte de la persona física. En ese momento se muestra necesaria la adopción de una medida preventiva para que no se vuelvan a repetir hechos de esas características*"[1203]. Ahora bien, esta gran conexión entre el objeto material del delito de lavado y el comiso no justifica concluir que el objeto material equivale a un bien decomisable, con ello se dejaría de lado tanto la perspectiva teleológica ya expuesta, como la extensa regulación que permite configurar sis-

---

[1201] CARO CORIA, Dino Carlos. "Responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho penal peruano e iberoamericano", en: Guzmán Dálbora, José Luis (Coord.). *El penalista liberal. Libro homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 1022 ss.

[1202] Fundamentos Jurídicos 11° y 15º B.

[1203] FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿un medio eficaz de protección del medio ambiente?", en: *RPCP*, N° 9, p. 283.

temáticamente la noción de riesgo permitido conforme a la imputación objetiva y que, conforme se ha visto, trasciende el ámbito del decomiso que en tal contexto sólo puede aceptarse como un criterio más, acaso auxiliar o incluso irrelevante en determinados casos, por ejemplo se puede decomisar los instrumentos del delito conforme al art. 102 del CP, pero estos no conforman el objeto material del tipo de lavado.

En esta perspectiva, el recurso a la imputación objetiva para la concreción de la peligrosidad del objeto material del delito de lavado, implica dejar de lado las no poco comunes soluciones subjetivas, consistentes en bloquear la punición cuando es difícil o imposible probar el dolo del agente más allá de toda duda razonable[1204], éstas son insatisfactorias porque no contemplan la exclusión de grupos de conductas en las que el sujeto por ejemplo conoce de modo actual o potencial el origen ilícito del bien, pero sencillamente no tiene el deber de evitar la conducta de traficar con dichos bienes. En el estado actual de la teoría del delito no sólo el dolo es un filtro de la tipicidad, sino y antes que él, el tipo objetivo, de modo que es dogmáticamente incorrecto resolver casos con el filtro subjetivo cuando éstos ni siquiera implican la realización de una conducta no permitida[1205]. La jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Sala Penal Nacional sigue este derrotero, la Sala Penal Permanente ha establecido por ejemplo que la canalización de una transacción a través del circuito financiero formal elimina la presunción respecto del origen ilícito de los fondos[1206], si el dinero proviene del propio canal

---

[1204] FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998, pp. 300 y 390; CÓRDOBA RODA, Juan & GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, T. I, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 1155-1156.

[1205] CANCIO MELIÁ, Manuel. "Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva", en: *Estudios de Derecho penal*, Palestra-C&A 2010, Lima, p. 148.

[1206] Ejecutoria de la Sala Penal Permanente de 26.5.04, Recurso de Nulidad N° 2202-2003/Callao, considerando 8º y 9º, en: SAN MARTÍN CASTRO, César. *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, Palestra, Lima, 2007, pp. 549-550.

financiero entonces dichos activos, y el cliente en particular, han tenido que ser sometidos a las reglas de prevención por parte del o los sujetos obligados del sector financiero que han servido de canal previo para su incorporación en dicho mercado. Aunque el imputado desde el punto de vista fáctico o natural haya podido sospechar del origen ilegal, ello es irrelevante porque conforme a la imputación objetiva ha actuado bajo el principio de confianza, no ha realizado una conducta no permitida al operar con activos provenientes del propio circuito financiero y cuyo tránsito a través del mismo, en caso los bienes tuvieran origen ilegal, debió ser bloqueado y reportado oportunamente por el operador financiero competente. La Sala Penal Nacional es más explícita en la tesis de que el circuito financiero es un medio de descontaminación del objeto material, en el caso Duany Pazos señaló que "*es de tenerse en cuenta que la transferencia de las acciones se sustentó en el pago de cheques de gerencia de un Banco como el Atlantic Security Bank, que como es parte del sistema financiero formal estaba en la obligación de realizar los controles por transacciones sospechosas, debiéndose estimar que la entrega de cheques por parte de quien había contratado sus servicios profesionales generaba confianza sobre su licitud (principio de confianza)*"[1207].

La capacidad de rendimiento de la imputación objetiva para la delimitación del objeto material del delito en general[1208], también puede apreciarse frente a los casos de lavado de activos enunciados por la literatura de la parte especial. Los casos de despenalización y de pres-

---

[1207] Del mismo modo, el Auto de la Sala Penal Nacional de 8.4.09, Expediente N° 945-08-C, caso Juan Duany Pazos y otros, fundamento séptimo.

[1208] Vid. por ejemplo, PASTOR MUÑOZ, Nuria. *Los delitos de posesión y de estatus: una aproximación político criminal y dogmática*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 33 ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "La dimensión temporal del delito y los cambios de «status» jurídico-penal del objeto de acción", en: *Estudios de Derecho penal*, Grijley, Lima, 2000, pp. 180 ss.; CARO CORIA, Dino Carlos. "El delito de enriquecimiento ilícito", en: San Martín Castro, César/ Caro Coria, Dino Carlos/ Reaño Peschiera, José Leandro. *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, Jurista, Lima, 2002, pp. 216-220.

cripción del delito previo suponen un cambio del estatus jurídico del objeto material, pasa de ser "*peligroso*" a no serlo, y la inexistencia de un objeto peligroso determina la inidoneidad absoluta de la conducta para cometer lavado de activos, en el caso específico de la prescripción la presunción de inocencia se mantiene incólume ante el decaimiento de la obligación del Estado de investigar y eventualmente sancionar un hecho de relevancia penal[1209]. En el llamado supuesto de "*adquisición de buena fe*" -el órgano recaudador del tributo (la SUNAT) cobra el impuesto que el lavador paga por la renta de un negocio inexistente con dinero de origen ilegal-, la descontaminación del bien no se debe a la ausencia de dolo sino a la realización de una conducta neutral o habitual en el marco de la prohibición de regreso.

Si se mezclan activos de fuente ilícita y lícita, la contaminación de éstos últimos no dependerá de una cuantía sino de sí, desde una perspectiva *ex-ante*, la conducta del lavador subordina la renta lícita a la ilícita, sometiendo ambas a un proceso de reciclaje, quien deposita dinero sucio en una cuenta con dinero de origen legal mezcla patrimonios sólo en sentido fáctico pero no los arriesga en conjunto, en ese caso la necesidad de diferenciarlos conforme a las Convenciones de Viena y de Palermo es imperativa. Pero si el lavador compra acciones con dinero de origen legal e ilegal entonces el acto de inversión ha subordinado todo el dinero, la colocación se extiende al dinero limpio porque éste ha sido consolidado con el sucio en un nuevo negocio. La comparación con los juegos de azar es ilustrativa, quien apuesta grandes sumas de dinero con la expectativa de enriquecerse lícitamente puede ganar o perder su patrimonio si no acierta en la apuesta, y quien lava bienes –de origen mixto: legal e ilegal- con la expectativa de defraudar el sistema antilavado de activos, igualmente puede "*ganar*" si logra hacerlo sin ser descubierto o perderlo todo porque *ex ante* lo arriesgó en conjunto pese a esa posibilidad. Conforme a este razonamiento, en los casos de transmisiones parciales de un bien parcial-

[1209] MEINI MÉNDEZ, Iván. "Sobre la prescripción de la acción penal", en: *Imputación y responsabilidad penal*, Ara Editores, Lima, 2009, pp. 281, 291.

mente proveniente de un delito previo -el lavador compra un inmueble y paga el 30% del precio con dinero de origen ilegal y el saldo con dinero limpio, luego vende a otro el 60% del bien-, la fusión entre los bienes de origen legal e ilegal justifica el tratamiento de toda la masa o parte de ella como de origen ilegal.

La misma regla debe aplicarse al tratamiento de los beneficios ordinarios y extraordinarios producidos por el bien de origen ilícito, los primeros -las ganancias, los intereses, las rentas, los frutos del bien- forman parte del resultado esperado y perseguido por la conducta, de modo que se integran –se contaminan- al patrimonio ilícito, a diferencia de los beneficios extraordinarios –ganar la lotería!- donde el resultado es obra absoluta del azar o de la casualidad y no es, por ende, objetivamente imputable a una conducta que, desde una perspectiva *ex–ante*, ni siquiera puede entenderse como el inicio o la continuación de un proceso orientado a ocultar el origen ilegal de un bien. Llevada esta concepción al terreno de la transformación de bienes de origen ilícito por el trabajo o la obra de un tercero -el terreno de origen ilegal es edificado con el aporte de fuente lícita, el oro producto de la minería ilegal que es altamente refinado mediante un proceso técnico-, y descontando los supuestos de "*buena fe*" o conductas neutras como se ha señalado antes, estos casos de mezcla corresponden a actos que subordinan o contaminan ese mayor valor de origen lícito con el bien de fuente ilícita.

Y finalmente en relación a los casos problemáticos para la literatura de la parte especial, pocas dudas cabe albergar en torno a los supuestos de devaluación -el inmueble que pierde valor tras un terremoto o el sometimiento a un proceso judicial de reivindicación con inscripción de la demanda- y revalorización -las acciones de empresas mineras que ganan valor por la extraordinaria subida del precio de los metales- del bien de origen ilícito, se trata de procesos esperados desde una perspectiva *ex-ante*, por ordinarios o extraordinarios que puedan ser. La regla social no varía, así como nadie discutiría si el menor o el mayor valor siguen correspondiendo al mismo bien si éste hubiera sido adquirido con fuentes lícitas, tampoco cabe hacerlo cuando la fuente fue ilícita.

IV. EL TIPO SUBJETIVO DE LAVADO DE ACTIVOS

La faz subjetiva en las primeras versiones del tipo de lavado, entonces limitado a los bienes procedentes del tráfico de drogas, en el contexto del art. 296-A del Código Penal -y sus diversas reformas- que tipificaba el delito de conversión, transferencia y ocultamiento de bienes, vino marcada por la expresión "*siempre que el agente hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado*", que tuvo como fuente el art. 25 de la Ley argentina N° 23.737 de 21.9.89 que definía el tipo subjetivo de lavado con la misma fórmula: "*siempre que hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado*". La doctrina nacional interpretó estas elocuciones como referencias al dolo directo (hubiese conocido) y al dolo eventual (hubiera sospechado), respectivamente, y señaló que el tipo no exigía la presencia de un ánimo de lucro a diferencia del delito de receptación[1210]. En cuanto al tipo del art. 296-B – y sus modificaciones- de conversión o transferencia de bienes a través del sistema financiero, pese a no usarse la citada elocución también se consideró que recogía tanto el dolo directo como el eventual, aunque en el caso de repatriación se interpretó que era necesario un elemento subjetivo especial diferente del dolo, definido con la expresión "*de tal forma que ocultare su origen, su propiedad u otros factores potencialmente ilícitos*"[1211], interpretación discutible porque no parecía definir una intención sino el resultado que debía alcanzar el autor.

Durante el corto periodo de vigencia de la Ley N° 25404, entre febrero y abril de 1992, el lavado de activos derivados del tráfico de drogas o del terrorismo era una modalidad agravada (art. 195.2 del CP) del delito de receptación del art. 194, de modo que el tipo subjetivo del lavado era el mismo de la receptación, definido con la expresión "*bien de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito*", y que ha sido interpretado doctrinal y jurispru-

---

[1210] PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú*, p. 69.

[1211] *Ibid*., p. 75.

dencialmente como referencias al dolo directo y al dolo eventual[1212], manteniéndose con ello la comprensión también mayoritaria de la frase "*debía presumir que provenía de un delito*" del tipo de encubrimiento del art. 243 del Código penal de 1924, a su vez inspirado en el art. 125 del Proyecto suizo de 1918[1213]. La actualidad de estos antecedentes no puede ser mayor porque los actuales delitos de lavado de los arts. 1, 2 y 3 del D. Leg. N° 1106, vuelven sobre estas mismas expresiones al referirse a los bienes "*cuyo origen ilícito conoce o debía presumir*".

Son dos las construcciones subjetivas que se conocieron bajo la vigencia de la Ley N° 27765, aunque de modo constante se recurrió a la fórmula "*cuyo origen ilícito conoce o puede presumir*" en los tipos de conversión y transferencia (art. 1), y ocultamiento y tenencia (art. 2), fórmula que ratificaba el art. 6[1214], sólo el texto original de la ley incorporó un elemento subjetivo diferente del dolo que definía el delito como uno de tendencia interna trascendente, ello mediante la frase "*con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación y decomiso*". Esta construcción tuvo como fuente inmediata el ya referido "*An-*

[1212] PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho penal. Parte Especial*, T. II-A, Ediciones Jurídicas, Lima, 1995, pp. 259-261; ÁNGELES GONZÁLES, Fernando y otros. *Código penal*, T. III, Ediciones Jurídicas, Lima, s/f, pp. 1276-1277; BRAMONT-ARIAS TÓRRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., San Marcos, Lima, 1997, p. 344. En la doctrina nacional, solo SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra el patrimonio*, p. 267-268, defiende que la receptación culposa está prevista bajo la fórmula "*debía presumir que provenía de un delito*", aunque acepta que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia en general interpretan que solo hay espacio para la punición dolosa.

[1213] ROY FREYRE, Luis E. *Derecho penal peruano*. Parte especial, T. III, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 1983, pp. 143-144, 146. Sin embargo, PÉÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, Vol. III, Sagitario, Lima, 1986, pp. 274-275, interpretó que el tipo de receptación sancionaba tanto el dolo eventual como la culpa con representación.

[1214] "*El origen ilícito que conoce o puede presumir el agente*" (pf. 1), y "*El conocimiento del origen ilícito que debe conocer o presumir el agente*" (pf. 2).

teproyecto de Ley que modifica la legislación penal en materia de tráfico ilícito de drogas y tipifica el delito de lavado de activos", de la Comisión Encargada de revisar la Legislación Antidrogas creada mediante la Resolución Ministerial N° 021-2001-JUS que contemplaba además como intención alternativa la de evitar el "*descubrimiento*" de los bienes, la cual fue inexplicablemente eliminada[1215]. Según la exposición de motivos del Anteproyecto, "*El tipo subjetivo es estructurado, como en el delito patrimonial de receptación, considerando el conocimiento directo o eventual del agente respecto al objeto que transfería o convertía. Sobre la base de las circunstancias en que se adquiere, posee u oculta el bien, el agente sabía o podía conocer el origen irregular del mismo. La finalidad del agente en cualquier circunstancia es evitar el descubrimiento – ubicación física del bien; la identificación de su origen – establecimiento del nexo causal de la procedencia real del mismo; la adopción de una medida cautelar –incautación- o de una consecuencia accesoria –decomiso-*"[1216]. De esta manera, el tipo de lavado se estructuraba como un delito de peligro[1217] abstracto[1218], el dolo del lavador debía abarcar tan solo el conocimiento de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia de bienes de origen delictivo, al cual debía sumarse esa especial intención "*de asegurar la ganancia ilícitamente generada*"[1219] para completar la tipicidad subjetiva.

El artículo único del D. Leg. N° 982 de 22.7.07 reformó los arts. 1 y 2 de la Ley N° 27765, convirtiendo este elemento subjetivo, la especial intención, en el resultado típico[1220], elevando con ello la carga de la prueba para la persecución de estos delitos. Se pasó a

---

[1215] PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, pp. 154-155.

[1216] Separata Especial del Diario Oficial El Peruano de 17.6.01, cit., p. 5.

[1217] Fundamento Jurídico 21º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

[1218] GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte especial*, p. 512.

[1219] Fundamento Jurídico 21º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

[1220] Fundamento Jurídico 15º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

exigir, ya en el plano del tipo objetivo, que el autor realice actos de conversión, trasferencia, ocultamiento o tenencia de bienes de origen ilícito y que logre con ello un resultado: dificultar ("*y dificulta*") la identificación del origen, la incautación o el decomiso de esos bienes. Y todo ello, la conducta y el resultado, debía se abarcado por el dolo, la tipicidad subjetiva no demandaba la concurrencia de otros elementos subjetivos[1221].

La vertiente subjetiva de los actuales tipos de lavado de los arts. 1, 2 y 3 del D. Leg. N° 1106 es el fruto de esta evolución. Se ha retornado en esencia a la construcción original de la Ley N° 27765, por una parte se incorpora el dolo solo en relación a los actos de conversión o transferencia (art. 1), ocultamiento o tenencia (art. 2), y transporte o traslado (art. 3) de los bienes de origen ilícito, recurriéndose para ello a la fórmula del tipo de receptación del art. 194 del CP, el agente ha de conocer ("*conoce*") o "*debía presumir*" ese origen ilícito de los bienes[1222]. Y de otra parte, se reinstaura la especial intención del autor, "*la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso*", lo que convierte nuevamente al lavado de activos en un tipo de peligro abstracto e incongruente por exceso subjetivo, en un delito de tendencia interna trascendente de resultado cortado[1223]. De esta manera, para efectos del tipo subjetivo se zanja la diferencia entre la receptación y el lavado según concurra o no esa especial intención, o dicho de otra manera, el ánimo de lucro es el elemento subjetivo especial de la receptación, mientras que en el lavado de activos la finalidad especial es impedir la

---

[1221] Fundamento Jurídico 21º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

[1222] El art. 10 del D. Leg. N° 1106 utiliza las mismas elocuciones: "*El cocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente*" (pf. 2 *ab inicio*), "*El origen ilícito que conoce o debía presumir el agente*" (pf. 2 *in fine*).

[1223] HINOSTROZA PARIACHI, César. *El delito de lavado de activos. Delito fuente*, Grijley, Lima, 2009, p. 128; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *El delito de blanqueo de capitales*, pp. 343-344. Por su parte, REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Criminalidad empresarial*, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 212, considera más bien que estamos ante un delito mutilado de dos actos.

identificación del origen, la incautación o el decomiso del bien, el blanqueo de capitales no precisa del llamado *animus lucrandi*[1224].

Ahora bien, en cuanto al dolo el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 señala que el "*sujeto activo debe, pues, ejecutar las distintas actos y modalidades de lavado de activos de manera conciente y voluntaria*" (sic)[1225], lo que conllevaría a asumir una concepción voluntarista del dolo que debe ser rechazada por las razones generales que he expuesto en otras ocasiones[1226] y que, específicamente en el caso del lavado de activos, no ha sido acogida al menos por una parte de la literatura nacional que concreta el dolo del lavado únicamente en el conocimiento directo o eventual del origen ilícito de los activos y de los actos subsecuentes de conversión, transferencia, etc., sin referencia alguna a una voluntad que ya resulta típicamente irrelevante. Así, bajo la legislación anterior se ha señalado que "*La norma no sólo exige como elemento subjetivo configurador del delito el dolo directo, o conocimiento seguro del origen ilícito de los activos, sino también admite la posibilidad de generar responsabilidad penal a partir del denominado dolo eventual que está presente en el supuesto de poder presumir el origen ilícito del activo. Con el dolo eventual (…) basta con que tenga la probabilidad de saberlo, o*

[1224] Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10, Fundamento Jurídico 27°. Este Fundamento, al igual que otras partes relativas al tipo subjetivo (§ 3 del Acuerdo), ha sido redactado mediante la reproducción casi literal, aunque sin cita o referencia específica, de los aportes de PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, pp. 152 ss., autor que a la vez fue el ponente del Acuerdo Plenario, como se lee el Antecedente 6º; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. "Algunas precisiones referentes a la Ley penal contra el lavado de activos, Ley N° 27765, 27-06-02", p. 527, también excluye el ánimo de lucro del tipo subjetivo de lavado.

[1225] Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10, Fundamento Jurídico 17º.

[1226] CARO CORIA, Dino Carlos. "El delito de enriquecimiento ilícito", pp. 221 ss.; EL MISMO. "Los delitos concursales en el Derecho penal peruano. Alcances de la Ley de Reestructuración Patrimonial y de la nueva Ley General del Sistema Concursal", en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 3, Lima, 2002, pp. 159-160.

lo hubiera podido presumir"[1227], esto es, "*el conocimiento sobre el delito previo del que provienen los activos no tiene que ser siempre cierto, sino que resultará suficiente la probabilidad sobre dicha procedencia*"[1228].

Sobre el grado de conocimiento, es suficiente saber que los activos derivan de un hecho delictivo grave[1229]. El Acuerdo Plenario establece que no se exige del autor conocer qué tipo de delito previo generó los bienes, ni cuando se cometió dicho delito, y menos quiénes intervinieron en su ejecución, tampoco se demanda conocer la situación procesal del delito fuente o de sus autores o partícipes, y en el caso específico de las conductas de ocultamiento o tenencia no es necesario conocer de las acciones anteriores de conversión o transferencia, ni saber quiénes participaron en ellas[1230]. Antes bien, se ha defendido que, en tanto el tipo excluye como delito fuente la receptación, el autor debe al menos conocer que el bien no proviene de dicha infracción[1231], apreciación que no puede estimarse correcta si se entiende que tal exclusión es una simple condición objetiva de punibilidad que, en consecuencia, no necesita ser abarcada por el dolo.

Como ya se puso de relieve, el término "*puede presumir*" de la Ley N° 27765 que en general se ha considerado como inclusivo del dolo eventual, no ha sido reproducido por el D. Leg. N° 1106 que introduce la expresión "*debía presumir*" del tipo de receptación del art. 194 del CP, lo que se viene entendiendo como una ampliación por parte del legislador de los deberes de conocimiento en torno al origen ilícito del bien con el

---

[1227] CARO JOHN, José Antonio. "Consideraciones sobre el «delito fuente» del lavado de activos y su incidencia para determinación del «riesgo reputacional» de una institución financiera", p. 157.

[1228] GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte especial*, p. 506.

[1229] *Ibid*., p. 506.

[1230] Fundamento Jurídico 18º.

[1231] GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino. *El delito de lavado de activos*, pp. 98-99, y nota 124. En contra, PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, p. 153.

que se trafica. Esto es, "*el término "debía presumir", en lugar del "puede presumir" (…), expresa una mayor exigencia (…), la norma en vigencia le otorga un deber de presunción en el entendido que, en una valoración paralela en la esfera del profano, es perfectamente factible sospechar la ilicitud de la procedencia de los bienes en cuestión*"[1232]. Así, se afirma que "*se convierte en una exigencia para el ciudadano, pues en una investigación o proceso no se analizará si él podía presumir, esto es, que hubiera contado con algunos datos que le hubieran permitido suponer que el dinero, efectos, bienes y ganancias tenían proveniencia ilícita, sino –sólo- si debía presumirlo. Esto obliga a la ciudadanía a tener un deber de cuidado en relación con activos de dudosa procedencia*"[1233].

Dado que luego volveremos sobre esta discusión, es relevante tener en cuenta que pese al menor sentido constrictivo de la fórmula "*puede presumir*" usada en la legislación anterior, la doctrina nacional ha debatido si ésta cubría los supuestos de culpa[1234], indiferencia[1235] e "ignorancia deliberada"[1236]. Sobre el primero, la doctrina mayoritaria y la ju-

---

[1232] HERNÁNDEZ MIRANDA, Edith. "Comentarios sobre la regulación sustantiva del delito de lavado de activos: a propósito del Decreto Legislativo N° 1106", en: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, tomo 35, mayo 2012, p. 82.

[1233] SALAS BETETA, Christian. "El delito de lavado de activos y su dificultad probatoria en el CPP de 2004. Comentarios al Decreto Legislativo N° 1106", p. 23.

[1234] A favor de esta interpretación minoritaria, GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte especial*, p. 507, quien considera que "*podría tratarse de un supuesto de culpa grave que se castiga del mismo modo que un delito doloso*", culpa grave que no ha terminado de definir (Vid. *Derecho penal económico. Parte general*, T. I, 2ª ed., Grijley, Lima, 2007, pp. 567-568). Admite en general la culpa en el delito de lavado de activos, FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos*, Jurista Editores, Lima, 2003, pp. 296-297, 307.

[1235] Así, GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte especial*, pp. 507-508.

[1236] En esa línea, GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El delito de lavado de activos*, pp. 101-102.

risprudencia niegan de modo rotundo la punición del lavado de activos por imprudencia, porque el art. 12 pf. 2 del Código Penal establece un sistema de *numerus clausus* en materia de delitos culposos y la expresión "*puede presumir*", semejante a la prevista en el tipo de receptación del art. 194 del Código actual y del encubrimiento del art. 243 del Código de 1924, ha sido en general interpretada sin incluir la culpa, de modo que "*por tradición interpretativa doctrinaria, legislativa y jurisprudencial no se puede asumir la presencia de un supuesto imprudente de lavado de activos a partir de la fórmula asumida por nuestra legislación*"[1237]. El art. 2 del "*Reglamento Modelo sobre delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, y otros delitos graves*" de la CICAD-OEA tipifica el lavado de activos incorporando tres modalidades subjetivas: "*a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional*", y según las notas 2 y 3 del Reglamento, "*debiendo saber*" se interpreta "*como culpa, lo que en el ordenamiento jurídico de algunos estados miembros está por debajo de los estándares mínimos. Se entiende que los estados miembros que lo apliquen lo harán de una forma consistente con su respectivo ordenamiento jurídico*", mientras que la "*ignorancia intencional*" se interpreta "*como dolo eventual*". A partir de este precepto de *soft law*, se ha querido defender que la fórmula "*puede presumir*" del Derecho nacional no puede equipararse a la culpa que, en todo caso, debiera ser prevista con la elocución "*debiendo saber*"[1238], conclusión que a mi juicio no puede aceptarse por algo evidente, la nota explicativa N° 2 del Reglamento de la CICAD-OEA no establece que el único modo de tipificar la culpa es con dicha expresión puesto que cada Estado podrá hacerlo conforme a sus propias reglas y tradición jurídica. En efecto, la asimilación entre "*debiendo saber*" y culpa tiene sentido bajo determinada concepción de negligencia del sistema anglosajón, concretamente la del § 2.02(2)(d)

[1237] *Ibid*., pp. 105-106.

[1238] Así, PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, p. 154, y el Fundamento Jurídico 19º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

del *Model Penal Code americano*[1239], que presupone la realización de una conducta y una "*no percepción del riesgo*", el sujeto "*debía conocer el riesgo sustancial e injustificable (lo que implica que no lo conocía)*"[1240]. En el sistema inglés, la negligencia se concibe de modo similar, aunque no exactamente igual, "*Una persona obra negligentemente si su conducta, en relación con un riesgo razonablemente apreciable, se sitúa por debajo del estándar exigible a una persona razonable a la luz de dicho riesgo*"[1241], estándar de valoración que, como puede deducirse, demanda un "*deber saber*" o "*deber conocer*" sobre dicho riesgo. Sin embargo, desde la perspectiva eurocontinental que inspira nuestro sistema jurídico-penal, la elocución "*debiendo saber*" no puede interpretarse como una característica privativa del comportamiento culposo, la normativización del tipo subjetivo conlleva que múltiples formas de imputación subjetiva, desde la culpa inconsciente hasta el dolo eventual e incluso el dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias, pudiera fundarse, entre otras condiciones, en la defraudación de un deber de saber o un deber de conocer.

La no punición de la imprudencia en el marco de los arts. 1, 2 y 3 del D. Leg. N° 1106 obedece a razones sistemáticas, la exigencia de una tipificación expresa de la culpa en un sistema de *numerus clausus*

[1239] *"§ 2.02. General Requirements of Culpability (…)*
(2) Kinds of Culpability Defined (…)
(d) Negligently.
A person acts negligently with respect to a material element of an offense when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that the actor's failure to perceive it, considering the nature and purpose of his conduct and the circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation (…)".

[1240] FLETCHER, George. *Conceptos básicos de Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 175.

[1241] PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del "Common Law"*, Comares , Granada, 2002, p. 102.

se ve confirmada ahora porque la nueva Ley prevé un único caso de imprudencia, el art. 5 pf. 2 sanciona la omisión culposa de comunicar operaciones o transacciones sospechosas e impone sólo una pena de multa que es sustancialmente menor que las consecuencias señaladas para la omisión dolosa (pf. 1). Ello en concordancia con la menor desvaloración que acarrea la conducta negligente de lavado de activos, como puede verse en regulaciones como la alemana[1242], la española[1243] o la argentina[1244] que, también bajo un sistema taxativo de la culpa, sancionan de modo específico, pero a la vez atenuado frente al tipo doloso, el blanqueo de capitales cometido por "*imprudencia grave*" y no por culpa leve, sin aceptarse una equiparación entre el comportamiento doloso y la negligencia grave. Como puede verse en el citado auto de la Sala Penal Nacional de 8.4.09 del caso Duany Pazos, la jurisprudencia no alberga dudas sobre la no punición de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia imprudentes, se considera que "*La mera afirmación de que se presume que una persona conozca de las actividades ilícitas relacionadas al lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de drogas, no es una conducta típica (…) El sólo conocimiento de actividades de lavado de activos no hace responsable del delito de lavado de activos a una persona. Lo que se reprime no es el conocimiento de una operación de lavado, sino de una conversión, transferencia u ocultación de un activo conociendo o presumiendo su origen ilícito. Por último, aseverar que alguien debía conocer el origen ilícito de un bien o dinero, no es más que la expresión de un proceder culposo, el mismo que en nuestra legislación de lavado de activos no es típico*"[1245].

[1242] § 261 (5) del StGB, sanciona el lavado de bienes por "imprudencia grave" con una pena por debajo de la mitad que la prevista para el tipo doloso.

[1243] Art. 301.4 del Código Penal, penaliza la "*imprudencia grave*" con una sanción privativa de libertad máxima equivalente a un tercio de la estipulaba para el caso de dolo.

[1244] Art. 278.2º del Código Penal, también criminaliza el lavado por "*temeridad o imprudencia grave*" y solo con pena de multa.

[1245] Cit., Fundamento Noveno.

Finalmente en cuanto al tipo subjetivo, la "*indiferencia*", la "*ceguera*", la "*ignorancia deliberada o intencional*" o "*willful blindness*" del sistema anglosajón[1246], que para un sector de la doctrina nacional ya tenían asidero bajo el rótulo "*puede presumir*" de la Ley N° 27765, pese a la ausencia de una equivalencia material entre estas categorías dogmáticas incluso entre quienes defienden, como aquí, que son compatibles con una concepción cognitiva de dolo, deben aceptarse como manifestaciones subjetivas que también pueden calzar con la expresión "*debía presumir*" del D. Leg. N° 1106. Esta fórmula parece encerrar una contradicción manifiesta entre un precepto normativo y un requerimiento ontológico, se parte del dato nomológico de que el sujeto tiene un deber, pero el objeto del deber no se expresa en un requerimiento objetivo como el conocimiento ("*deber de conocer*") o la información ("*deber de informarse*"), sino en una circunstancia sicológica, contingente y natural: una presunción, es decir la representación hipotética o "*sospecha fundada*" del origen ilícito del bien que se lava[1247]. Así, el amplio margen de posibilidades que el marco literal de la ley dispensa, con exclusión de la culpa por las razones ya expuestas, otorga cabida a la "*ignorancia intencional*" recogida en el art. 2 del Reglamento Modelo de la CICAD-OEA y que según la nota 3 del mismo se interpreta "*como dolo eventual*", y que corresponde al sujeto "*que pudiendo y debiendo conocer determinadas circunstancias penalmente relevantes de su conducta, toma deliberada o conscientemente la decisión de mantenerse en la ignorancia respecto de ellas*"[1248]. La indiferencia o ceguera también encuentra es-

---

[1246] AMBOS, Kai. *La parte general del Derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, KAS, Montevideo, 2005, pp. 331-332, con referencia al § 2.02 (7) del *Model Penal Code*, según el cual: "*Requirement of Knowledge Satisfied by Knowledge of High Probability. When knowledge of the existence of a particular fact is an element of an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist*".

[1247] GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El delito de lavado de activos*, p. 99.

[1248] RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 158. Le sigue, GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El delito de lavado de activos*, pp. 101-102.

pacio en el amplio abanico de la cita legal "*puede presumir*", hay indiferencia y ésta se entiende como dolo respecto a la realización del tipo si el agente, "*de un conjunto de cursos posibles, se guarda de aquéllos en los que ponen en juego sus intereses. Estos intereses por definición, tendrían que ser de importancia para el autor desde un punto de vista subjetivo, pues de lo contrario no se trataría para él de intereses*"[1249].

La punición de todos estos casos como conductas dolosas es razonable porque el déficit de representación derivada de la ignorancia, la ceguera o la indiferencia, se ve ciertamente compensado por una determinada motivación especialmente disvaliosa que justifica el tratamiento más severo[1250], motivación que en términos del D. Leg. N° 1106 debe cifrarse en la violación deliberada o la huida de ese deber de representación. Pero sí como ha señalado la Sentencia 1034/2005 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español de 14.9.05, "*existe un deber de conocer que impide cerrar los ojos ante las circunstancias sospechosas*"[1251], o si se quiere ser más estricto o radical, parece estarse construyendo "*un mandato general de sospechar, indagar, conocer, tener especial diligencia, etc., cuando se trata de entablar contactos sociales que tengan por objeto bienes, ganancias o capitales*"[1252], entonces la imposición de límites es

---

[1249] JAKOBS, Günther. "Indiferencia como dolo indirecto", en: *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 355. Le sigue, CARO JOHN, José Antonio. "Imputación subjetiva y conocimientos especiales", en: *Normativismo e imputación jurídico penal. Estudios de derecho penal funcionalista*, Ara Editores, Lima, 2010, pp. 178-179, quien interpreta consecuentemente que en el dolo eventual el autor se representa como probable un resultado, pero producto de su indiferencia llega a realizarlo. También asume la perspectiva de Jakobs, GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico*, T I, p. 517, TII, p. 508.

[1250] RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. "De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico", en: *InDret,* N° 3, 2012, p. 9.

[1251] Fundamento de Derecho Cuarto.

[1252] ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, p. 342, de modo crítico.

fundamental porque así lo demanda el principio de certeza. Esta tarea tiene como punto de partida la extensa regulación administrativa que configura el Sistema de Prevención del Lavado de Activos, del cual emanan deberes específicos para los diversos sujetos obligados expuestos al riesgo de efectuar transacciones, incluso anónimas, con potenciales lavadores de activos.

CAPITULO XIX
RÉGIMEN LEGAL DEL LAVADO DE ACTIVOS (II): EL IMPACTO DE LOS ACUERDOS PLENARIOS DE LA CORTE SUPREMA N° 03-2010/CJ-116 DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010 Y N° 7-2011/CJ-116 DE 6 DE DICIEMBRE DE 2011 EN LA DELIMITACIÓN Y PERSECUCIÓN DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS[*]

[*] Capítulo elaborado en coautoría con Diana Marisela Asmat Coello.

La trascendencia del delito de lavado de activos en la jurisprudencia peruana ha motivado que las Salas Penales de la Corte Suprema se ocupen hasta en dos ocasiones, mediante dos Acuerdos Plenarios, de los principales aspectos relativos a la delimitación típica de este delito, como a las reglas previstas para la persecución procesal. En este capítulo se comenta críticamente el contenido de ambos Acuerdos.

I. SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Stanley E. MORRIS, ex director de la red de Crímenes Financieros del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, decía que el primero de los diez mandamientos a considerar en la lucha frente al lavado de activos es precisamente establecer que el lavado de activos es un delito[1253]. Aunque la intención de MORRIS en ese entonces era convencer a su audiencia sobre la importancia de resolver los temas relacionados con el blanqueo de bienes, hoy en día su afirmación adquiere una especial relevancia y goza de gran aceptación.

En el Perú, admitir que el lavado de activos es un delito equivale a decir que es una conducta sancionada por la ley para salvaguardar un

[1253] MORRIS, Stanley E. "Los diez mandamientos a considerar frente al lavado de dinero", en: *Lavado de Dinero. El sistema legal y su impacto socioeconómico*, 1ª Ed., Comisión Andina de Juristas, Lima, 2000, pp. 147 ss.

determinado bien jurídico[1254]. Si esto es así, a través de la elevación a la categoría de *hecho punible* a los supuestos fácticos inherentes al proceso de lavado de activos, el legislador busca a luz del principio de lesividad, la protección de un bien jurídico, pues de no ser así, no se justificaría la intervención del Derecho Penal.

Lo anterior nos lleva al punto de partida del presente acápite: la identificación del objeto penalmente protegido en la persecución del delito de lavado de activos. Así lo han entendido también los magistrados integrantes de la Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema, quienes reunidos en Pleno Jurisdiccional[1255], han decidido llegar a un consenso sobre cuál es el bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos, encontrándose, como veremos, con una primera dificultad: la imposibilidad de deducir el bien jurídico de su ubicación sistemática. Así, el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116[1256] (en adelante "el Acuerdo Plenario N° 3") señala:

[1254] En esta línea de ideas, CALLEGARI precisa que existen determinados entes por los cuales el legislador se interesa y expresa este interés en una norma jurídica, lo que hace que sean considerados en sentido jurídico como bienes (bienes jurídicos), por lo que el legislador penal quiere tutelar esta norma: regulando su violación con una pena, los bienes jurídicos pasan a ser bienes jurídicos penalmente tutelados. CALLEGARI, Andre Luis. *Lavado de activos*, Ara Editores, Lima, 2009, p. 69.

[1255] El artículo N° 116° del T.U.O. de la Ley Orgánica del Poder Judicial permite que los integrantes de las Salas Especializadas puedan reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial. En ese sentido, un Acuerdo Plenario contempla la uniformización de criterios respecto a temas determinados (en nuestro caso, la materia penal y procesal penal), cuyos fundamentos jurídicos se erigen como doctrina legal que debe ser invocada (siendo así de naturaleza vinculante) por los jueces de todas las instancias judiciales.

[1256] Los temas tratados en el presente Acuerdo Plenario fueron los siguientes: 1.- La naturaleza jurídica y el bien jurídico en el delito de lavado de activos (§ 7- §14); 2. La consumación en el delito de lavado de activos (§ 15-§16); 3. El tipo subjetivo en el delito de lavado de activos (§17-§27); 4.- El valor de los bienes objeto del delito de lavado de activos y la Determinación de la pena (§28-§29); 5. El delito fuente y la prueba en el delito de lavado de

> "(…) *Desde la promulgación de la Ley Nº 27765*[1257] *del 17 de junio del 2002, este ilícito penal se encuentra tipificado y sancionado fuera del Código Penal de 1991. Es por ello que en la actualidad la identificación del bien jurídico tutelado en este tipo de hecho punible ya no puede deducirse de la ubicación sistemática que tenían en la Parte Especial de nuestra legislación penal fundamental, los derogados artículos 296º A y 296º B. Por consiguiente, el precisar la calidad y alcances del bien jurídico tutelado en el lavado de activos constituye un primer problema dogmático que debe abordar este Acuerdo Plenario* (…)[1258]".

Inmediatamente planteado el problema, en el Acuerdo Plenario Nº 3 se contempla una variedad de respuestas que ha dado la doctrina a esta cuestión, exponiéndose a grandes rasgos los planteamientos de diversos autores nacionales y de estudios de Derecho comparado. Las tesis recogidas se pueden agrupar en tres bloques:

(i) Quienes postulan que el bien jurídico es la estabilidad de la actividad económica de un país, el orden socio económico o bienes específicos que guardan relación con aquellos[1259].

(ii) Los que sostienen que el delito en cuestión es pluriofensivo, es decir que son muchos los bienes jurídicos protegidos[1260].

---

activos.(§ 30- §35); 6. El valor probatorio del informe de la Unidad de Inteligencia Financiera (§36-§38).

[1257] Esta es la *Ley penal contra el lavado de activos,* vigente desde el 28 de junio de 2002. Posteriormente recibió algunas modificaciones significativas mediante el Decreto Legislativo Nº 986 de 22 de julio de 2007.

[1258] Acuerdo Plenario Nº 3-2010/CJ-116, de 16 de noviembre de 2010 (En adelante, "Acuerdo Plenario") §7.

[1259] Según el Acuerdo Plenario, esta posición es defendida por GOMEZ INIESTA, DEL CARPIO DELGADO, HERNÁNDEZ QUINTERO y LANGÓN CUÑARRO.

[1260] Esta postura es defendida, según el Acuerdo Plenario, por ZARAGOZA AGUADO, BRAMONT-ARIAS TORRES, FABIÁN CAPARRÓS, GÁLVEZ VILLEGAS Y PRADO SALDARRIAGA.

(iii) Y quienes, según el Pleno Jurisprudencial de forma minoritaria, mantienen que el bien jurídico que debe ser protegido es la administración de justicia[1261].

Aquellos que se adhieren a la primera tesis normalmente son conscientes de que el orden económico es un concepto demasiado amplio para brindar algún tipo de guía a quien desea utilizarlo para interpretar el tipo penal, razón por la cual intentan concretar el objeto de protección[1262]. En cualquier caso, queda claro que para esta línea de pensamiento, la figura delictiva materia de análisis atenta contra un aspecto de la economía nacional. Contra esta línea de ideas, el Pleno Jurisdiccional se alza con una crítica, estableciendo que el ordenamiento jurídico del Perú es del todo incompatible con los postulados de esta tesis, razón por la que sostienen que:

> "(…) *La posibilidad dogmática que ofrece la legislación peruana para asimilar esta tendencia a reconocer aspectos o funciones de la economía como el bien jurídico tutelado requiere atender previamente varios aspectos. En primer lugar el derecho nacional no coloca al lavado de activos como un delito típicamente económico. En segundo lugar, no es del todo acertado asumir que el lavado de activos colisiona con bienes jurídicos macrosociales de carácter funcional, como el orden económico o el sistema financiero de un país. Fundamentalmente, porque si bien es cierto que los principales efectos de este delito pueden distorsionar los indicadores y la estabilidad económica de una sociedad, también lo es que no siempre los procedimientos de blanqueado de capitales contradicen las formas o los límites de la regula-*

[1261] El Acuerdo Plenario ubica en este grupo a BOTTKE, GARCÍA CANTIZANO y CAFETZOGLUS.

[1262] Según GARCÍA CAVERO, estos intentos han ido por diversas líneas, entre las que cabe destacar la protección del mercado financiero, la política de represión del fraude fiscal, la libre competencia o la competencia leal en el orden socioeconómico. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte Especial*, T. II, Grijley, Lima, 2007, p. 484.

> *ción económica, financiera y tributaria fijada por los Estados. Ello se demuestra claramente con la existencia y permanencia "estables" y en "crecimiento", de las economías de los países que operan como "paraísos fiscales o financieros"* (…)[1263]".

Con esto puede observarse que los supuestos típicos del lavado de activos no están orientados en todos los casos a la protección del orden económico. Ello, sin cuestionar que eventualmente los efectos de la represión de las conductas de lavado puedan repercutir de manera colateral en el orden económico favorablemente. Asimismo, tal como se examinará más adelante, se tiene que del análisis de las modalidades típicas no se aprecia que el orden económico ocupe el núcleo de protección de la norma. Por esta razón, es manifiesto que las consideraciones de cierto sector de la doctrina de situar el orden económico como objeto penalmente protegido en el delito de lavado de activos, responden tan solo a una visión limitada a los efectos de la criminalización de las conductas contempladas en la Ley.

Además, se tiene que la punibilidad de las conductas de lavado de activos, desde una perspectiva funcional, comunica a la sociedad -en específico a las organizaciones del crimen organizado- que el delito que pretenden realizar "no es rentable". Y es que por muchas acciones que se tomen para ocultar las ilícitas fuentes de su dinero, aun cuando consistan en adquirir bienes o constituir empresas que hagan irreconocible la fuente ilícita, siempre la administración de justicia con su pretensión

---

[1263] Acuerdo Plenario, § 9. Así también refiere GARCÍA CAVERO (cit., p. 490), explicando esta línea doctrinal, que "(…) en la medida que el autor del delito oculta el origen ilícito de sus ganancias mediante el lavado de estos capitales, la Administración de Justicia no podrá realizar de forma idónea su función de investigación, represión y reparación de los delitos cometidos previamente (…)". Sin embargo, GARCÍA CAVERO toma una postura propia sobre cuál debe ser el bien jurídico protegido y es que, en su opinión, "(…) el bien jurídico está constituido por la expectativa normativa de conducta de que el tráfico de los bienes se mueve por operaciones o transacciones realizadas realmente con las reglas del libre mercado (…)".

cautelar de carácter real podrá descubrir y sancionar los hechos. Adicionalmente, una visión económica del bien jurídico salvaguardado, no sería de ninguna manera idónea[1264], no solo porque vulneraría el principio de lesividad por su poca determinación referente al daño o peligro concreto contra el orden económico, sino también porque resulta paradójico que la economía se beneficie en muchas ocasiones por el ingreso de activos *off shore*.

Con todo, si bien es innegable que el sistema económico de alguna forma es susceptible a las afectaciones del blanqueo de bienes, también es cierto que ello ocurre de manera indirecta y no en todos los casos, como también afectan de manera indirecta al orden económico algunos delitos contra el patrimonio, contra la fe pública, contra la administración pública, entre otros.

La segunda tesis aludida en el Acuerdo Plenario Nº 3, seguida por un sector importante de la doctrina, postula que el delito de lavado de activos es un delito pluriofensivo. De acuerdo a esa posición, el reproche respecto de la conducta no estaría de ningún modo ligado a un único bien jurídico, sino que al ser varios los intereses que podrían verse lesionados o puestos en peligro, el desvalor de la acción se proyectaría sobre todos ellos o sobre los más importantes. Así, una de las líneas de pensamiento más interesantes que se ha desarrollado dentro de esta tesis, es aquella que contempla al lavado de activos como una conducta que vulnera tanto al orden económico como a la administración de justicia. Esta postura, que bien podría tildarse de "ecléctica", es por la que finalmente opta el Pleno Jurisdiccional, aparentemente por gozar de mayor aceptación y presentar el menor número de inconvenientes. Según el Pleno:

[1264] Los que sostienen que el bien jurídico colectivo tutelado es *el orden económico* parten de una concepción de bien jurídico meramente formal. Así, se deja de analizar el sentido material, pretendiendo disfrazar dogmáticamente las decisiones político-criminales con el fin de adelantar las barreras de punibilidad y convertir en cada vez más abstractos los bienes jurídicos objeto de protección.

> "(…)*Resulta pues mucho más compatible con la dinámica y la finalidad de los actos de lavado de activos que tipifica la Ley 27765 la presencia de una pluralidad de bienes jurídicos que son afectados o puestos en peligro de modo simultáneo o sucesivo durante las etapas u operaciones delictivas que ejecuta el agente* (…)"[1265].

Ahora bien, desde nuestro punto de vista, lejano de la perspectiva acogida en el Acuerdo Plenario Nº 3, cabe adherirse a la última de las tesis mencionadas, es decir, aquella que toma como objeto de protección del tipo penal a la administración de justicia. Y es que la propia norma nos da ese marco interpretativo, en la medida que partiendo de los supuestos típicos de los artículos 1 y 2 de la Ley 27765, se logra apreciar un elemento común que se presenta tanto en los actos de conversión y transferencia, como en los actos de ocultación y tenencia. Ciertamente, en todos los casos se prescribe como elemento normativo del tipo la conducta de "dificultar": "dificultar la identificación del origen ilícito", y "dificultar su incautación y decomiso".

Adicionalmente, la razón por la cual nuestra opinión se distancia de la del Pleno Jurisdiccional radica en que concebir al blanqueo de bienes como un delito pluriofensivo conlleva la aceptación, aunque indirecta, de que la conducta penada afecta simultáneamente a bienes jurídicos tales como la eficacia en la administración de justicia, el orden socio económico, la transparencia del sistema financiero o, inclusive, la salud pública. En este sentido, esta tesis se vuelve inconsistente con los argumentos que fueron esbozados inicialmente en el Pleno Jurisdiccional. Esto es, si los magistrados están de acuerdo en que el bien jurídicamente protegido en el delito en cuestión se aleja de ser el orden socioeconómico o la eficacia en la administración de justicia, entonces llama la atención que contemplen siquiera la posibilidad de que el objeto de protección de la norma sea un conjunto de bienes que englobe a los dos anteriores.

[1265] Acuerdo Plenario, § 13.

A lo ya dicho se suma la crítica que realiza GÁLVEZ VILLEGAS cuando sostiene que *"(…) este criterio obviamente resulta muy interesante y nos sentimos tentados a asumirlo; sin embargo, tal como lo hemos sostenido [antes] (…), si bien se debe reconocer a este criterio el valorar de manera amplia los diversos intereses jurídicos y sociales que pueden verse vulnerados por el delito en cuestión, es posible objetar a este punto de vista cierta imprecisión, vaguedad e indefinición al momento de identificar y precisar con claridad el objeto de protección. Pues si se considera como objetos de protección bienes de por sí tan generales y abstractos como la eficacia de la administración de justicia, la transparencia del sistema financiero, la legitimidad de la actividad económica, la incolumnidad de la salud pública, e incluso bienes tan alejados de las conductas configurativas del lavado de activos como el caso de la salud pública, no entendemos cómo dichas conductas pueden afectar a esta pluralidad de bienes considerados como objetos de protección, y cómo estos objetos de protección pueden servir de algo en la solución de los casos prácticos (…)"*[1266].

Por otro lado, decidimos apartarnos de la perspectiva que propone comprender al delito de lavado de activos como un delito pluriofensivo, precisamente, porque entenderlo como tal nos conduciría a aceptar la latente insuficiencia en la protección de intereses concretos; es decir, la pluriofensividad del delito, al abarcar la tutela de espacios de vida intrínsecamente amplios (como lo es el orden económico, por ejemplo) podría conducir en realidad a una desmaterialización del verdadero objeto de protección. En ese sentido, el abarcar diversos intereses susceptibles de protección puede acarrear no saber con exactitud qué es lo que al final se afecta.

Dicho lo anterior, sólo nos queda explicar las razones a partir de las cuales nos decantamos por asumir la tesis que sostiene que el bien jurídicamente protegido en el lavado de activos es la eficacia en la admi-

---

[1266] GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El delito de lavado de activos, criterios sustantivos y procesales*, 2ª ed., Jurista Editores, Lima, 2009, p. 49.

nistración de justicia; y para hacerlo, primero veamos lo que dicen los magistrados al referirse a esta tesis:

> "(…) *Si enfocamos únicamente el lavado de activos desde un ángulo puramente operativo, la administración de justicia resulta ser el bien jurídico más próximo al ámbito de influencia del delito que analizamos, ya que los activos obtenidos ilegalmente por el crimen organizado o los bienes que fueron adquiridos con dinero sucio, tienen la calidad material de efectos del delito* (…)[1267]".

A partir de los supuestos típicos de los artículos 1º y 2º de la Ley Nº 27765 se logra identificar un común denominador subyacente tanto a los actos de conversión y transferencia, como a los actos de ocultamiento y tenencia[1268], el cual es: el *"dificultar"*; esto es, "*dificultar la identificación del origen ilícito*", y *"dificultar su incautación y decomiso*", lógicamente, siempre con el ulterior objetivo de proceder a reinsertar en el tráfico legal estos bienes. Así, al sancionarse conductas que impiden o dificultan el correcto funcionamiento de los órganos de persecución penal contra las ganancias ilegales, el lavado de activos muestra una semejanza con el delito de encubrimiento real previsto en el artículo 405° del Código Penal, pues en ambos casos se entorpece la acción de la justicia al impedirse que ésta detecte tanto la conducta criminal previa como al responsable de la misma. De este modo, el Estado deposita en la administración de justicia no sólo la obligación de investigar y sancionar, sino la competencia para privar a los autores y partícipes de los beneficios de su delito precedente y evitar la posibilidad de su ocultamiento e incluso reintroducción en el sistema hasta adquirir una indiscutible apariencia de legalidad[1269].

[1267] Acuerdo Plenario, § 10.

[1268] En efecto, ambos preceptos establecen que la conducta típica debe dificultar *la identificación de su origen, su incautación o decomiso.*

[1269] Esto suele ocurrir, por ejemplo, en las acciones de lavado en cadena a través de la compra venta de propiedades inmuebles donde el último comprador de la cadena

De esta manera, el parecido entre el delito contemplado en el artículo 405° del Código Penal, encubrimiento real, y el delito de lavado de activos, es evidente. Y no podría ser de otra forma ya que en ambos casos se busca proteger el mismo bien jurídico: *la eficacia en la administración de justicia*. La diferencia entre los referidos delitos, sin embargo, estriba en que en el delito de encubrimiento real el sujeto activo dificulta la acción de la justicia procurando *"desaparecer"* las huellas o pruebas del delito y *"ocultar"* los efectos del mismo; mientras que en el delito de lavado de activos, si bien se reprime el dificultar la identificación de origen de las ganancias ilícitas, la conducta es mucho más compleja: **se trata de un proceso a través del cual se disfrazan los efectos del delito en orden a insertarlos en el tráfico jurídico – económico, otorgándoles una apariencia de legalidad**.

Precisamente, si la incautación –como medida cautelar[1270]– o el decomiso –como medidas aplicables de manera conjunta a la condena que afecta el derecho real "propiedad" del sentenciado[1271]– se presentan

---

suele intervenir de buena fe haciendo casi imposible las acciones de incautación y decomiso sobre los efectos derivados del originario delito precedente.

[1270] Según el Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116 referido a la incautación, ésta se reconoce como una medida procesal que presenta una configuración jurídica dual: como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos (artículo 218° del Código Procesal Penal) y como medida de coerción (artículo 316° del Código Procesal Penal). El artículo 218º del Código Procesal Penal, orientado a entender a la incautación como medida instrumental restrictiva de derechos, hace referencia al *cuerpo del delito* y a *las cosas que se relacionen con él o que sean necesarias para su esclarecimiento*, sosteniéndose que ambas manifestaciones ostentan una naturaleza investigativa: mientras la primera consiste en el *objeto del delito*, la segunda engloba a las *piezas de ejecución* y a las *piezas de convicción*. Por otro lado, la referencia a los *efectos del delito* es hecha en la definición de la incautación como medida cautelar, sin embargo, en el Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116 se señala expresamente que en éstos casos *la incautación como medida procesal precede al decomiso como consecuencia accesoria que se dictará en la sentencia* (artículo 102° CP).

[1271] GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *El delito de lavado de activos, criterios sustantivos y procesales*, p. 249.

como instituciones de naturaleza procesal llamadas a operar en concretos escenarios en el que se decide judicialmente la controversia de relevancia penal, al verse aquellas impedidas –por la conducta del lavador– de desplegar a cabalidad sus efectos jurídicos, es posible admitir una interferencia con el correcto desarrollo de la Administración de Justicia. En ese sentido, a través de su conducta –subsumible en cualquiera de las modalidades típicas del delito de lavado de activos– el agente comete, a primera vista, el delito de encubrimiento real, sin embargo, a partir de la verificación del mayor desvalor que supone la incorporación de un patrimonio de origen delictivo al sistema financiero, el lavador evita las consecuencias del sistema legal que establece que los efectos del delito pueden y deben ser objeto de incautación y decomiso, manifestándose en esto el resultado típico contemplado por el delito de lavado de activos.

II. LA CONSUMACIÓN Y AGOTAMIENTO DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

En la mayoría de los documentos y convenios internacionales tales como la Convención de Viena, el Reglamento Modelo de la CICAD, entre otros, se recomienda la punición de la tentativa de los delitos de lavado de activos. Sin embargo, aún cuando en la práctica resulte difícil diferenciar cuándo nos podemos encontrar ante verdaderos casos de tentativa, la punición de la misma dependerá en realidad de la configuración de las estructuras típicas por las cuales cada Estado opte como alternativa político-criminal[1272].

Ahora bien, atendiendo al estado actual de nuestra legislación, en el Acuerdo Plenario Nº 3 se ha sostenido que el vigente Derecho penal peruano considera al lavado de activos como un delito de resultado[1273].

[1272] *Ibid.*, p. 112.

[1273] *Ibid.*, p. 97. En efecto, de la redacción original de los artículos 1º y 2º de la Ley Nº 27765, era posible apreciar que el delito de lavado de activos se erigía como delito de peligro abstracto. Con la modificación realizada por el Decreto Legislativo Nº 986, la formulación típica permite reconocerlo en la actualidad como un delito de resultado.

En ese entendido, los actos de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia previstos en los artículos 1° y 2° de la Ley Nº 27765 requieren necesariamente que se verifique si el agente logró a través de tales conductas, cuando menos momentáneamente, dificultar la identificación de su ilícito origen, incautación o decomiso (resultado típico). Se señala así en el referido Acuerdo Plenario Nº 3 que *"(…) si dichos resultados no se realizan, esto es, se frustra de cualquier modo la operación de cubierta que el agente busca construir o consolidar sobre los activos que pretende lavar se deberá calificar a tal inicio de ejecución como una tentativa* (…)"[1274]. Más adelante se precisa que la tentativa se expresa, por ejemplo, cuando el agente no alcance a culminar con el procedimiento de conversión o de transferencia de los activos ilícitos que hubiera emprendido, sea por la intervención de terceros o por otras razones o condiciones ajenas a su voluntad.

Así, en el Acuerdo Plenario Nº 3, recurriendo a la doctrina extranjera, se afirma: "*Se puede querer convertir billetes de baja denominación cambiándolos por otros de mayor valor, en la primera etapa de lavado, interrumpiéndose el proceso ejecutivo por acto de la autoridad, quedando por consiguiente el delito de lavado por conversión en grado de tentativa. O también se puede imaginar una transferencia de valores en proceso, por ejemplo de una cuenta a otra, que es interrumpida por intervención de la autoridad, en cuyo caso los autores habrán cometido lavado en grado de tentativa*"[1275].

En ambos ejemplos se señala que el proceso ejecutivo del lavado de activos se ve interrumpido por la intervención de una autoridad, quedando el delito en grado de tentativa. Sobre este punto debemos hacer una precisión a fin de evitar cualquier tipo de confusiones. Y es que, desde nuestro punto de vista, no podría equipararse la detección de una ilícita transacción con una interrupción del proceso de ejecución del delito de lavado de activos. Esto es, no puede decirse que nos encontramos

[1274] Acuerdo Plenario, § 15.

[1275] *Ibid*., loc. cit.

frente al delito de lavado de activos en grado de tentativa cuando los bienes, dinero, efectos o ganancias ilícitas ingresan al tráfico comercial y luego son detectados por ejemplo, por el Oficial de Cumplimiento de una entidad financiera.

La detección y comunicación de operaciones sospechosas es un deber de ciertos sujetos que están obligados a informar a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) de las operaciones sospechosas que detecten en el curso de sus actividades, y este deber no tiene relación con el momento de consumación o interrupción del delito de lavado de activos. Esto es, la detección o reporte de las operaciones sospechosas no determina la fase del delito. Lo anterior se desprende claramente de la comprensión de las fases del proceso de lavado de dinero[1276], las mismas que han sido recogidas claramente en el Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-116 de 6 de diciembre de 2011 (En adelante "el Acuerdo Plenario Nº 7") donde se precisa que el lavado de activos es un delito que se expresa como un proceso o secuencia de actos o etapas que dogmáticamente adquieren autonomía típica, así como un desarrollo operativo y un momento consumativo diferentes:

(i) Colocación *(Einspeisung).* La fase inicial y más vulnerable del lavado de activos es la colocación. El objetivo consiste en introducir los ingresos ilegales en el sistema financiero sin atraer la atención de las instituciones financieras o las autoridades de aplicación de ley. Las técnicas de colocación incluyen, por ejemplo, la estructuración de los depósitos en moneda en sumas que evadan las exigencias de presentar informes o la combinación de depósitos en moneda de empresas legales e ilegales[1277].

[1276] Ver: *Manual de Inspección Antilavado de Dinero/Ley de Secreto Bancario*, BSA/AML del FFIEC.

[1277] DURRIEU, Roberto. *El lavado de dinero en la Argentina. Análisis dogmático y político-criminal de los delitos de lavado de activos de origen delictivo (Ley 25.246) y financiamiento del terrorismo*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 21.

(ii) Transformación *(Verschleierung)*. La segunda fase del proceso de lavado de activos es la transformación, que consiste en trasladar fondos por todo el sistema financiero, con frecuencia a través de una compleja serie de transacciones para crear confusión y complicar el rastreo documental. Los ejemplos de transformación incluyen el cambio de instrumentos monetarios por sumas mayores o menores, o la transferencia de fondos a varias cuentas y a través de éstas, en una o más instituciones financieras[1278].

(iii) Integración *(Integration)*. El objetivo final del proceso del lavado de activos es la integración. Una vez que los fondos están en el sistema financiero y fueron aislados a través de la fase de transformación, se utiliza la fase de integración para crear la apariencia de legalidad por medio de transacciones adicionales. Estas transacciones protegen aun más a los responsables del delito precedente de una conexión registrada con los fondos, brindando una explicación convincente acerca de la fuente de esos fondos[1279].

De este modo, no es necesario llegar a la fase de transformación o integración para que se configure el lavado de dinero, bastando con la mera colocación de los bienes ilícitos en el tráfico comercial. Así por ejemplo, estando en la fase de colocación, si se introducen ingresos ilegales en el sistema financiero sin que las autoridades detecten en un primer momento algún movimiento u operación sospechosa, el delito de lavado de activos se habrá consumado sin importar que luego el Oficial de Cumplimiento detecte la operación y emita un Reporte de Operación Sospechosa. En consecuencia, los operadores que investiguen el delito de lavado de activos deben tener en cuenta lo antes referido a fin de no incurrir en el error de considerar que la detección y comunicación de operaciones sospechosas interrumpen el proceso ejecutivo del delito de lavado de dinero.

[1278] CALLEGARI, Andre. *Lavado de Activos*, p. 46.

[1279] *Ibid*., p. 49.

De otro lado, es de gran importancia lo señalado en el Acuerdo Plenario Nº 7, respecto al delito fuente y la configuración del tipo legal de lavado de activos. En este Acuerdo Plenario, se ha establecido que por lo general las operaciones de lavado de activos tienen lugar con posterioridad a la obtención de los ingresos ilícitos que generó la actividad delictiva desplegada por un tercero o por el propio actor de las operaciones de legitimación de activos. Tales activos constituyen un producto derivado y ulterior de dicha actividad delictiva y constituyen, por tanto, el objeto potencial de futuras acciones de lavado. Sin embargo, esta clara distinción sólo es factible y evidente en relación con actos iniciales de colocación –conversión- que se ejecutan con activos líquidos o dinero obtenido directa e inequívocamente de una conducta delictiva previa. De esta manera, estando a las posibilidades y alternativas de realización de delitos de lavado de modo posterior o anterior a la consumación o tentativa del delito fuente de los activos ilegales, se concluye que no cabe excluir *a priori* una investigación por lavado de activos ni tampoco evitar o desestimar la aplicación de las medidas coercitivas reales que correspondan.

Acerca del punto referido al *agotamiento del delito* en el Acuerdo Plenario Nº 7 se establece que la regla general en el agotamiento[1280] –*etapa final del iter criminis*- es la no punibilidad, siendo incluso esta etapa calificada como irrelevante para la dogmática por su poca utilidad práctica. Empero, el agotamiento adquiere relevancia para la dogmática moderna cuando en el artículo 3° inciso b) de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias

[1280] El agotamiento vendría a ser la *consumación material*, y se presenta cuando el sujeto realiza todos los aspectos exigidos por el tipo –en el caso de lavado de activos, los aspectos del tipo del delito fuente-, sino que además consigue alcanzar la intención que perseguía –en el caso del lavado, la intención de cometer el delito fuente es conseguir una ganancia y poder disfrutar de los activos sin temor a ser descubierto-. Véase la definición de agotamiento en MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., B de f, p. 353, num. 8.

Psicotrópicas de 1988[1281] se promueve la criminalización autónoma y específica de los actos de lavado de dinero.

A partir de este antecedente, todo agotamiento de un delito fuente deviene en la comisión de un ulterior delito de lavado de activos, (i) sea que se produzca una transformación de las ganancias ilegales provenientes del crimen organizado o que se proceda simplemente a su ocultamiento o traslado físico encubierto; (ii) sea que se disfruten tales ganancias o que solamente se procure asegurar las mismas insertándolas al tráfico económico por cualquier medio; (iii) sea que intervenga en ello el propio delincuente generador del activo ilícito o que pacte un contrato con terceros para lavar capital y disimular su origen delictivo. Por tanto, el agotamiento, se ha convertido hoy en un delito de lavado de activos punible y autónomo, siendo posible, de acuerdo a lo señalado en el Acuerdo Plenario Nº 7, aplicar las medidas de coerción pertinentes a los actos de transformación que se ejecuten con los bienes provenientes de un delito consumado por el mismo agente o por terceros.

[1281] En el Artículo 3° b. de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 se señala:
"Artículo 3°
b.
i) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones;
ii) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos"

III. SOBRE LA ADMISIÓN DE LA CULPA O IMPRUDENCIA EN LOS DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS (ARTÍCULOS 1º Y 2º DE LA LEY Nº 27765) Y OMISIÓN DE COMUNICACIÓN DE OPERACIONES O TRANSACCIONES SOSPECHOSAS (ARTÍCULO 4º DE LA LEY Nº 27765)

En el Acuerdo Plenario Nº 3 se expresa que a partir de la estructura de los artículos 1º y 2º de la Ley Nº 27765, solo es posible establecer que nos encontramos ante un tipo de injusto de carácter doloso. En ese sentido, al exigirse que el agente pueda o deba inferir de las circunstancias concretas del caso que las acciones de cobertura o integración las va a ejecutar con activos que tienen la condición de productos o ganancias del delito, se puede verificar la inclusión del dolo eventual. Asimismo, en el Acuerdo Plenario Nº 3 se descarta la posibilidad de sancionar la comisión del delito de lavado de activos bajo la modalidad imprudente o culposa:

> "*En nuestra legislación no se han regulado formas culposas de lavado de activos. Por consiguiente, no resultan compatibles con esta opción del legislador peruano las interpretaciones que pretendan inferir una modalidad culposa en base al sentido y alcance de la expresión legal "puede presumir"*"[1282].

Asimismo, se señala:

> "(…) *sólo si subjetivamente en el agente concurren la ignorancia, el error o la buena fe sobre el origen ilícito de los bienes, o de los resultados específicos que deben derivarse de la ejecución de los actos de disposición, cesión, uso o tenencia de los mismos, el comportamiento será atípico al carecer de dolo*".

Pues bien, consideramos que la cuestión central en cuanto a la discusión de la admisibilidad de la imprudencia en los actos de conversión,

[1282] Acuerdo Plenario, § 19.

transferencia, ocultamiento y tenencia radica en la interpretación del término "puede presumir". Sobre el particular, por ejemplo, GARCÍA CAVERO señala que no necesariamente aquella expresión hace referencia al dolo eventual, pues ésta manifestación del dolo se castiga sin necesidad de un expreso reconocimiento en el tipo penal. En ese sentido, el referido autor sostiene que "esta configuración de la parte subjetiva del delito de lavado de activos no nos lleva necesariamente a cuestionar su constitucionalidad, sino que podría tratarse de un supuesto de culpa grave que se castiga del mismo modo que un delito doloso"[1283].

Por otro lado, GÁLVEZ VILLEGAS, manifestando su oposición a entender que las modalidades típicas contempladas en los artículos 1º y 2º de la Ley Nº 27765 admiten la imprudencia, señala que "si el legislador hubiera querido introducir el supuesto culposo, lo hubiese referido de forma expresa, y no hubiera recurrido a la fórmula "puede presumir", que como acabamos de indicar, sólo hace referencia al supuesto de dolo eventual"[1284].

Pues bien, sobre este aspecto consideramos que la ausencia de regulación expresa en la Ley Nº 27765 no impide la posibilidad de que, desde una perspectiva dogmática y práctica, podría fundamentarse la existencia y punición del delito de lavado de activos en una modalidad imprudente. Así, no sería difícil pensar, por ejemplo, en el supuesto en el que la ocultación del origen de los activos deriva de una falta de verificación o comprobación de la procedencia de los bienes o ganancias sobre los cuales va a actuar el sujeto. Consecuentemente, la admisión –fundamentalmente dogmática- de la imprudencia nos debería llevar a diferenciar, según los sucesos del caso concreto, diversas "manifestaciones" de la imprudencia a partir de su gravedad, teniendo para ello en cuenta la entidad del descuido (de la infracción del deber de cuidado): "el autor de una imprudencia grave es más descuidado o menos dili-

---

[1283] GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico*, p. 507.

[1284] GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El delito de lavado de activos, criterios sustantivos y procesales*, p. 106.

gente que el autor de una imprudencia simple"[1285]. Por otro lado, se podría alegar la concurrencia de la figura de la "ignorancia intencional" ("*willful blindness*"), categoría de origen anglosajón que –equiparándose a la "ceguera" o "indiferencia ante los hechos" del sistema europeo continental– se refiere a los casos en que el autor no tiene conocimiento necesario para configurar el dolo debido a una situación de indiferencia con los hechos[1286]. Según GARCÍA CAVERO –evocando la propuesta de JAKOBS–, "esta situación psíquica de desconocimiento podrá equipararse normativamente al dolo solamente si el autor indiferente frente a su conducta lesiva se guarda de riesgos que pueden poner en juego sus propios intereses"[1287].

Con todo, fuera de las cuestiones dogmáticas expuestas, es posible reconocer que en legislaciones como en España[1288] o en Alemania[1289]

[1285] CALLEGARI, Andre. *Lavado de Activos*, p. 237.

[1286] GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico*, p. 508.

[1287] *Ibid*., loc. cit.

[1288] "1. El que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.
(…)
3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triple".

[1289] "(1) Quien oculte una cosa, encubra su origen, o impida o ponga en peligro la investigación del origen, del descubrimiento, del comiso, la confiscación, o el aseguramiento de un tal objeto, que provenga de un hecho antijurídico, será castigado con pena privativa de libertad hasta 5 años o con multa.

la modalidad imprudente del delito de lavado es admitida. En ese sentido, consideramos que la posibilidad de pensar en el delito de lavado de activos imprudente es real y justificada, precisamente, en que la inclusión del elemento "negligencia" en la referida figura delictiva responde a una tendencia del Derecho penal económico frente a los obstáculos y problemas probatorios que presenta el dolo, pero también por el hecho de que la criminología del lavado de activa expresa que este delito también puede ser cometido de forma negligente.

Ahora, lo cierto es que si bien en el Acuerdo Plenario Nº 3 se ha excluido del todo dicha posibilidad en relación a los artículos 1° y 2° de la Ley Nº 27765 –aludiendo, más que razones dogmáticas, motivos estrictamente político-criminales– nada se ha dicho en torno al delito de Omisión de Comunicación de Operaciones o Transacciones Sospechosas, previsto en el artículo 4° de la Ley Nº 27765 del modo siguiente:

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

(…)
(2) De la misma manera será castigado quien en relación con un objeto señalado en el inciso (1): 1. Lo consiga para sí o para tercero o, 2. Guarde o utilice para sí o para un tercero, cuando haya conocido la procedencia del objeto en el momento en el cual lo haya obtenido.
(5) Quien en los casos 1 y 2 no reconozca por ligereza que el objeto provenga de alguno de los hechos antijurídicos descritos en el inciso 1, será castigado con pena privativa de libertad hasta de 2 años o con multa".

De esta manera, en el Acuerdo Plenario Nº 3 se ha omitido un pronunciamiento acerca de la inclusión del elemento subjetivo *culpa* en el delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas. Ello, a pesar que existe actualmente una marcada tendencia por tipificar este delito en su modalidad imprudente. Y es que, siendo ésta una norma dirigida principalmente al sector financiero u otros equivalentes en los que existe una obligación de reporte, en éste se ha advertido que a pesar de contar con procedimientos, controles y políticas de prevención, debería hacerse más estricta la regulación referente al lavado de activos atendiendo a los avances de la tecnología y la globalización. Así las cosas, la regulación de la modalidad imprudente en el delito de lavado de activos se erige como un tema de gran importancia en el ámbito del sistema financiero[1290].

Ahora, volviendo sobre el tema de la necesaria aceptación de la imprudencia como elemento subjetivo preponderante en el ámbito financiero, se puede considerar que en tanto se admita que el delito de lavado de activos es un proceso cíclico que persigue el ocultamiento de bienes obtenidos ilícitamente para eludir así la acción de las autoridades judiciales, las auditorías contables y controles institucionales –el delito en mención se sirve principalmente de las operaciones y transacciones bancarias[1291]–, el sistema financiero sería el sector llamado a liderar los mecanismos de prevención del blanqueo de capitales. Y esto es así porque el mejor lugar para ocultar y legalizar el dinero "sucio" son las instituciones financieras, al ser en estos lugares donde hay más dinero del cual se presume su legítima procedencia.

Ante este escenario, los operadores del sistema financiero han creado políticas que son producto de todo un avance regulatorio y que deben ser acatadas por los bancos y otras instituciones financieras: **(i)**

[1290] CALLEGARI, Andre. *Lavado de Activos*, p. 237

[1291] CANO CASTAÑO, Miguel Antonio. *Auditoria forense en la investigación criminal del lavado de dinero y activos*, Ecoe Ediciones, Bogotá, 2004, p 112.

conocimiento de su cliente, **(ii)** *la debida diligencia* y **(iii)** *el conocimiento de su colaborador*.

Como se sabe, la política *conoce a tu cliente* supone el establecimiento de procedimientos y medidas institucionales que permitan la identificación del cliente, su actividad económica, entre otros. Lo anterior se logra a través del cumplimento diligente de cada uno de estos procedimientos que se materializan en la solicitud de documentos, visitas al cliente, verificación en centrales de riesgo, etc.

La política de *debida diligencia* ha ido más allá con el caso de la Ley Patriótica de los Estados Unidos de Norteamérica, para exigir del sector financiero una debida diligencia mejorada que exige a los funcionarios el ejercicio y desarrollo de sus actividades con una diligencia superior a la normal. Es decir, debe comportarse como "el mejor hombre de negocios".

Como puede verse, la única forma de asegurar el cumplimiento de las políticas de *conoce a tu cliente* y *debida diligencia mejorada* es con la implementación de procesos estrictos de acuerdo con los estándares internacionales de vinculación y capacitación de los funcionarios de la banca.

Con todo, lo antes señalado nos lleva a la conclusión de que actualmente nos encontramos en una fase de afianzamiento de los deberes de diligencia y control en las entidades del sistema financiero. Estos deberes de diligencia que coloca a las entidades financieras y a sus operadores en una posición de garante, han sido considerados en distintos ordenamientos como el Reglamento de la CICAD, el Manual de Apoyo para la Tipificación del Lavado de Activos de la OEA, el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas (PNUFID), la Ley Patriótica de los Estados Unidos y los Códigos Penales de Alemania, Suiza, España Cuba, Argentina, entre otros, como fundamentos para consagrar la modalidad culposa o imprudente en el delito de lavado de activos.

En este contexto, las funciones de cumplimiento en la prevención y detección del lavado de activos han adquirido una especial importancia,

al punto de imponerse un deber de conocer la real procedencia o destino de los activos que se comprometan en las operaciones que procesa cada entidad financiera. En este sentido, contamos con el Reglamento Modelo de la CICAD, documento que encomienda la sanción de funcionarios que *"debiendo saber o con ignorancia intencional"* permitan la comisión del delito de lavado de activos a través de la no detección de la operación sospechosa. Así también, el Manual de Apoyo para la Tipificación del Lavado de Activos de la OEA propugna la regulación culposa o imprudente del lavado de activos, estableciendo el cuidado en la detección de las operaciones sospechosas acordes a *"el hombre medio"*, "*la atención exigida*" y "*el cuidado exigido*". Sobre el particular, el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de las Drogas (PNUFID) apela a locuciones como *"sospechando"* y "*cuando habrían debido ser*"; y otros a nivel local como la Ley Patriótica de los Estados Unidos que de acuerdo a la Ley *Annuncio-Wylie* acogió el criterio de *"ceguera voluntaria"*. Asimismo, los Códigos Penales de Alemania, Reino Unido, Suiza, España, Cuba y Argentina utilizan expresiones como *"no advierta por imprudencia grave"*, "*sospechando", "sin haber verificado con la diligencia que exijan las circunstancias*", "*imprudencia grave", "debiendo conocer o suponiendo racionalmente*", "*temeridad o imprudencia grave*", *y "tenía la posibilidad de conocer*", respectivamente.

Ahora bien, los deberes especiales de diligencia a los que se ha hecho referencia han sido recogidos en nuestra legislación, donde además de establecerse deberes normativos específicos para los Oficiales de Cumplimiento, también se establecen deberes institucionales y responsabilidad personal para los miembros del Directorio y la Gerencia General. Al respecto podemos hacer mención del artículo 3° de la Resolución SBS Nº 838-2008, el mismo que se señala lo siguiente:

> "*Artículo 3.- Sistema de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo*
>
> *Las empresas deben contar con un sistema de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo para prevenir y evitar que los productos y/o servicios que ofrecen al público*

> *sean utilizados con fines ilícitos vinculados con el lavado de activos y/o el financiamiento del terrorismo. Será responsabilidad del Gerente General y del Directorio u órganos equivalentes de las empresas, implementar dicho sistema en las empresas que representen* (...)
>
> *Las empresas deben asegurarse que sus directores, gerentes y trabajadores tengan un alto nivel de integridad,* (...)
>
> *El Gerente General y el Directorio u órganos equivalentes de las empresas, son responsables del cumplimiento de la presente norma y demás disposiciones sobre prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, así como de dar las facilidades necesarias y suficientes al Oficial de Cumplimiento para la ejecución de sus responsabilidades* (...)
>
> *Asimismo, las empresas deben verificar que sus sucursales y subsidiarias en el exterior cumplan con las medidas de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo compatibles con las exigidas en el Perú y las recomendaciones del GAFI.* (...)".

Asimismo, en caso de incumplimiento de los deberes específicos por parte de los operadores del sistema financiero, la legislación ha previsto sanciones de carácter administrativo. Así por ejemplo podemos mencionar la Resolución SBS Nº 1782-2007 que sanciona con multa a las personas naturales y jurídicas consideradas como sujetos obligados a informar a la UIF-Perú, por infracciones en materia de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

Sin embargo, a pesar de que en nuestra legislación también se han creado deberes institucionales específicos que colocan en una situación especial a las entidades supervisadas y a los funcionarios de las entidades financieras, no se ha incluido de forma expresa la modalidad culposa o imprudente en el delito de lavado de activos, pese a no existir para ello impedimento dogmático. Como ya se ha señalado, la ley penal contra el lavado de activos contempla, únicamente, modalidades delictivas de carácter doloso. Así, para el caso del sector finan-

ciero, la estructuración de una operación de lavado de activos requiere que el funcionario respectivo conozca los hechos, tenga conocimiento o sospeche que se trata de dinero de procedencia ilegal y además, también de modo conciente, omita los controles establecidos para identificar este tipo de operaciones y clientes. Por el contrario, para predicar la participación de un funcionario de este sector en una operación de lavado de activos culposa o imprudente sólo sería necesario verificar una violación del deber de cuidado como antecedente a la ocurrencia del resultado típico.

En consecuencia, no deja de llamar la atención que en el Pleno Jurisdiccional no se haya hecho referencia a este tema tan trascendente, al menos desde una perspectiva *de lege ferenda*, más aún cuando la regulación de la modalidad culposa o imprudente tiene grandes repercusiones en el sistema financiero. Un pronunciamiento del Pleno de la Corte Suprema hubiera sido importante, en primer término porque si se tipificara la imprudencia entonces las actividades de riesgo penalmente relevantes deberán contar con una regulación previa aún más estricta, estableciéndose para ello concretos deberes que deben ser cumplidos por las entidades y funcionarios a fin de evitar la consecución de resultados lesivos. En segundo término, porque el ámbito de la culpa ampliaría el marco de responsabilidad penal, ya no sería determinante el conocimiento de la comisión del delito, sino que ya la violación de los reglamentos pertinentes y reglas de cuidado podrá implicar una investigación de carácter penal por lavado de activos en su modalidad imprudente. En tercer lugar, porque el estándar de cumplimiento se elevaría, se exigiría al funcionario del sector financiero que contemple todas las opciones o variables que le permitan conocer la operación tendiente al lavado a fin de evitar un actuar negligente. Y finalmente porque con ello se abriría paso a las consecuencias contra la propia entidad financiera por lavado de activos, es decir la adopción de medidas de clausura, disolución, liquidación, suspensión u otras prohibiciones societarias que pueden hacerse valer en el plano administrativo o penal.

IV. EL VALOR DE LOS BIENES OBJETO DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

El Acuerdo Plenario Nº 3 establece algunas cuestiones en torno a los valores económicos o dinerarios comprometidos en las operaciones de blanqueo de capitales a fin de determinar su relevancia al momento de determinar la pena en la sentencia. Así, se ha expuesto lo siguiente:

> "(…) *Es importante destacar que para el Derecho Penal nacional, el valor económico o el monto dinerario de los activos involucrados en las distintas modalidades de lavado, carecen de significado para la tipicidad y penalidad del delito. En cambio, para otras legislaciones, como la vigente en Argentina, la calidad de delitos de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia sí queda supeditada al valor económico de las operaciones realizadas. En ese sentido, el artículo 278º del Código Penal de aquel país establece: "Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces el monto de la operación el que convierte, transfiere, administrare, vendiere, gravare o aplicare dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiere participado, con la consecuencia posible de que los bienes originados o los subrogantes, adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos (S/.50.000), sea en un acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí* (…)[1292]".

De este modo, se deja en claro que en nuestra legislación el valor económico o el monto dinerario de los activos involucrados en las distintas modalidades de lavado, no tienen relevancia para la tipicidad y penalidad del delito. Contrario a esta postura, GARCÍA CAVERO quien opina que el delito debe enmarcarse en el ámbito de los delitos económicos, llega a la conclusión de que al ser el Derecho penal solamente aplicable como *ultima ratio*, este tipo penal sólo debería ser utilizado

[1292] Acuerdo Plenario, § 28.

para reprender las conductas más graves. Así, para el referido autor no habrá delito de lavado de activos si los bienes incorporados al mercado son de escaso valor[1293], colocando como ejemplo un caso de corrupción de funcionarios de poca monta a raíz del cual, por el escaso valor del producto del delito fuente, no se configura blanqueo de bienes. En ese sentido, GARCÍA CAVERO reconoce la necesidad de una "gravedad concreta", consistente en tener en cuenta la cuantía de los bienes de procedencia ilícita, es decir, no podría hablarse de un delito de lavado de activos cuando los bienes de procedencia ilícita tienen un escaso valor cuantitativo[1294].

Sin embargo, autores como PRADO SALDARRIAGA, quien intervino en la elaboración del Acuerdo Plenario materia de análisis, han desarrollado la línea de pensamiento que ha quedado recogida en la resolución suprema y que se pronuncia en torno a los problemas presentados por la tesis antes señalada[1295]. Así, consecuentemente con la posición asumida, el Pleno Jurisdiccional ha dejado sentado que si bien el valor económico de los activos involucrados es irrelevante para establecer si se ha cometido el delito o no, este valor puede ser útil a los jueces como uno de los elementos que les permiten graduar el desvalor de la acción en función del cual se impone proporcionalmente la sanción correspondiente. Así, se indica:

> "(…) *No obstante ello, estando a lo establecido en el inciso 4 del artículo 46º del Código Penal, el juez deberá apreciar el valor de los bienes involucrados en la operación de lavado realizada por*

[1293] El autor reconoce que pese a lo expuesto, resulta difícil fijar una cantidad exacta para cubrir el requisito de la gravedad de la conducta, pero insiste en que el juez debe hacer lo necesario para precisarla en el caso concreto mediante un proceso de reducción teleológica. Vid. en este sentido GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico,* pp. 488-490.

[1294] *Ibid*., p. 489.

[1295] PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Lavado de activos y financiamiento del terrorismo*, 1ª ed., Grijley, Lima, 2007, p. 152.

> *el agente, a fin de evaluar debidamente el grado de desvalor que la conducta representa y graduar en función de ella la proporcionalidad de la pena aplicable. Cabe anotar, además, que en otros delitos como el de defraudación tributaria el importe del tributo omitido, cuando no es superior a cinco unidades impositivas tributarias, motiva una atenuación específica de la pena [Cfr. Artículo 3º del Decreto Legislativo 813 o Ley Penal Tributaria]. Tal valor dinerario, en todo caso, puede servir de referencia al operador de justicia para poder diferenciar el significado material de la operación de lavado de activos realizada por el agente, y decidir razonablemente la aplicación de una pena proporcional en cada caso* (…)[1296]".

Antes bien, conviene advertir que el Acuerdo Plenario Nº 3 no ha sentado posición respecto a los valores que deben primar al momento de la supervisión y control de las operaciones por parte de las entidades financieras. En efecto, el Plenario hace referencia al valor de los bienes comprometidos en el lavado de activos (artículos 1º y 2º de la Ley Nº 27765), pero no hace referencia al valor económico o dinerario a tomar en cuenta para poder sostener la concurrencia del delito de omisión de comunicación de una operación sospechosa (artículo 4º de la mencionada ley).

Una precisión como esta resulta de vital importancia a la luz de las modificaciones realizadas a las normas administrativas que regulan el Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo y que dirigen las actividades de los operadores financieros, encargados del monitoreo, detección y eventual reporte de las operaciones sospechosas. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que el numeral 1 del artículo 11º de la Ley Nº 27693 establece que: *"(…) Los Sujetos Obligados a informar deben comunicar a la UIF-Perú las operaciones sospechosas que detecten en el curso de sus actividades, **sin importar los montos involucrados**, en un plazo no mayor de treinta (30) días calendario, contado desde la fecha en que éstas han sido detectadas"* (resaltado nuestro).

[1296] Acuerdo Plenario, § 29.

La frase *"sin importar los montos involucrados"* genera confusión en torno a si el Oficial de Cumplimiento está obligado a vigilar todas las operaciones que tiene a su cargo o si por el contrario debe únicamente hacer caso a aquellas que, en opinión de un sector de la doctrina, posean las señales de alerta predeterminadas que le advierten que se encuentra frente a operaciones inusuales o sospechosas[1297]. Más aún si las modificaciones al artículo 12º de la Res. SBS Nº 838-2008 han establecido que "(…) *las empresas deberán realizar un análisis de riesgo asociado a su perfil de operaciones o segmentos del mercado, a fin de determinar si es necesario que establezcan un umbral menor* (…)".

V. EL DELITO FUENTE EN EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

En el Acuerdo Plenario Nº 3 se manifiesta que el delito de lavado de activos debe tener como presupuesto la existencia de un delito precedente del cual haya emanado el patrimonio (dinero, bienes, efectos o ganancias) que es precisamente el que el lavador pretende incorporar al tráfico jurídico-económico, otorgándole con ello una apariencia de legalidad. Así, el artículo 6° de la Ley N° 27765 establece un "catálogo

[1297] Para CANO CASTAÑO las operaciones inusuales son "(…) aquellas que no guarden relación con la actividad económica de los clientes, o que por su número, **las cantidades transadas** o que por sus características particulares, se salen de los parámetros establecidos para determinado rango del mercado (…)", y luego añade que "con el fin de definir si una operación es o no sospechosa, debe evaluar la frecuencia, **volumen y características de las transacciones efectuadas**, relacionando dichas transacciones con el perfil definido para el cliente y la actividad económica que éste realice". Además agrega que "el perfil básico de operaciones de un cliente, debe inscribirse dentro del segmento del mercado que corresponde a las características de sus transacciones, de tal forma que se detectan las operaciones inusuales con la ayuda de la tecnología adecuada, con base en **señales de alerta predeterminadas** y el criterio prudente de los responsables del análisis de las operaciones" (la negrita ha sido añadida). CANO CASTAÑO, Miguel Antonio. *Auditoria Forense en la investigación criminal del lavado de dinero y activos*, p. 154.

abierto" en el que se incluyen delitos específicamente identificados (tráfico ilícito de drogas, terrorismo, delitos contra la administración pública, etc.) y otros caracterizados por su gravedad[1298] (que son reprimidos con penas privativas de libertad significativas y que son realizados en el marco de la delincuencia organizada), que responden a una lógica delictiva que, según el Acuerdo Plenario Nº 3:

> "(…) *se engarza en la generación de una ganancia económica que se pretenda sustraer del sistema de persecución estatal para su incautación y decomiso* (…)"[1299].

Pues bien, de lo expuesto es posible establecer que el delito fuente –desde una perspectiva dogmática– se erige como un elemento normativo[1300] del tipo penal de lavado de activos, por lo tanto, de no verificarse la concurrencia de aquél en el análisis de la tipicidad, se podrá concluir en la inexistencia del delito de lavado de activos. En ese sentido, evidentemente, al ser un elemento propio del tipo objetivo, el dolo del sujeto activo deberá abarcar, no sólo los elementos de la propia conducta de la-

---

[1298] CARO JOHN, José Antonio. *Dogmática Penal Aplicada*, Ara Editores, Lima, 2010, p. 164. Señala que pueden añadirse dentro de la categoría de "otros delitos similares que generen ganancias ilegales, los siguientes: Delitos contra los derechos de autor (artículo 216 y ss. del CP), Delitos contra la propiedad intelectual (artículo 222 y ss. del CP), Delitos contra los bienes culturales (artículo 226 y ss. del CP), Delitos contra el orden financiero y monetario (artículo 244 y ss. del CP), Delitos contra los recursos materiales y el medio ambiente (artículo 304 y ss. del CP), Delito de lavado de activos –*autolavado*- (Ley 27765, Modificado por el D. Leg. 986), y el delito de falsificación de documentos (artículo 427 del CP).

[1299] Acuerdo Plenario, § 30.

[1300] Elementos normativos son aquellos que cuya constatación requiere predominantemente de una valoración: en unos casos es puramente jurídica (el elemento "documento" en el artículo 427° CP, el elemento "ajeno" en el artículo 185° CP); en otros casos, es empírico-cultural (la "obscenidad" en el artículo 183° CP). Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Dir). *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 233.

vado (ocultamiento, tenencia, conversión, transferencia), sino también el delito fuente como elemento objetivo del tipo penal.

De esta manera, quedando en claro que el tipo penal impone la tarea de demostrar una elemental comunión entre el dinero, bienes, efectos o ganancias y la existencia del delito previo, es pertinente recordar las dos posibilidades generales que nos ofrece la doctrina en lo referido del grado de certeza para este último: **(i)** *puede exigirse una sentencia firme anterior en la que se constate la realización del hecho típicamente antijurídico*; o **(ii)** *se puede dejar que sea el tribunal que conoce del delito de lavado de activos el que determine también ese extremo*.

De la lectura del artículo 6° de la Ley N° 27765 se desprende que en el Perú se ha acogido la segunda alternativa, se señala expresamente que "no es necesario que las actividades ilícitas que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria". En esa misma perspectiva, según el Acuerdo Plenario Nº 3:

> "(…) *el artículo 6° de la Ley establece que no es necesario que las actividades referidas al delito fuente se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria (…) El delito fuente, empero, es un elemento objetivo del tipo legal –como tal debe ser abarcado por el dolo– y su prueba condición asimismo de tipicidad. No es menester, como se ha indicado anteriormente, que conste acreditada la comisión mediante sentencia firme, ni siquiera que exista investigación en trámite ni proceso penal abierto. Es decir, expresamente se ha descartado una prejudicialidad homogénea de carácter devolutiva*"[1301].

Tomando en cuenta que el lavado de activos se presenta como un proceso caracterizado por su constante transformación y perfecciona-

[1301] Acuerdo Plenario, § 32.

miento, así como por su actuación extraterritorial, en la práctica procesal penal es habitual la imposibilidad de contar con prueba directa que haga posible la clara identificación del origen delictivo del patrimonio que pretende incorporarse al tráfico jurídico-económico, ni el conocimiento del origen ilícito de los mismos. Ante esta situación de evidente dificultad probatoria, el Acuerdo Plenario Nº 3 afirmó que la prueba indiciaria se constituye normalmente como el mecanismo a través del cual poner en evidencia el conocimiento del delito fuente y del conjunto de los elementos objetivos del tipo. Sin embargo, el referido Acuerdo Plenario poco o nada aporta frente al problema de la delimitación y prueba del delito fuente, sólo se destacan los presupuestos generales –materiales y formales– de cara a la aplicación de la prueba indiciaria, del modo siguiente:

> "(…) *A. Existencia de hechos o indicios plenamente acreditados, que en función a su frecuente ambivalencia, han de ser plurales, concomitantes al hecho que se trata de probar e interrelacionados de modo que se refuercen entre sí.*
>
> *B. Entre los hechos base, apreciados en su globalidad, y el hecho consecuencia ha de existir un enlace preciso según las reglas del pensamiento humano [perspectiva material].*
>
> *C. El razonamiento del Tribunal ha de ser explícito y claro, debe (i) detallar y justificar el conjunto de indicios y su prueba, que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia, así como (ii) sustentar un discurso lógico inductivo de enlace y valoración de los indicios, que aún cuando sucinto o escueto es imprescindible para posibilitar el control impugnativo de la racional inferencia [perspectiva formal]"*[1302].

Como puede apreciarse, solo se indica un conjunto de reglas propias del discurso general sobre la prueba indiciaria pero sin abordarse aspectos centrales como la suficiencia probatoria en torno al delito fuen-

[1302] Acuerdo Plenario, § 33.

te, la consecuencia de una absolución o la prescripción de la acción penal por el delito precedente, entre otros problemas de la práctica penal.

Por lo demás, según el Acuerdo Plenario Nº 3 no hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico –con la plenitud de sus circunstancias– ni de los concretos intervinientes en el mismo, sino, solamente, una **certidumbre sobre su origen**, **un conocimiento de la existencia de una infracción grave de manera general**[1303]. Ahora bien, en tanto es el Oficial de Cumplimiento quien ocupa la primera instancia en el modelo de cooperación (entre el Estado y las entidades del sistema económico-financiero) orientado a la rastrear y determinar la existencia de transacciones y movimientos financieros no comunes, sobre aquél recae una importante labor de investigación –evidentemente previa y de alcance muy básico– para identificar la existencia de una operación sospechosa. Es decir, el Reporte de Operaciones Sospechosas (ROS) emitido por el Oficial de Cumplimiento, al tener que poner en conocimiento un evento *judicializable* –y no solo apariencias de la existencia de delitos–, no puede contener meras referencias a transacciones o maniobras bancarias peculiares por su anormalidad, sino que, creemos, se hace necesaria la existencia de un *filtro* en la labor del Oficial de Cumplimiento, la cual sería la realización de una investigación destinada a verificar la existencia de una conducta ilícita previa. En efecto, al órgano jurisdiccional no le interesan las operaciones sospechosas en estricto, sino aquellas que se originen o que estén vinculadas con la comisión de un delito precedente.

Así pues, aunque en el ROS el Oficial de Cumplimiento no debe adelantar opinión alguna (es decir, si existe delito previo o no), está llamado a informar, a partir de una investigación realizada utilizando los recursos a los que por razón de su cargo tiene acceso (información bancaria, financiera, crediticia, tributaria, etc.), aquellos sucesos que siendo irregulares (deudas con el fisco, múltiples ingresos y salidas del país, gran cantidad de cuentas bancarias propias o de familiares), podrían ostentar alguna vinculación con la operación sospechosa.

[1303] Acuerdo Plenario, § 35.

VI. EL VALOR PROBATORIO DEL INFORME DE INTELIGENCIA FINANCIERA

En el Acuerdo Plenario Nº 3 se destaca que el Informe de Inteligencia emitido por la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) no puede asimilarse a una Auditoria Especializada de carácter financiero o pericia institucional en función a las limitaciones y rasgos propios con el que ha sido regulado[1304]. Esto, en la medida que el párrafo final del artículo 13°.2 del Reglamento de la Ley Nº 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera, señala que "*El destinatario de todo informe de inteligencia que provenga de la UIF-Perú se encuentra obligado a guardar la* ***debida confidencialidad de la entidad informante y la reserva del contenido de la información****, es decir, haciendo suya la información comunicada para los fines de su competencia*" (resaltado nuestro). De esta manera, la información que sustenta el Informe de Inteligencia tiene carácter reservado, no pudiendo ser empleada en un proceso jurisdiccional como medio probatorio.

Sin embargo, más adelante se señala que los anexos del mencionado informe, los mismos que son el sustento de la información producto del desarrollo del trabajo de inteligencia, pueden ser empleados en el proceso jurisdiccional cuando la UIF lo autorice expresamente. Ello de conformidad con el referido artículo 13°.2 del Reglamento de la Ley Nº 27693[1305], que determina que:

> "(…) *la información que sustenta el informe de inteligencia tendrá el carácter de reservada, no pudiendo ser empleada total, parcial, directa o indirectamente en ningún proceso judicial o procedimiento administrativo, como tampoco podrá ser empleada como medio probatorio,* ***salvo que la UIF-Perú autorice el uso de manera expresa de todo o parte del documento que***

[1304] Acuerdo Plenario, § 38.

[1305] El Decreto Supremo Nº 018-2006-JUS, del 21 de julio de 2006, estableció el Reglamento de la Ley Nº 27693.

> ***contiene el sustento de la información producto del desarrollo del trabajo de inteligencia; por sustento de la información se debe entender a los anexos que acompañan el informe de inteligencia***." (resaltado nuestro).

Sobre ello, llama la atención que la decisión de incorporar los anexos del Informe de Inteligencia Financiera en el proceso recaiga única y exclusivamente en la UIF, más aún cuando no existen ni se han establecido en el Acuerdo Plenario Nº 3 criterios en virtud de los cuales se pueda objetivamente decidir si el Informe de Inteligencia debe o no ser incorporado en el proceso. De manera que, finalmente, la decisión queda a discreción de los funcionarios de la UIF, pudiendo llegar a ser en muchos casos una decisión arbitraria e injustificada.

Sin duda, las restricciones del Reglamento de la Ley N° 27693 originan una serie de inconvenientes para todas las partes procesales. En primer lugar, de acuerdo a lo establecido en el inciso 5 del artículo 3° de la Ley N° 27693, la UIF-Perú debe comunicar al Ministerio Público mediante el Informe de Inteligencia las operaciones que, luego de su labor de análisis producto de los reportes de operaciones sospechosas que recibe y de las investigaciones conjuntas que pueda solicitar, se presuma estén vinculadas con el delito de lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo. En consecuencia, el Ministerio Público, al formalizar la denuncia penal, lo hace teniendo en cuenta, al menos como noticia criminal, el Informe de Inteligencia. No obstante, en el proceso se encontrará con la posibilidad de no poder utilizar el Informe como medio probatorio, quedando la disposición de ese uso exclusivamente en manos de la UIF. Por otro lado, los imputados, quienes no tuvieron acceso al Informe de Inteligencia durante la etapa de investigación, tampoco podrán tomar conocimiento de su contenido durante el proceso, afectándose sin duda alguna el derecho a la igualdad de armas, así como el derecho de defensa, a diferencia del Ministerio Público, los procesados no podrán tomar conocimiento del análisis y valoración de las supuestas operaciones sospechosas que motivaron la formalización de la denuncia. Finalmente, se afectará el principio de inmediación toda vez

que el Juez no podrá valorar personalmente el contenido del Informe de Inteligencia que fue sustento de la formalización de la denuncia penal.

En este orden de ideas, al ser una decisión que podría conllevar a la afectación de una serie de derechos fundamentales y principios procesales, deberían establecerse criterios a fin de poderse determinar objetivamente cuándo se debe evitar incorporar el Informe de Inteligencia en el proceso. Ello se hace evidente al tomar en cuenta que, como se ha señalado en el Acuerdo Plenario Nº 3, en caso de ser incorporados en el proceso, los anexos sirven como indicio procedimental para iniciar el correspondiente proceso penal o inculpación formal, y segundo, luego de ser sometido a contradicción por su nítido carácter pericial, podrán ser valorados como pericia institucional.

Ahora bien, en el Acuerdo Plenario Nº 3 se ha hecho referencia al Informe de Inteligencia Financiera, sin embargo, se ha omitido un pronunciamiento en relación al ROS. La pregunta que surge inmediatamente es la siguiente: ¿Es posible que pueda insertarse el ROS en un proceso judicial como medio probatorio? Al respecto, el artículo 10°-A de la Ley Nº 27693 señala que "(...)*El Reporte de Operaciones Sospechosas (ROS), es un documento de trabajo de la UIF-Perú,* ***reservado únicamente para el uso de dicha entidad en el inicio del tratamiento y análisis de la información contenida en dichos reportes****; información que luego del análisis e investigación respectiva, se tramitará al Ministerio Público en los casos en que se presuma haya vinculación con actividades de lavado de activos y/o del financiamiento del terrorismo*"(resaltado nuestro).

El deber de reserva al que se ha hecho alusión en el artículo citado, también se encuentra contemplado en el artículo 13.1 del Decreto Supremo N° 018-2006-JUS de la siguiente manera:

> *".- Deber de reserva*
>
> *13.1 La comunicación sobre operaciones sospechosas a la UIF-Perú, así como la información sobre el registro de operaciones que se remita a la misma, tienen carácter confidencial conforme al artículo 12º de la Ley, por lo que bajo responsabilidad, los Su-*

jetos Obligados a informar, sus accionistas, directores, funcionarios, empleados, trabajadores o terceros con vínculo profesional, especialmente los oficiales de cumplimiento, están impedidos de poner en conocimiento de persona alguna, salvo un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente conforme a las disposiciones legales vigentes, que dicha información ha sido solicitada o proporcionada a la UIF-Perú."

En consecuencia, el deber de reserva que obliga a los sujetos supervisados exige confidencialidad respecto de tres situaciones específicas:

(i) La información recopilada para la elaboración del ROS y de este documento en sí mismo,

(ii) La entrega o pedido de información de la UIF y,

(iii) La identidad de la entidad obligada y la del OC que reporta.

En este sentido, el deber de reserva no se encuentra restringido a la información recopilada para la elaboración del ROS o a este documento, sino que se extiende a cualquier información solicitada o entregada a la UIF, como es el caso del Registro de Operaciones. Básicamente, el artículo 12° de la Ley N° 27693 establece la prohibición "*de poner en conocimiento de cualquier persona, entidad u organismo, bajo cualquier medio o modalidad, el hecho de que alguna información haya sido solicitada o proporcionada a la UIF Perú*".

Así también podemos advertir que el deber de reserva no se limita al Oficial de Cumplimiento. Este deber es impuesto a los sujetos obligados, sus accionistas, directores, funcionarios, empleados, trabajadores o terceros con vínculo profesional con los sujetos obligados, bajo responsabilidad. De otro lado, el deber de reserva respecto de la comunicación de una operación sospechosa y el ROS está establecido también en el artículo 17 de la Resolución SBS N° 838-2008 disponiéndose su carácter confidencial y privado entre las empresas y la Superintendencia. Sin embargo, el artículo 18° dispone, además, un velo de confidencialidad respecto de la identidad del Oficial de Cumplimiento al determinar que los documentos y que cualquier comunicación no

debe registrar la identidad del Oficial de Cumplimiento ni ningún otro elemento que pudiera contribuir a identificarlo, disponiendo el uso de códigos o claves secretas asignadas. De esta manera, se discute si el alcance del artículo 18° de la Resolución SBS Nº 838-2008 se limita a un deber de reserva o un deber de confidencialidad respecto únicamente a la identidad del Oficial de Cumplimiento que reporta la operación sospechosa.

En esta línea, se podría llegar a establecer que dicha norma no determinaría la confidencialidad o reserva del contenido del ROS, siendo posible que dicho contenido sea conocido por terceros, aunque protegiéndose la identidad del Oficial de Cumplimiento a través de códigos secretos. Lo cierto es que la literalidad de la norma permitiría dicha interpretación, en la medida que en ningún supuesto dispone la reserva del contenido inserto en el reporte de operaciones sospechosas. De modo que el deber de reserva que desarrolla el artículo 12 de la Ley N° 27693, prohibiría la comunicación a terceros de la remisión de información a la UIF.

Estas dudas interpretativas evidencian la necesidad de un pronunciamiento judicial que zanje estas cuestiones. Más aún cuando las restricciones de acceso al ROS e Informe de Inteligencia limitan en gran magnitud el derecho de defensa que protege la Constitución, toda vez que el imputado no puede conocer la base material de la imputación por lavado de activos que se realiza en su contra.

Finalmente, debe destacarse la grave confusión en la que se ha incurrido en el último párrafo del Acuerdo Plenario Nº 3 donde se señala lo siguiente:

> "(…) *Así las cosas es evidente que si el Informe de Inteligencia es de libre acceso a las partes y al órgano jurisdiccional –en la medida en que así lo decida el UIF-Perú-; y, en tanto está acompañado de documentación, análisis financieros contables, y diversa información bancaria y comercial, así como de las conclusiones y valoraciones consiguientes* (…)".

Se resalta que el Informe de Inteligencia es de libre acceso a las partes en abierta contradicción con lo señalado en párrafos anteriores, donde se expresa claramente que el Informe de Inteligencia tiene carácter reservado y únicamente los anexos del mismo pueden ser incorporados al proceso en caso la UIF lo autorice. De esta manera, se genera una confusión entre el informe mismo y los anexos del informe.

La confusión se evidencia al señalarse que éste Informe, está acompañado de documentación, análisis financieros contables, y diversa información bancaria y comercial, así como de las conclusiones y valoraciones consiguientes. Evidentemente, con ello no se puede estar haciendo referencia a los anexos ya que los anexos "*no están acompañados de*" la documentación que sustenta el informe. Los anexos son los documentos mismos que sustentan el informe. De esta manera, no se llega a dejar en claro si son los anexos o el informe los que son de libre acceso a las partes y al órgano jurisdiccional.

VII. ACERCA DE LA PROTECCIÓN A LOS OFICIALES DE CUMPLIMIENTO

Un aspecto problemático relacionado al delito de lavado de activos y a los Oficiales de Cumplimiento, es la falta de protección y garantías para la cautela de la identidad de estos funcionarios, problema que a pesar de su importancia no se ha sido tratado en los Acuerdos Plenarios comentados. En efecto, el Oficial de Cumplimiento es el único funcionario que puede calificar una operación bancaria como sospechosa y proceder a su comunicación a la SBS, de esta manera, al tener deberes especiales frente al Estado, no solo debería gozar de absoluta autonomía e independencia en el ejercicio de sus responsabilidades y funciones asignadas, sino que la ley debería establecer reales garantías de protección. No se discute la necesidad de resguardo de este funcionario frente a quienes pudieran estar involucrados en delitos propios del crimen organizado, ni la importancia de cautelar, por ende, su identidad para poder desempeñar su labor sin injerencia de terceros.

Sin embargo, en la actualidad subsiste en nuestro ordenamiento el problema de la endeble regulación referida a la protección de los oficiales de cumplimiento. Y es que ni la Ley N° 27693 en el art. 10-A, ni la Res. SBS N° 479-2007[1306] en el art. 24 ofrecen a los oficiales de cumplimiento una real protección relacionada a la Garantía de Confidencialidad que asiste a los Oficiales de Cumplimiento. La normativa vigente se limita a establecer la obligación del Juez o Fiscal de tomar las decisiones necesarias para proteger la integridad física del Oficial de Cumplimiento, su identidad y la del sujeto obligado, permitiendo la asignación de claves. Por lo anterior se debe entender que se brinda total discrecionalidad al operador jurídico para cumplir las medidas, según este lo "estime pertinente", siendo que en la práctica, dada la carga procesal tanto del ente persecutor como del ente de administración de justicia, los oficiales de cumpliendo son comúnmente llamados a intervenir de diversas formas en un proceso judicial o incluso en la investigación a nivel fiscal, utilizando su real identidad.

Precisamente, los problemas de protección de la identidad del Oficial de Cumplimiento se evidencian en el proceso penal cuando el nombre, apellidos, domicilio, y otros datos que pudieran servir para la identificación del mismo, constan en las actas de las diligencias. Asimismo, en la práctica no se asigna una clave secreta, que sólo pueda ser de conocimiento de la autoridad que impone la medida y de la Unidad Policial: si bien el oficial de cumplimento ya cuenta con una clave asignada por la SBS, la autoridad judicial no tiene conocimiento de ésta. Asimismo, no se recurre a la SBS como ente para canalizar los requerimientos judiciales o citaciones, y cuando el Oficial de Cumplimiento interviene en las diligencias en que debe participar personalmente, no se utilizan procedimientos que imposibiliten o salvaguarden su identificación. La situación del Oficial de Cumplimiento se torna más vulnerable durante el Juicio Oral, al existir un conflicto entre el derecho a la inmediación,

[1306] Normas Complementarias para la Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo publicadas el 22 de abril del 2007 en el Diario Oficial El Peruano.

el principio de contradicción y la reserva de la identidad del Oficial de Cumplimiento.

VIII. ACERCA DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN *DE CARÁCTER REAL*

El último tema tratado en el Acuerdo Plenario Nº 7 es el de las ***medidas de coerción de carácter real en el delito de lavado de activos***. Se señala que el Nuevo Código Procesal Penal (NCPP) identifica cinco medidas de coerción real, que muy bien pueden ser aplicadas a los procesos por delito de lavado de activos: **1)** inhibición; **2)** embargo -el primero y el segundo, inmovilizan bienes del patrimonio del imputado o responsable civil-; **3)** incautación; **4)** medidas anticipativas; **5)** medidas preventiva contra las personas jurídicas, que son anticipativas en su esencia. Se precisa que, si bien el NCPP sólo reconoce las medidas anticipativas genéricas (artículo 312° NCPP) e incorpora algunas medidas anticipadas específicas: desalojo preventivo y pensión anticipada de alimentos (artículos 311° y 314° NCPP), no existe obstáculo, a partir del poder cautelar genérico de que está investida la autoridad jurisdiccional y de aplicación supletoria de la Ley Procesal Común: el Código Procesal Civil, de incorporar las denominadas medidas innovativas y de no innovar, que apuntan a provocar un cambio de la situación existente al tiempo de peticionarlas.

Ahora bien, en los Distritos Judiciales donde la reforma procesal penal no está vigente para este delito, son aplicables las medidas previstas en el Código de Procedimientos Penales de 1940, específicamente el artículo 94°, la Ley de Perdida de Dominio N° 29212 del 18 de abril de 2008, y la Ley N° 27379 de 21 de diciembre de 2000 "de medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares", cuyo listado de delitos a los que se aplica dicha Ley fue posteriormente sistematizado y pasó a incluir expresamente la Ley N° 27765 "Ley Penal contra el lavado de activos" de 27 de junio de 2002. De este modo, la citada Ley N° 27379 prevé la posibilidad de aplicar, ya desde las investigaciones preliminares por lavado de activos, las siguientes medidas: a) Incautación, apertura e interceptación de documentos privados, libros

contables, bienes y correspondencia; b) embargo u orden de inhibición para disponer o grabar bienes que se inscribirán en Registros Públicos cuando corresponda; c) Inmovilización de bienes muebles y clausura temporal de locales.

IX. CONCLUSIONES

1. En contra de lo señalado por el Acuerdo Plenario Nº 3, nos decantamos por la postura que considera que el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia, en la medida que a partir de los supuestos típicos de los artículos 1° y 2° de la Ley N° 27765 se logra identificar un común denominador: el "dificultar la identificación del origen ilícito", y "dificultar su incautación y decomiso". Y ello con el ulterior propósito de proceder a reinsertar en el tráfico legal estos bienes, obstaculizando de este modo la investigación y sanción del delito precedente.

2. La detección y comunicación de operaciones sospechosas es un deber de ciertos sujetos obligados a informar a la Unidad de Inteligencia Financiera sobre las operaciones sospechosas que identifiquen en el curso de sus actividades, y este deber no tiene relación con el momento de consumación o interrupción del delito de lavado de activos. Por lo tanto, no puede equipararse la detección de una ilícita transacción con la interrupción del proceso de ejecución del delito de lavado de activos, de modo que se configure, como plantea el Acuerdo Plenario Nº 3, una tentativa del delito de lavado de activos.

3. Estando a las posibilidades y alternativas de realización de delitos de lavado de activos de modo posterior o anterior a la consumación o tentativa del delito fuente de los activos ilegales, se concluye que no cabe excluir *a priori* una investigación por lavado de activos ni tampoco evitar o desestimar la aplicación de las medidas coercitivas reales que correspondan.

4. El agotamiento cobró relevancia para la dogmática moderna a partir de lo señalado en el artículo 3° inciso b) de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y

Sustancias Psicotrópicas de 1988, donde se promueve la criminalización autónoma y específica de los actos de lavado de dinero. A partir de este antecedente, todo agotamiento de un delito fuente deviene en la comisión de un ulterior delito de lavado de activos. Por tanto, el agotamiento, se ha convertido hoy en un delito de lavado de activos punible y autónomo, siendo posible aplicar las medidas de coerción pertinentes a los actos de transformación que se ejecuten con los bienes provenientes de un delito consumado por el mismo agente o por terceros.

5. A pesar de que en nuestra legislación se han creado deberes institucionales específicos que colocan en una situación especial a las entidades supervisadas y a los funcionarios de las entidades financieras, no se ha incluido de forma expresa la modalidad culposa o imprudente en el delito de lavado de activos, a pesar de no existir impedimento dogmático alguno.

6. El Acuerdo Plenario Nº 3 hace referencia al valor de los bienes comprometidos en el blanqueo de capitales, pero no hace referencia al valor económico o dinerario necesario para poder sostener la concurrencia del delito de omisión de la comunicación de una operación sospechosa. Dicha precisión es importante frente a las modificaciones realizadas a las normas administrativas que regulan el Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, y que dirigen las actividades de los operadores financieros, encargados del monitoreo, detección y eventual reporte de las operaciones sospechosas.

7. La decisión referida a la incorporación o no del Informe de Inteligencia a cargo de la UIF, es una decisión que podría conllevar a la afectación de una serie de derechos fundamentales y principios procesales. En ese sentido, deberían establecerse criterios a fin de poderse determinar objetivamente cuándo se debe evitar incorporar el Informe de Inteligencia en el proceso.

8. El Oficial de Cumplimiento es un funcionario que normativamente goza de garantías de autonomía, independencia así como de pro-

tección y reserva de su identidad. Sin embargo en la práctica no existen los mecanismos suficientes que hagan viable la protección y cautela de la identidad del Oficial de Cumplimiento, colocándose de esta manera a este funcionario en una posición de riesgo cuando se da inicio un proceso penal o incluso ya desde la investigación penal a nivel fiscal.

9. El CPP identifica cinco medidas de coerción real, que muy bien pueden ser aplicadas a los procesos por delito de lavado de activos: **1)** inhibición; **2)** embargo -el primero y el segundo, inmovilizan bienes del patrimonio del imputado o responsable civil-; **3)** incautación; **4)** medidas anticipativas; **5)** medidas preventiva contra las personas jurídicas, que son anticipativas en su esencia. Ahora bien, en los Distritos Judiciales, donde la reforma procesal penal no está vigente para este delito, son aplicables las medidas previstas en el artículo 94º del Código de Procedimientos Penales de 1940, en la Ley N° 27379 del 21 de diciembre de 2000 y la Ley de Perdida de Dominio N° 29212, del 18 de abril de 2008.

CAPITULO XX
RÉGIMEN LEGAL DEL LAVADO DE ACTIVOS (III): LAVADO DE ACTIVOS PROVENIENTES DEL DELITO TRIBUTARIO

I. INTRODUCCIÓN

La casuística en torno a la relación entre el lavado de activos y el delito tributario es especialmente compleja. Ambos delitos aparecen en ocasiones entremezclados, de modo que puede evidenciarse dos grupos de casos.

En el primero de ellos, el objeto material deriva del lavado de activos y se discute si existe o no la obligación de pagar tributos por las rentas ilícitas generadas por el blanqueo[1307]. Por ejemplo, en la Sentencia 649/1996 de 17.12.1996, el Tribunal Supremo español[1308] estableció que los procesados, conociendo las actividades relativas al transporte y distribución de droga a la que se venían dedicando personas íntimamente

---

[1307] Vid. REYNA ALFARO, Luis Miguel. "El delito de defraudación tributaria y las ganancias ilícitas. Una explicación político criminal a una cuestionable praxis jurisprudencial", en: *ADPE*, N° 1, Lima, 2011, pp. 97 ss.

[1308] Sobre la relación entre delito fiscal y blanqueo de capitales en la jurisprudencia española véase la STC 974/2012 de 5/12/2012, en http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6603543&links=blanqueo&optimize=20130116&publicinterface=true. Sobre las implicancias de esto para el lavado de dinero véase: AMBOS, Kai. "La defraudación tributaria (§ 370 AO) como hecho previo del lavado de dinero (§ 261 StGB) en Alemania", en: Ambos, Kai/ Caro Coria, Dino Carlos/ Malarino, Ezequiel (Coords.). *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado,* Cedpal/Cedpe/ Jurista, Lima, 2015, pp. 293 ss., también BACIGALUPO, Enrique. *Sobre el concurso de delito fiscal y blanqueo de dinero,* Madrid, Civitas, 2012, passim.

relacionadas con ellos, invirtieron en el mercado los beneficios pecuniarios que dichas personas obtenían con las ilícitas actividades. Para dar apariencia de licitud, efectuaron operaciones de divisas en la entidad bancaria y se valieron de un complejo societario de propiedad de una empresa constituida para tal efecto en Panamá, en cuyas operaciones insertaron dinero ilícito. Durante los años 1987 y 1988 los procesados tuvieron incrementos patrimoniales por actividades ilícitas, los que fueron ocultados a la hacienda pública. El Tribunal Supremo resolvió condenar a los procesados por el delito de receptación y por delito fiscal.

Dada la amplitud de la línea jurisprudencial marcada por precedentes como el anterior, la Sala II de lo Penal del Tribunal Supremo español, en la Sentencia 113/2005 de 15.09.2005, estableció limitaciones a la posibilidad de imputar un delito tributario en los casos de desbalance patrimonial, imponiendo una regla de persecución subsidiaria. La Sentencia indica que:

> *"Esta Sala Casacional ya ha declarado que tales incrementos patrimoniales cuando son consecuencia directa de un delito no pueden servir, a su vez, para formar una omisión tributaria que configure delito fiscal, al menos si no ha existido una posterior transformación en otros activos patrimoniales (…). En consecuencia los delitos fiscales deducidos de incrementos patrimoniales que podrían tener origen delictivo deben ser en todo caso objeto de investigación y acusación, como delito contra la hacienda pública pues solamente si el delito del que proceden los ingresos es finalmente objeto de condena podrá absorber las infracciones fiscales, pero si no lo es por cualquier causa, los delitos fiscales deberán ser autónomamente sancionados".*

En el segundo grupo de casos sucede lo contrario, el delito tributario es el delito precedente o fuente del lavado de activos. Esta posibilidad viene impulsada por los organismos supranacionales que impulsan la prevención y la persecución del blanqueo de capitales, en particular por las Nuevas 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) de 2012 que incorpora expresamente, como delito

determinante los "*delitos fiscales (relacionados con impuestos directos e impuestos indirectos)*"[1309], opción que ya ha sido asumida por la legislación de múltiples estados[1310], incluyendo el Perú donde la Unidad de Inteligencia Financiera ha emitido de enero de 2007 a junio de 2014 un total de 41 Informes de Inteligencia Financiera por potenciales delitos de lavado de activos derivados de la defraudación tributaria[1311] y que involucran un total de US$166'000.000,00.

Como ejemplo tipo, en el sentido que corresponde a la realidad criminológica de varios países, puede citarse el siguiente: X, peruano domiciliado en Perú obligado a pagar el 30% de impuesto a la renta, tiene ganancias ascendentes a US$100.000.00 fruto de una actividad lícita. X deposita o hace que le depositen dicha suma en una cuenta bancaria panameña. El día N nace la obligación tributaria de X, pero éste valiéndose de cualquier artificio fraudulento, por ejemplo la emisión de falsos comprobantes de pago, omite pagar los US$30.000 por concepto de impuesto a la renta.

[1309] FATF/OECD. *Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación. Las Recomendaciones del GAFI*, Paris, 2012, 120. También véase: FATF. *Methodology for Assessing. Compliance with the FATF. 40 Recommendations and the FATF 9 Special Recommendations*, disponible en: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/evaluations/Key_documents_en_files/FATF-methodology_en.pdf; (30.11.2014). En relación con la acción del GAFI y la lucha del terrorismo internacional Vid. DURRIEU, Roberto. *Rethinking Money Laundering & Financing of Terrorism in International Law. Towards a new Global legal order,* Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2013, passim; EHLSCHEID, Dirk & PFEIFFER, Brigitte. *Handbuch Geldwäscheprävention. Verschleierungstechniken Normen und Institutionen Länderrisiken,* Erick Schmidt, Berlin, 2012, passim.

[1310] Australia, Finlandia, Alemania, Francia, Grecia, Islandia, Suecia, Portugal, Argentina, España, Italia, Bélgica, Reino Unido, Austria, Brasil, Holanda, vid. DURRIEU, Roberto. "El delito tributario y el lavado de activos", en: *La Ley*, año LXXVII, N° 87, Buenos Aires, 2013, p. 2.

[1311] Vid. http://www.sbs.gob.pe/repositorioaps/0/2/jer/esta_transparenciaoperativa/ 2014/ 20140801-BolEst-Junio_2014.pdf

En este caso el delito de lavado de activos no se consuma el día N, cuando habiendo nacido la obligación tributaria y estando dentro del hecho imponible, X omite pagar los US$30.000. X no consuma el delito de lavado de activos con la mera tenencia del dinero ilícito en la cuenta bancaria debido a que la sola posesión forma parte del delito precedente, la defraudación tributaria. La consumación se daría si X realiza transferencias, compras, alquileres, o cualquier otro acto tendente a insertar en el tráfico comercial legal el dinero obtenido ilícitamente, dándole apariencia de legalidad. También habría consumación si la tenencia del dinero en una cuenta extranjera tiene por finalidad encubrir y ocultar la procedencia delictiva del dinero frente a los actos persecutorios de la administración de justicia, por ejemplo a través del depósito del dinero en una cuenta cifrada, desde una cuenta nominativa donde se percibió la renta omitiéndose el pago del tributo fraudulentamente.

Son múltiples los problemas que surgen en torno a este grupo de casos: desde la delimitación del objeto material para efectos de la comisión del delito de lavado de activos hasta el tratamiento de los casos de contaminación y descontaminación de los bienes que conforman la llamada cuota tributaria. En lo que sigue me ocuparé de este grupo de casos, dejando de lado en esta ocasión el interesante problema de la obligación de pagar impuestos por las rentas de fuente ilícita.

II. LA CUOTA TRIBUTARIA COMO OBJETO MATERIAL

En términos generales, el objeto material en el delito de lavado de activos se concreta en los bienes originados en un delito anterior[1312].

[1312] En la doctrina alemana, véase en relación con el objeto del delito de lavado de dinero y el denominado hecho previo ("Vortat"): BARTON, Stephan. "Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein Gegenstand aus einer der im Katalog des §261 I Nr. 1-3 StGB bezeichneten Straftaten her?", en: *NStZ,* 1993, pp. 159 s.; BERNSMANN, Klaus. „Geldwäsche (§ 261 StGB) und Vortatkonkretisierung", en: *StV, 1/98,* pp. 46-51; HELMERS, Gunnar. "Zum Tatbestand der Geldwäsche (§261 StGB): Beispiel einer rechtsprinzipiell verfehlten Strafgesetzgebung", en: *ZStW*, N° 121, 2009, pp. 511-513; VOβ, Marko. *Die Tatobjekte der Geldwäsche*, Carl Heymanns, pp. 52 y s;

Esta regla se observa claramente, por ejemplo, en los arts. 1, 2, 3 y 10 pf. 2° del D. Leg. N° 1106 de Perú y en el art. 303.1 del CP argentino que se refiere a "*bienes provenientes de un ilícito penal*"[1313]. Ello implica una remisión general a todos los actos delictivos capaces de generar ganancias, entre ellos, los delitos tributarios. Sin embargo, las diferentes modalidades de estos delitos han generado un debate respecto a si el producto del delito tributario puede ser, en todos los casos, objeto material del lavado de activos.

En tal sentido, no existen mayores dudas en considerar, por ejemplo, que en los casos de obtención fraudulenta de devoluciones o de subvenciones[1314], lo obtenido puede ser objeto de lavado de activos, en especial porque se produce un traslado de dinero de las arcas públicas al patrimonio del defraudador[1315].

ALTENHAIN, Karsten. *Das Anschlußdelikt: Grund, Grenzen und Schutz des staatlichen Strafanspruchs und Verfallrechts nach einer individualistischen Strafrechtsauffassung,* Mohr-Siebeck, Tübingen, 2002, pp. 393 y s; ALTENHAIN, Karsten. "§261", en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen. *Nomos Kommentar*, T. 3, 4ª ed., Nomos, Baden.Baden, 2013, p. 506 Rn 51 y s.; OGBAMICHAEL, Asmerom. *Das neue deutsche Geldwäscherecht*, De Gruyter, Berlin, 2011, p. 18; JAHN, Matthias. "§261 Geldwäsche, Verschleierung unrechtmäβig erlangter Vermögenswerte", en: Satzger/ Schluckebier/Widmaier. *Strafgesetzbuch*, 2ª ed., Carl Heymanns, Köln, 2014, p. 1623, Rn. 15 y s; RUHMANNSEDER, Felix. "§261", en: von Heintschell-Heinegg, Bernd (Hrsg), *Strafgesetzbuch*, C.H. Beck, München, 2010, p. 1817. Rn. 7; DEGEN, Andreas. *Gesetzliche Mitwirkunspflichten der Kreditwirtschaft bei der Geldwäsche- und Terrorismusbekämpfung,* Peter Lang, , Frankfurt am Main, 2009, p. 111; LEIP, Carsten. *Der Straftatbestand der Geldwäsche: zur Auslegung des §261 StGB*, 2ª ed., Berlin-Verl., Berlin, 1999, pp. 57 y s.; FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze,* 61ª ed., C.H. Beck, München, 2014, pp. 1853 y s.

[1313] DURRIEU, Roberto. "El delito tributario y el lavado de activos", p. 4.

[1314] Como en el caso del § 261 (1) *in fine* del StGB.

[1315] BLANCO CORDERO, Isidoro. "El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales", en: *RECPC*, N° 13-01, Granada, 2011, pp. 01:15, respecto a los distintos problemas que esto representa en la legislación alemana véase, por ejm., VOβ, Marko. Op. Cit., pp. 82s.

La polémica se centra más bien en determinar si la denominada cuota tributaria (esto es, el tributo que se ha dejado de pagar o que el Estado ha dejado de recaudar) puede considerarse como objeto material del lavado de activos, pues en este caso el delito tributario no produce bienes, dinero o activos que no estuvieran ya en poder del defraudador[1316].

La cuota defraudada incluye la cantidad de dinero dejada de pagar ante el surgimiento de un hecho imponible, el cual incluye los incrementos patrimoniales no justificados. En estos últimos casos, las legislaciones suelen imponer una carga impositiva.

Según un sector doctrinal la cuota defraudada no puede ser objeto material del delito de lavado. Para ello suele acudirse a cuatro tipos de argumentos:

1. **Falta de objeto material.** Como señala QUINTERO OLIVARES, el objeto material del delito de blanqueo corresponde a bienes que el autor obtiene mediante el delito previo, *el autor obtiene algo que no tenía antes del delito*. Pero el dinero de quien no pagó sus impuestos no es dinero *producto* del delito fiscal, de modo que no puede ser objeto del delito de blanqueo[1317]. De modo similar, CHOCLÁN MONTALVO considera que la defraudación tributaria tiene la estructura de un delito de omisión y a su juicio el delito previo en el blanqueo de capitales no puede ser omisivo, porque no puede establecerse una relación causal entre la acción omitida (pagar el tributo) y los bienes ya incorporados al patrimonio del defraudador, la ganancia de una actividad lícita no deviene en ilícita por el solo hecho de que no se tribute por ella[1318].

[1316] En concreto sobre este supuesto, VOβ, Marko. Op. Cit., pp. 146 y s.; FISCHER, Thomas. Op. Cit., pp. 1853 y s.; AMBOS, Kai. Op. Cit., passim.

[1317] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo", en: *Actualidad jurídica Aranzadi,* Nº 698, 2006, pp. 5-6.

[1318] CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. "¿Puede ser el delito fiscal delito

2. **Atipicidad de la conducta por violación del principio de *ne bis in ídem***. El defraudador normalmente hace uso de la cuota tributaria, la convierte, la transfiere o la oculta, de modo que con ello ya estaría cometiendo a la vez lavado de activos. Ello es más patente en aquellos sistemas que sancionan como lavado la simple posesión del bien procedente de un delito (art. 301.1 del CP español, § 261 (2) 2 del StGB[1319]) o la mera tenencia (*guarda*, *mantiene en su poder*, art. 2 del D. Leg. N° 1106 de Perú).
3. Si prescribe el delito fiscal, el defraudador podrá ser perseguido por lavado de activos, en la medida que la mayoría de legislaciones sanciona la simple posesión, tenencia u ocultamiento, que son modalidades de lavado que se cometen de modo permanente. Ello desde luego para quienes consideran que la prescripción del delito previo no descontamina los bienes, postura que he refutado en otra ocasión[1320] y sobre la cual se volverá más adelante[1321].
4. Desde el punto de vista político criminal se considera que con ello se desnaturaliza el sentido del delito de lavado de activos, pues se convierte en una herramienta más de control y recaudación fiscal.

---

precedente de blanqueo de capitales", en: *Revista Jurídica General, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, Nº 37, Madrid, septiembre de 2007, p. 163.

[1319] Aunque en el sistema alemán, conforme al § 261 (9) *in fine* no se sanciona al autor del autolavado si es que es punible su participación en el delito precedente.

[1320] CARO CORIA, Dino Carlos. "Sobre el tipo básico de lavado de activos", en: *ADPE*, N° 2, Lima, 2012, p. 217.

[1321] Sobre la cuestión de la contaminación del patrimonio del autor del delito previo véase LEIP, Carsten/HARDTKE, Frank. „Der Zusammenhang von Vortat und Gegenstand der Geldwäsche unter besonderer Berücksichtigung der Vermengung von Giralgeld", en: *wistra,* 16, 8, 1997, pp. 281 y s., y en concreto del patrimonio del defraudador: VOβ, Marko. Op. Cit., pp. 122 y s. También AMBOS, Kai. Op. Cit., passim.

Estos argumentos sin embargo se oponen al sentido de la legislación penal. En el caso peruano por ejemplo, el art. 10 pf. 2 del D. Leg. N° 1106 señala de modo expreso como delito fuente los delitos tributarios. El art. 303.1 del CP argentino y el art. 301.1 del CP español se refieren en general a *bienes provenientes de un ilícito penal* y a bienes que *tienen su origen en una actividad delictiva*, expresiones que se remiten de modo amplio a cualquier delito capaz de generar una ganancia ilícita. En el caso de la regulación alemana, si bien se cuenta con un catálogo cerrado de delitos fuente, se incluye de modo expreso determinaos delitos tributarios conforme al § 261 (1) 3, 4 b y 5 pf. 2.

Ahora bien, frente al argumento relativo a que en el delito tributario por defraudación de la cuota correspondiente el autor no recibe nada nuevo y su patrimonio no se ve incrementado se han formulado críticas recurriendo a las teorías de la causalidad. Como señala BLANCO CORDERO:

> *"la conexión entre el bien y la actividad delictiva previa ha de ser de tipo causal (…) En el momento en que esto es así, decimos que los bienes están contaminados"*[1322], *"Una actividad delictiva previa es causa de un bien cuando repercute directa o indirectamente en su existencia, composición material, valor, en su titularidad, posesión o custodia", "Existe también conexión causal y, por lo tanto, contaminación, cuando suprimiendo mentalmente la actividad delictiva el bien no se encuentra en el patrimonio de un sujeto. En este caso, se puede afirmar que el bien tiene su origen en aquella actividad delictiva (…) Es evidente que aplicando las teorías causales válidas en la ciencia jurídico-penal (sin recurrir a causalidades hipotéticas), el delito fiscal supone un incremento del patrimonio del defraudador, como hemos indicado ya, con bienes que de otro modo no estarían en el mismo"*[1323].

[1322] BLANCO CORDERO, Isidoro. Op. Cit., p. 21.

[1323] *Ibid*., pp. 01-22.

Pero desde mi punto de vista, la fundamentación de la cuota tributaria como objeto material del delito de lavado de activos solo puede lograrse mediante el recurso a la imputación objetiva. Como he sostenido en otra ocasión, el asunto de la idoneidad o suficiencia del objeto material de la conducta debe enfrentarse desde la perspectiva de la imputación objetiva. Definir si el patrimonio que deriva de la mezcla de activos de doble fuente, legal e ilegal, o si el bien adquirido de buena fe son activos en el sentido del tipo de lavado, es determinar la condición de idoneidad del objeto material y, por esa vía, definir el grado de desvaloración o no de la conducta que se ejerce sobre dicho objeto. En otras palabras, la capacidad del objeto material para la comisión del delito de lavado de activos incide directamente en la peligrosidad de la conducta para lesionar el bien jurídico desde una perspectiva *ex-ante*[1324]. Si la peligrosidad *ex-ante* de la conducta de lavado depende o deriva, al menos en parte, de la condición del objeto material que, en el caso del blanqueo, es un bien derivado de un delito previo y por ende *contaminado* o *manchado* por su origen, entonces el objeto no puede ser sino un objeto peligroso, es decir un objeto respecto del cual cabe predicar su peligrosidad también desde una perspectiva *ex-ante*[1325].

Con ello, la cuota tributaria tiene origen delictivo, deriva de la comisión de un delito, sencillamente porque es el resultado material, el tributo dejado de pagar en todo o en parte al Estado, debido al incremento del riesgo que conllevó la conducta fraudulenta. Desde esta perspectiva carece de relevancia toda argumentación naturalística en el sentido de que el autor *no gana nada* o *no recibe nada*, argumentos que no alcanzan a ver que la imputación del origen ilícito no es una tarea descriptiva sino

---

[1324] Vid. ampliamente sobre la peligrosidad *ex-ante* de la conducta, CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación,* Gráfica Horizonte, Lima, 1999, pp. 492 ss.

[1325] CARO CORIA, Dino Carlos. "Sobre el tipo básico de lavado de activos", pp. 213-214.

valorativa o normativa[1326]. Por ese mismo motivo no se discute que los delitos de apropiación ilícita, peculado, alzamiento de bienes o administración desleal, son delitos fuente del blanqueo de capitales pese a que en tales casos el autor tampoco *recibe nada*.

Decantado lo anterior, el problema central en los casos de lavado de activos derivados del delito tributario es cómo concretar, determinar o individualizar cuáles son los concretos bienes que corresponden al objeto material del delito, lo que es aún más complejo si se tiene en cuenta que por lo general el producto del delito tributario es una suma dineraria, esto es un bien fungible, fácil de mezclar con dinero de fuente lícita.

III. LÍMITES A LA CONTAMINACIÓN DEL PATRIMONIO DEL DEFRAUDADOR

1. Temporales

En algunos casos es posible determinar el momento preciso de la consumación del delito tributario que genera los bienes[1327]. "El momento de contaminación de los bienes integrantes de la cuota tributaria defraudada se producirá cuando vencen los plazos administrativos establecidos para declararlos a la Administración tributaria"[1328], mientras ello no ocurra todos los actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia que recaigan sobre los bienes no podrán considerarse como lavado de activos porque aún no tienen carácter delictivo.

[1326] Como se pone de relieve especialmente en las contribuciones de CARO JOHN (CARO JOHN, José. "Los abogados ante el lavado de activos: Recepción de honorarios sucios y deber de confidencialidad", p. 197 ss.) y POLAINO ORTS (POLAINO ORTS, Miguel. "Normativización de los títulos de imputación en el blanqueo de capitales: Cuestiones prácticas fundamentales de Parte General", pp. 253 ss.) que se incluyen en: Ambos, Kai/ Caro Coria, Dino Carlos/ Malarino, Ezequiel (Coords.). *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado,* Cedpal/Cedpe/ Jurista, Lima, 2015.

[1327] Sobre el momento de la contaminación véase VOβ, Marko. Op. Cit., p. 122; también AMBOS, Kai. Op. Cit., passim.

[1328] BLANCO CORDERO, Isidoro. Op. Cit., p. 24.

En otros casos el acto de liquidación definitiva de la cuota tributaria se realiza mucho después del acaecimiento de estos plazos, por ejemplo, cuando el órgano administrador del tributo realiza investigaciones o fiscalizaciones para determinar si existe o no una cuota defraudada y su cuantía. En todo caso, "hasta que no exista una decisión definitiva sobre la existencia de la cuota defraudada no podrá considerarse que existen bienes susceptibles de ser blanqueados"[1329]. Ello incluye el tiempo que pueda tomar la resolución definitiva de todos los actos de impugnación, administrativa o judicial, que pueda llevar adelante el contribuyente[1330]. Postular lo contrario implicaría introducir un espacio de arbitrariedad e inseguridad jurídica, porque mientras se tramita la impugnación, lo que evidentemente corresponde al ejercicio legítimo de un derecho, el contribuyente podría en simultáneo ser perseguido tanto por el delito tributario como por blanqueo de capitales en tanto realice actos de transferencia, ocultamiento, etc.

Luego, incluso si se llegase a considerar que mientras dure la impugnación los bienes ya están contaminados, el lavador podría alegar la existencia de error de tipo (art. 14 pf. 1 del CP peruano) porque desconoce el elemento típico *origen delictivo de los bienes*, aunque habrá espacio para que se impute dolo eventual por la propia existencia de la impugnación que hace contingente la determinación de la cuota tributaria, o incluso pueda imputarse imprudencia grave en sistemas

---

[1329] *Ibid.*, p. 25.

[1330] En la regulación argentina se establece que la cuota tributaria, para efectos de una persecución penal, se determina en sede administrativa. El Art. 18 de la Ley 24.769 señala que "El organismo recaudador, formulará denuncia una vez dictada la determinación de oficio de la deuda tributaria, o resuelta en sede administrativa la impugnación de las actas de determinación de la deuda de los recursos de la seguridad social, aun cuando se encontraren recurridos los actos respectivos.
En aquellos casos en que no corresponda la determinación administrativa de la deuda, se formulará de inmediato la pertinente denuncia, una vez formada la convicción administrativa de la presunta comisión del hecho ilícito".

como el español (art. 301.3) o el alemán (§ 261 (5) StGB) que prevén su sanción[1331].

En todo caso, una vez establecida la cuota tributaria, si el contribuyente decide pagarla haciendo uso de su patrimonio, el acto es atípico porque no se orienta a opacar el origen ilícito de determinados bienes sino a la ejecución o cumplimiento de una obligación de derecho público.

2. Individualización de los bienes

Ante las dificultades para determinar que bienes corresponden a la cuota tributaria, se han propuesto tres alternativas en la doctrina[1332]:

1. Al no poder individualizarse el bien concreto entonces no es posible la comisión del delito de lavado de activos. Esta opción no es aceptable porque, como ya se explicó, implica dejar de lado que la cuota tributaria es el objeto material del delito de blanqueo.
2. La cuota tributaria da lugar a una deuda por la que el defraudador debe responder con todos sus bienes, es decir que el delito tributario contamina todo el patrimonio del defraudador[1333].

   Este planteamiento tampoco puede aceptarse porque es contrario a la ley, pues se considerarían como bienes contaminados incluso aquellos que no provienen de un delito previo[1334]. La necesidad de diferenciar los activos de fuente ilícita de aquéllos de procedencia lí-

---

[1331] BLANCO CORDERO, Isidoro. Op. Cit., pp. 25-26. De modo similar, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial,* 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 382 ss.; GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte General*, T. I., 2ª ed, Grijley, Lima, 2007, p. 533 ss.

[1332] BLANCO CORDERO, Isidoro. Op. Cit., p. 27.

[1333] Sobre la contaminación total del patrimonio ("Kontamination des Gesamtvermögens") véase en la doctrina alemana VOβ, Marko. Op. Cit., pp. 131 y s.

[1334] BLANCO CORDERO, Isidoro. Op. Cit., p. 27.

cita, tanto en los casos de transformación o conversión total o parcial de bienes, como de mezcla, ha quedado claramente expresada en las Convenciones de Viena[1335] y de Palermo[1336]. Conforme a esta re-

[1335] "Artículo 5.- Decomiso (…)
6. a) Cuando el producto se haya transformado o convertido en otros bienes, éstos podrán ser objeto de las medidas aplicables al producto mencionadas en el presente artículo.
b) Cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, sin perjuicio de cualquier otra facultad de incautación o embargo preventivo aplicable, se podrán decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado.
c) Dichas medidas se aplicarán asimismo a los ingresos u otros beneficios derivados de:
i) el producto.
ii) los bienes en los cuales el producto haya sido transformado o convertido; o
iii) los bienes con los cuales se haya mezclado el producto de la misma manera y en la misma medida que el producto. (…).
8. Lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. (…)"

[1336] "Artículo 12. Decomiso e incautación (…)
3. Cuando el producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, esos bienes podrán ser objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo.
4. Cuando el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes podrán, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación, ser objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado.
5. Los ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido el producto del delito o de bienes con los que se haya entremezclado el producto del delito también podrán ser objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito. (…)
7. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas.
8. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. (…)"

gulación de Derecho penal internacional, las medidas de coerción reales como el embargo o la incautación, o la consecuencia jurídico-patrimonial del delito que se concreta en el comiso o decomiso, sólo pueden afectar el patrimonio contaminado, dejándose indemnes los activos de fuente lícita. Aunque estas reglas solo han sido parcialmente implementadas en el derecho peruano[1337], debe aceptarse su aplicación directa e inmediata porque conforme al art. 55 de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional[1338], y si versan sobre derechos reconocidos por la Constitución, en este caso el patrimonio que se puede ver afectado por el embargo, la incautación o el comiso, se consideran que tienen rango constitucional conforme a la Cuarta Disposición Final y al contenido de los arts. 2 y 3 de la Ley Fundamental[1339]. Evidentemente las Convenciones de Viena y de Palermo no son tratados sobre derechos humanos, pero contemplan reglas que afectan y protegen derechos fundamentales como el patrimonio de la persona, en concreto el derecho a diferenciar y salvaguardar de cualquier medida temporal o definitiva el patrimonio de origen lícito. Acorde con ello, el art. 253 del CPP de 2004 impone que la restricción de estos derechos fundamentales a través de las medidas coercitivas se someta a las garantías y principios esenciales como los de proporcionalidad y razonabilidad[1340] que, aplicados al caso, conllevan la necesidad de que una investigación por lavado de activos, y por ende la sentencia final, sólo puedan afectar los bienes de origen ilícito.

[1337] Vid. en especial el art. 102 pf. 3 del CP, conforme a la modificatoria del art. 1 de la Ley N° 30076.

[1338] NOVAK, Fabián/ SALMÓN, Elizabeth. *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos,* PUCP, Lima, 2000, p. 108; SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal,* Vol. I., 2ª ed, Grijley, Lima, 2003, p. 19.

[1339] NOVAK, Fabián/ SALMÓN, Elizabeth. Op. Cit., p. 123.

[1340] CÁCERES JULCA, Roberto. *Las medidas de coerción procesal. Sus exigencias constitucionales, procesales y su aplicación jurisprudencial,* Idemsa, Lima, 2006, pp. 39 ss.

3. La contaminación se extiende únicamente a la cuota tributaria y los bienes que configuran la base imponible. Pero esta interpretación también es contraria a la ley porque considera bienes contaminados a los que no provienen de un delito anterior, esto es los que configuran la base imponible[1341].

La posibilidad de perseguir el lavado de activos procedentes del delito tributario exige la identificación de los bienes, lo que a juicio de BLANCO CORDERO[1342] solo será posible de modo seguro en dos situaciones:

1. Cuando el objeto material del delito de blanqueo corresponde necesariamente a todo o parte de la cuota tributaria porque la acción típica de blanqueo recae sobre todo el patrimonio del defraudador o una parte importante del mismo. El autor pone este ejemplo:

> "El defraudador H dispone de un patrimonio total por valor de 100. Defrauda a la Hacienda Pública una cuota tributaria por valor de 30. H compra a D un vehículo por 60. En este caso no se puede considerar que dicha cantidad proceda del delito fiscal, pues de acuerdo con el principio in dubio pro reo hay que considerar que los 60 que paga no proceden del delito previo. La cosa cambia si paga por el coche 80, porque al menos 10 de ellos proceden del delito fiscal[1343]".

Aunque teóricamente es un ejemplo que guarda coherencia con el punto de partida, no parece ser un ejemplo de tan fácil verificación práctica, dado que por lo general nadie realiza operaciones que ya impliquen la disposición de casi todo su patrimonio de modo que incluya al menos en parte lo dejado de pagar como tributo. La dinámica del lavado de activos generalmente implica múltiples y variadas operaciones, de modo constante y permanente a lo largo del tiempo.

[1341] Sobre una contaminación parcial del patrimonio ("Teilkontamination") véase en la doctrina alemana VOβ, Marko. Op. Cit., p. 124.

[1342] BLANCO CORDERO, Isidoro. Op. Cit., p. 28.

[1343] *Ibid.*, p. 28.

2. En el segundo caso, el objeto material del delito de blanqueo corresponde necesariamente a todo o parte de la cuota tributaria, porque la acción de blanqueo recae sobre la base imponible. BLANCO CORDERO ejemplifica el caso del modo siguiente:

> *"Un defraudador tiene un capital no declarado por valor de 1.000 en una cuenta bancaria en el extranjero. Imaginemos que la cuota tributaria que le correspondería pagar fuese de 300. Sólo se cometerá delito de blanqueo de capitales si se transfieren los 1.000, o si se transfieren más de 700, porque entonces una parte de la cuota tributaria contaminada ha sido objeto material del delito de blanqueo"*[1344].

Estos casos son también teóricamente posibles, aunque no será tan frecuente que el defraudador transfiera o convierta la totalidad o una parte importante de la base imponible, en la medida que, al menos de inicio, lo perseguido será ocultar la existencia de esos bienes a fin de que la autoridad tributaria no los descubra y por ende no pueda imputar, por ejemplo, la existencia de desbalance patrimonial.

Desde esta perspectiva, queda claro que el espacio para la comisión del delito de lavado de activos procedente del delito tributario, es bastante reducido. En la medida que no es aceptable la tesis de la contaminación total del patrimonio del defraudador[1345], la dimensión del lavado de activos está condicionada, como en todos los casos de blanqueo, a la identificación segura, con las mínimas garantías probatorias, de los concretos bienes que provienen de un delito anterior[1346].

[1344] *Ibid*., p. 29.

[1345] Con referencia a los problemas de desproporcionalidad ("Unverhältnismäβigkeit") de la tesis de la contaminación total del patrimonio, véase VOβ, Marko. Op. Cit., pp. 131, 132.

[1346] Sobre la procedencia de los bienes de un delito previo y la referencia general a la causalidad véase: ALTENHAIN, Karsten. "§261", p. 506, Rn. 52.

3. Tratamiento de los casos de mezcla de bienes

En la casuística sobre lavado de activos son bastante comunes los supuestos de mezcla, esto es la combinación de bienes de origen delictivo con los de fuente lícita, por ejemplo el depósito del dinero producto de un delito anterior en la cuenta de ahorros personal con fuente en negocios legales. En tales casos surge la cuestión en torno a si todo el producto de la mezcla está contaminado, o si toda la mezcla debe reputarse como lícita porque parte de los bienes son de origen legal, o si la contaminación alcanza únicamente a la parte de origen delictivo[1347].

Los casos de mezcla, cuando los bienes de fuente ilícita derivan del delito tributario, tiene como punto de partida la identificación de los concretos bienes contaminados con las limitaciones ya expuestas.

Como he defendido anteriormente conforme a criterios de imputación objetiva[1348], si se mezclan activos de fuente ilícita y lícita, la contaminación de éstos últimos no dependerá de una cuantía sino de sí, desde una perspectiva *ex-ante*, la conducta del lavador subordina la renta lícita a la ilícita, sometiendo ambas a un proceso de reciclaje. Quien deposita dinero sucio en una cuenta con dinero de origen legal mezcla patrimonios sólo en sentido fáctico pero no los arriesga en conjunto, en ese caso la necesidad de diferenciarlos conforme a las Convenciones de Viena y de Palermo es imperativa.

Desde esa perspectiva, si una cuenta bancaria de US$ 100.000 incluye US$ 50.000 originados en el fraude fiscal, quien conociendo del origen ilícito transfiere US$ 80.000, realiza el tipo de blanqueo de capitales porque al menos US$ 30.000 están contaminados. Acorde con ello, para Blanco Cordero, si alguien ha defraudado por 7.000 € y todo su patrimonio líquido está en una única cuenta por 70.000 € y transfiere a un tercero

---

[1347] Sobre esto, ampliamente CARO CORIA, Dino Carlos. "Sobre el tipo básico de lavado de activos", pp. 208 ss. En la literatura alemana véase VOβ, Marko. Op. Cit., pp. 129 y s.

[1348] En adelante, CARO CORIA, Dino Carlos. "Sobre el tipo básico de lavado de activos", p. 217.

la suma de 30.000 €, no puede admitirse la tesis según la cual el 10% de lo transferido está contaminado, sólo habrá delito si es que la transferencia supera los 63.000 €. Lo mismo ocurre si los 70.000 € están repartidos en 10 cuentas por igual y la transferencia por 30.000 € proviene de 5 de ellas, en ese caso no tiene porqué presumirse que esas 5 cuentas corresponden precisamente al dinero contaminado, debiendo reputarse ello más bien de las otras 5 cuentas que no se usaron para las transferencias[1349].

No es aceptable en cambio la solución que da BLANCO CORDERO[1350] al caso de una cuenta con 200.000 €, de los cuales 100.000 € provienen del delito fiscal, si A y B retiran 100.000 € cada uno entonces, conforme al principio in dubio pro reo, para el autor no se comete lavado de activos porque se presume que cada uno retiró la parte limpia. A mi juicio, más allá de las variantes financieras (cuenta mancomunada o no, retiro a doble firma o no), queda claro que solo el primero, salvo específicos supuestos de coautoría, aunque supiera del origen ilícito, realiza una conducta atípica porque conforme al principio in dubio pro reo, y tratándose de bienes fungibles, no hay razones suficientes para considerar que las primeras sumas de dinero utilizadas son las contaminadas. Del mismo modo, quien realiza el segundo retiro, más allá de si conocía o no del origen ilícito, objetivamente podría realizar la tipicidad de lavado de activos porque su conducta recae sobre el dinero contaminado. En este caso la punición estará condicionada desde luego a un análisis estricto de tipicidad dado que el simple retiro de dinero manchado solo podrá realizar el delito de lavado de activos, en la medida que tengan el sentido por ejemplo de *guardar*, *custodiar* u *ocultar* bienes de origen delictivo.

Pero si el lavador compra acciones con dinero de origen legal e ilegal entonces el acto de inversión ha subordinado todo el dinero, la colocación se extiende al dinero limpio porque éste ha sido consolidado con el sucio en un nuevo negocio. La comparación con los juegos de azar es ilustrativa, quien apuesta grandes sumas de dinero con la expectativa de enriquecerse lícitamente puede ganar o perder su patrimonio si no acierta en la apues-

[1349] BLANCO CORDERO, Isidoro. Op. Cit., pp. 30-31.

[1350] *Ibid*., p. 30.

ta, y quien lava bienes –de origen mixto: legal e ilegal- con la expectativa de defraudar el sistema antilavado de activos, igualmente puede *ganar* si logra hacerlo sin ser descubierto o perderlo todo porque *ex ante* lo arriesgó en conjunto pese a esa posibilidad. En ese sentido, es ilustrativa la reciente regla del art. 102 pf. 3 del CP peruano, según el cual

> *"Cuando los efectos o ganancias del delito se hayan mezclado con bienes de procedencia lícita, procede el decomiso hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados, salvo que los primeros hubiesen sido utilizados como medios o instrumentos para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso procederá el decomiso de ambos tipos de bienes".*

4. Descontaminación

Tras la comisión del delito tributario la regulación establece dos casos específicos a través de los cuales la cuota tributaria, el objeto material, puede desaparecer, de modo que los bienes correspondientes a la cuota tributaria quedan descontaminados[1351].

4.1. La prescripción del delito tributario

Partiendo como aquí de una concepción material de la prescripción[1352], si la conducta de lavado de activos se realiza sobre bienes que podría reputarse emanan de un delito tributario, pero el delito tributario ya ha prescrito al momento de realizarse dicha conducta, estamos ante un caso de ausencia de objeto material[1353].

[1351] Sobre la cuestión de la descontaminación ("Dekontamination") en la literatura alemana, véase: VOβ, Marko. Op. Cit., pp. 136 y ss.

[1352] PASTOR, Daniel R. *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 52; RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *La prescripción penal: fundamentos y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 41ss.

[1353] Acerca de la cuestión de la descontaminación como consecuencia de la prescripción del delito tributario, aunque advirtiendo que en principio la punibilidad por lavado de dinero no queda excluida por la prescripción del delito previo VOβ, Marko. Op. Cit., p. 138.

Como he señalado anteriormente[1354], la despenalización y la prescripción del delito previo suponen un cambio del estatus jurídico del objeto material, pasa de ser "*peligroso*" a no serlo, y la inexistencia de un objeto peligroso determina la inidoneidad absoluta de la conducta para cometer lavado de activos, en el caso específico de la prescripción la presunción de inocencia se mantiene incólume ante el decaimiento de la obligación del Estado de investigar y eventualmente sancionar un hecho de relevancia penal[1355].

No puede por ello admitirse el planteamiento de BLANCO CORDERO, según el cual:

> "Las causas de extinción de la responsabilidad criminal (entre ellas la prescripción) suponen, precisamente, que con anterioridad ha existido responsabilidad criminal generada por la comisión de un hecho punible, es decir, de un hecho típico, antijurídico, culpable y punible (…) La existencia de una causa de extinción de la responsabilidad criminal no impide mantener que se ha cometido un hecho típico y antijurídico, con lo que se cumple el requisito exigido por el tipo del blanqueo (…) la prescripción del delito fiscal (…) no descontamina los bienes, que siguen siendo idóneos para el blanqueo de capitales por proceder de una actividad delictiva"[1356].

La discrepancia con esta tesis se debe precisamente a su punto de partida, forma parte del estado de la cuestión considerar que la prescripción del delito no implica una renuncia a la presunción de inocencia, de modo que su acaecimiento no permite afirmar que estamos o estuvimos ante un hecho típico, antijurídico y culpable. El problema en estricto es otro y estriba en saber si la prescripción del delito tributario

---

[1354] CARO CORIA, Dino Carlos. "Sobre el tipo básico de lavado de activos", p. 217.

[1355] MEINI MÉNDEZ, Iván. "Sobre la prescripción de la acción penal", en: *Imputación y responsabilidad penal,* Lima: Ara Editores, 2009, pp. 281, 291.

[1356] BLANCO CORDERO, Isidoro. Op. Cit., p.35.

impide que éste pueda ser objeto de investigación y prueba, al menos a nivel del hecho punible (conducta típica y antijurídica), en el proceso por lavado de activos a fin de establecerse si existen bienes de origen delictivo, opción a la que abona la llamada autonomía o independencia del lavado de activos frente al delito fuente o anterior.

Desde mi punto de vista debe negarse esta posibilidad porque una de las consecuencias de la prescripción es impedir que el hecho punible pueda ser nuevamente investigado para efectos punitivos.

4.2. La regularización tributaria

Legislaciones como la española[1357], la argentina[1358] y la peruana[1359] prevén la llamada regularización tributaria, es decir la posibilidad de evitar la persecución penal por el delito fiscal ya consumado y otros conexos bajo la condición de asumir voluntariamente el pago de

---

[1357] Art. 305.4 del Código Penal: "Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que se le haya notificado por la Administración Tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración Autonómica, Foral o Local de que se trate, interponga querella o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias. La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria".

[1358] Art. 16 de la Ley 24.769: "En los casos previstos en los artículos 1° y 7° de esta ley, la acción penal se extinguirá si el obligado, acepta la liquidación o en su caso la determinación realizada por el organismo recaudador, regulariza y paga el monto de la misma en forma incondicional y total, antes de formularse el requerimiento fiscal de elevación a juicio. Este beneficio se otorgará por única vez por cada persona física o de existencia ideal obligada.

la deuda tributaria ante el órgano administrador del tributo[1360] [1361]. Previsión que en estricto configura un claro caso de discriminación positiva, en la medida que no suele existir un incentivo similar ante otros delitos económicos, ni para los delitos patrimoniales, lo que expresa que la política criminal en materia penal tributaria tiene como principal objetivo lograr que el defraudador regularice el pago ante la agencia tributaria.

Como ha establecido el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema peruana N° 2-2009/CJ-116 de 13.11.09, "El artículo 189° CT (…) incorpora una causa material de exclusión de pena concebida procesalmente como un impedimento procesal, cuyo efecto es, de un lado, excluir la punibilidad del hecho típico, antijurídico y culpable, y, de otro lado, impedir la iniciación del proceso penal" (fundamento 6º). Y "En tanto se trata de una causa material de exclusión de punibilidad ex post factum sus efectos

---

La resolución que declare extinguida la acción penal, será comunicada a la Procuración del Tesoro de la Nación y al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria".

[1359] Artículo 189 párrafo 2 del Código Tributario.- Justicia Penal.
"No procede el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, ni la comunicación de indicios de delito tributario por parte del Órgano Administrador del Tributo cuando se regularice la situación tributaria, en relación con las deudas originadas por la realización de algunas de las conductas constitutivas del delito tributario contenidas en la Ley Penal Tributaria, antes de que se inicie la correspondiente investigación dispuesta por el Ministerio Público o a falta de ésta, el Órgano Administrador del Tributo inicie cualquier procedimiento de fiscalización relacionado al tributo y período en que se realizaron las conductas señaladas, de acuerdo a las normas sobre la materia".

[1360] CARO CORIA, Dino Carlos & SAN MARTÍN CASTRO, César. "La cancelación de la sanción penal tributaria mediante el pago debido", en: *Gaceta Jurídica*, N° 66-B, Lima, mayo 1999, pp. 25 ss.

[1361] Sobre la problemática del pago posterior ("spätere Bezahlung") de los impuestos defraudados en la literatura alemana y su desincriminación sobre la base de una ausencia de lesión del bien jurídico, véase VOβ, Marko. Op. Cit., pp. 137 y s.

liberatorios de la sanción penal necesariamente alcanzan o benefician a todos los intervinientes en el delito –autores y partícipes-[1362]".

En ese sentido, si el autor del delito tributario regulariza el pago de la deuda de acuerdo con la regulación administrativa, entonces quedará exento de responsabilidad penal, produciéndose la descontaminación de los bienes que conforman la cuota tributaria. Al no existir objeto material, dichos bienes no podrán ser objeto de lavado de activos.

El problema, o paradoja como la denomina BLANCO CORDERO[1363], surge más bien cuando la regularización tributaria se realiza luego de que el autor del delito tributario realiza actos de transferencia, ocultamiento u otros propios del blanqueo de capitales. En tales casos el agente no podrá ser perseguido por delito tributario pero podría ser sancionado por lavado de activos, lo que contradice el incentivo previsto para el pago voluntario.

IV. AUTONOMÍA DEL LAVADO DE ACTIVOS

La autonomía del delito de lavado de activos viene reconocida en la mayoría de convenciones internacionales, así como en las legislaciones internas y/o la jurisprudencia[1364].

En el caso del Perú, fue esbozada primero por el art. 6 pf. 3 de la Ley N° 27765, según el cual "En los delitos materia de la presente ley, no es necesario que las actividades ilícitas que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria". Esta

---

[1362] Vid. Fundamento 9°.

[1363] BLANCO CORDERO, Isidoro. Op. Cit., p. 38.

[1364] Acerca de la autonomía del lavado de activos en la doctrina alemana véase ALTENHAIN, Karsten. "§261", p. 493, Rn. 10 y s.; Sobre el debate alemán acerca del bien jurídico protegido en el lavado de dinero véase: LEIP, Carsten. Op. Cit., pp. 44 y s; también VOβ, Marko. Op. Cit., pp. 8 y s.; OGBAMICHAEL, Asmerom. Op. Cit., p. 17; ALTENHAIN, Karsten. "§261", p. 493 Rn. 10 y s.; FISCHER, Thomas. Op. Cit., pp. 1850 y ss.

fórmula fue objeto de múltiples críticas, en particular porque la no exigencia de investigación del delito previo podía conducir a condenas sin que se haya acreditado el origen ilícito de los bienes[1365], ante lo cual se llegó a proponer, en contra del derecho positivo pero en base a garantías constitucionales esenciales como la presunción de inocencia, el derecho de defensa y el debido proceso, que la investigación del delito previo debía al menos haberse iniciado junto con la del lavado de activos y que de no hallarse indicios suficientes sobre el delito fuente entonces la investigación por lavado debía cerrarse[1366]. Esta interpretación correctiva fue complementada en Perú con los aportes de la doctrina española[1367], en el sentido de que no era necesario acreditar todos los elementos del delito previo, el injusto culpable (incluso punible), sino y únicamente que la conducta generadora de los bienes es típica y antijurídica, es decir la existencia de un injusto penal[1368], lo que ha venido a identificarse como el criterio de la *accesoriedad limitada*[1369], la *relación de accesorie-*

[1365] BRAMONT-ARIAS, Luis Alberto. "Alcances de la ley penal contra el lavado de activos", en: *Actualidad Jurídica*, N° 105, agosto 2002, Lima, p. 64.

[1366] GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis de la Ley N° 27765,* 2ª ed., Jurista Editores, Lima, 2009, p. 308; GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte Especial*, T. II, Grijley, Lima, 2007, p. 505.

[1367] En base a una norma que no tiene equivalencia en la legislación peruana, el art. 300 del CP español establece que las disposiciones del capítulo sobre lavado de activos y receptación "se aplicarán aún cuando el autor o el cómplice del hecho del que provengan los efectos aprovechados fuera irresponsable o estuviera penalmente exento de pena". Esto significa que para efectos dogmáticos y de prueba, es suficiente que el delito previo se entienda como comportamiento antijurídico o injusto penal.

[1368] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. "Algunas precisiones referentes a la Ley penal contra el lavado de activos, Ley N° 27765, 27-06-02", en: *Estudios Penales. Libro homenaje al Prof. Luis Alberto Bramont Arias*, San Marcos, Lima, 2003, p. 522; GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Op. Cit., p. 95; GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte Especial*, pp. 503-504.

[1369] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. Cit., p. 486, aunque califica esta denominación de impropia porque el blanqueo no es un delito accesorio del delito previo.

dad limitada entre el delito previo y el blanqueo de capitales[1370], o la *relación de integración* porque el hecho previo es sólo un elemento que complementa o se integra al tipo de blanqueo[1371]. Aunque como ya se ha mencionado, la relación entre el delito precedente que dispensa el objeto material y el delito de lavado de activos, no puede ser otra que una de imputación objetiva.

La Corte Suprema peruana adoptó en el año 2010, con carácter vinculante, sólo una parte de estos lineamientos y ha desarrollado algunos postulados sobre la prueba del delito fuente. Se ha establecido:

> "que la vinculación de la actividad de lavado de activos con el delito fuente no puede supeditarse a la estricta aplicación de las reglas de la accesoriedad que pueda condicionar su naturaleza de figura autónoma y del bien jurídico también autónomo, afectado por el lavado", sin embargo "El delito fuente, (…), es un elemento objetivo del tipo legal (…) y su prueba condición asimismo de tipicidad. No es menester como se ha indicado anteriormente, que conste acreditada la comisión mediante sentencia firme, ni siquiera que exista investigación en trámite ni proceso penal abierto. Es decir, expresamente se ha descartado una prejudicialidad homogénea de carácter devolutiva"[1372].

[1370] ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales,* Marcial Pons, Barcelona, 2000, p. 198.

[1371] ARIAS HOLGUIN, Diana Patricia. *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP),* Iustel, Madrid, 2011, pp. 314-315, 325 nota 243. En la doctrina alemana, véase sobre las características de la relación del lavado de dinero con el delito previo ALTENHAIN, Karsten. "§261", p. 500, Rn. 29 y ss.; acerca de las dificultades para su prueba: FEIGEN, Peter. *Die Beweislastumkehr im Strafrecht. Geldwäsche, Vermögenseinziehung, Hehlehrei de lege lata et ferenda*, GCA-Verlag, Herdecke, 1998, pp. 148 y s.

[1372] Fundamento Jurídico 32º del Acuerdo Plenario Nº 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

Pero ello no enerva la necesidad de que en el mismo proceso por lavado de activo deba ejercerse una suficiente actividad probatoria en torno al delito fuente, se señala en ese sentido que:

> "El tipo penal de lavado de activos sólo exige la determinación de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes. No hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico, con la plenitud de sus circunstancias, ni de los concretos partícipes en el mismo (…); es suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la infracción grave, de manera general. Ha de constatarse algún vínculo o conexión con actividades delictivas graves (…) o con personas o grupos relacionados con la aplicación de este tipo legal"[1373].

Así delimitado el objeto de prueba, la Corte Suprema desarrolla con poca novedad los lineamientos básicos de la prueba indiciaria, considerada como idónea y útil en los procesos vinculados a la criminalidad organizada en donde la prueba directa suele estar ausente[1374]. Ello calza con el propio enunciado de la parte final del pf. 2º del art. 10 del D. Leg. 1106 conforme al cual "El origen ilícito que conoce o debía conocer el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso", norma que reproduce casi con exactitud el contenido del pf. 1 del art. 6 de la derogada Ley N° 27765 y que en gran medida tuvo como fuente el art. 3.3 de la Convención de Viena[1375] y del art. 6.2.f de la Convención de Palermo[1376] que reconocen la relevancia de la prueba

---

[1373] Fundamento Jurídico 35º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

[1374] Fundamento Jurídico 33º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

[1375] "El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso".

[1376] "El conocimiento, la intención o la finalidad que se requieren como elemento de un delito tipificado en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de las circunstancias fácticas objetivas".

indiciaria[1377]. Así, y volviendo sobre el Acuerdo Plenario, finalmente la Corte Suprema enuncia y desarrolla, también con escasa novedad, el sentido de algunos indicios que, conforme a la experiencia criminológica, criminalística y jurisprudencial, son recurrentes en los casos de lavado de activos[1378].

Este desarrollo jurisprudencial mantiene actualidad pese a que el art. 10 pf. 1 del D. Leg. N° 1106 ha radicalizado la noción de *autonomía* del delito de lavado de activos. El nuevo dispositivo establece que "El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o sentencia condenatoria". Al igual que la regulación derogada, no es necesario que el delito previo haya sido en el pasado objeto de investigación o fallo alguno, dicha actividad probatoria deberá ejecutarse cuando menos en el proceso penal que se instaure por el delito de lavado de activos. Antes bien, es de destacarse dos novedades, por un lado se ha enfatizado la no necesidad de que el delito fuente haya sido objeto de prueba alguna en cualquier contexto, dentro o fuera de un proceso oficial, lo que parece abrir la puerta a investigaciones o procesos por lavado de activos que pueden iniciarse sin prueba alguna del delito fuente que se postule. En esa misma línea restrictiva de derechos fundamentales, es más grave todavía que la ley acepte la posibilidad de investigar el delito de lavado sin que el delito fuente haya sido descubierto, lo que entendido de modo literal podría justificar la realización de investigaciones por lavado sin la identificación y delimitación del delito precedente, sin una hipótesis, por preliminar o provisional que fuera, sobre el delito fuente. En ese contexto, con simples alertas como el desbalance patrimonial de una persona, podría dictarse una decisión de diligencias preliminares o de formalización de

---

[1377] ABEL SOUTO, Miguel. *El delito de blanqueo de capitales en el Código Penal español,* Bosch, Barcelona, 2005, pp. 102-103, 251.

[1378] Fundamento Jurídico 34º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

investigación preparatoria en donde la investigación gire en torno al enriquecimiento del particular[1379] y no al presunto delito que lo originó, y simplemente porque no es necesario que éste haya sido descubierto. Principios constitucionales básicos como el de imputación necesaria, el derecho de defensa o el derecho a probar, fundamentan la necesidad de determinación del delito precedente en toda investigación por lavado de activos[1380] y, en consecuencia, la inaplicación de estos extremos de la nueva norma.

En esa línea de ideas, la mínima actividad probatoria exigible debe orientarse a acreditar la presencia antecedente de una actividad delictiva de modo genérico, que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes, sin que sea necesaria ni la demostración plena de un acto delictivo específico generador de los bienes ni de los concretos partícipes en el mismo[1381]. Ello podrá hacerse dentro del mismo proceso por lavado de activos, bien porque también se investiga una concreta imputación por el delito fiscal o porque corresponderá acreditar el origen delictivo de los bienes por ser un elemento objetivo del tipo de lavado.

Ahora bien, la regulación argentina y alemana es compatible con la autonomía del delito de lavado de dinero. El art. 303.1 del CP argentino se refiere a bienes provenientes de un *ilícito penal*, expresión que en

---

[1379] Como sanciona el art. 327 del CP colombiano al incriminar al que "de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado de una u otra forma de actividades delictiva". Vid., CAMARGO, Pedro Pablo. *El delito de enriquecimiento ilícito*, 4ª ed., Leyer, Bogotá, 2002, pp. 43 ss.

[1380] CASTILLO ALVA, José Luis. "La necesidad de determinación del «delito previo» en el delito de lavado de activos. Una propuesta de interpretación constitucional", en: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 4, Lima, oct 2009, pp. 341 ss.

[1381] ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. "Comentario al art. 301 CP", en: Gómez Tomillo, Manuel. *Comentarios al Código penal,* Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1169.

sentido estricto o restringido implica que en el proceso por lavado de activos no deberá probarse todos los elementos del delito anterior, sino y únicamente aquellos que integran el ilícito penal, es decir la existencia de actos que realizan la tipicidad y antijuricidad[1382] del delito fiscal. Asimismo, en la doctrina se ha postulado de modo similar que es suficiente "que quien tiene a su cargo la investigación del caso de lavado sea el encargado de acreditar mediante indicios serios, graves y concordantes la presencia del delito típicamente antijurídico"[1383]. De modo similar se pronuncia el art. 261 (1) del StGB alemán que en general se refiere al ocultamiento, etc., de un bien proveniente de un *hecho antijurídico*[1384].

V. AUTOLAVADO

También es objeto de debate si corresponde la punición por blanqueo de capitales contra el autor del delito previo, aquí concretamente, el defraudador de tributos. En sistemas como el alemán [art. 261 (9) 2 del StGB[1385]] y el austriaco (art. 165.1 del StGB[1386]), en los que la sanción[1387] por lavado no alcanza a quien participó en el delito fuente,

---

[1382] CÚNEO LIBARONA, Mariano. *El delito de lavado de dinero,* Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 43.

[1383] DURRIEU, Roberto. *El lavado de dinero en Argentina,* Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, p. 134.

[1384] Sobre el problema del autolavado o autoblanqueo en España véase: BACIGALUPO, Enrique. Op. Cit., passim; MARTINEZ-ARRIETA MARQUEZ DE PRADO, Ignacio. *El autoblanqueo. El delito fiscal como delito antecedente del blanqueo de capitales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, passim.

[1385] *"No será sancionado (…) quien resulta punible como consecuencia de su participación en el delito del que preceden los bienes"*. Sobre esto véase, por todos: ALTENHAIN, Karsten. "§261", p. 497, Rn. 19.

[1386] Se sanciona el "ocultar o dificultar el origen de las ventajas patrimoniales provenientes de un delito (…) cometido por otro".

[1387] Sobre la regla de la exclusión de la punibilidad del autolavador del 261 inc. 9 del StGB, véase ALTENHAIN, Karsten. "§261", 497 Rn 19 y s.; JOECKS, Wolfgang. *Studienkommentar*, 10ª ed., Beck, Múnchen, 2012, p. 589, Rn. 7; FISCHER, Thomas. Op. Cit., pp. 1866 y s.; AMBOS, Kai. Op.

sólo podrá sancionarse a aquellos (como el abogado o el asesor contable o tributario) que no han intervenido en el delito previo. Lo mismo ocurría en Argentina bajo la regla del art. 278.1°a), introducida por la Ley 25.246, se excluía la autoría cuando el agente había participado en el delito anterior, la conducta de lavado debía recaer sobre "*bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado*" al autor.

El fundamento de esta exclusión es debatido[1388]. Aquí compite también el mismo fundamento esgrimido para excluir la punición del autoencubrimiento en diversas legislaciones[1389]. Desde esa perspectiva, los actos posteriores de lavado serían solo actos post-ejecutivos, o actos de autoencubrimiento impunes,

> "son actos de ocultamiento, encubrimiento u agotamiento de los bienes y activos obtenidos por el delito anterior"[1390], "no cabe sancionar penalmente al autor o partícipe del delito previo por el hecho posterior, toda vez que éste reviste para él la naturaleza de un auto-encubrimiento impune que le blinda de la exigencia de entregarse a la administración de justicia: la inexigibilidad de otra conducta viene aquí a constituir el fundamento de la impunidad. Estamos así ante auto-encubrimiento real donde la ocultación de los bienes y activos constituyen verdaderos actos inexigibles de evitación de la entrega a

---

Cit., passim. Ilustrativo de forma genérica sobre las causas de exclusión de la responsabilidad ROXIN, Claus. *Strafrecht*: *Allgemeiner Teil*, 4ª ed, Beck, München, 2006, §22, Rn. 134 y s., sobre las causas de exclusión de la pena: EL MISMO. Op. Cit., § 23, Rn. 1036 y s.

[1388] Con referencia al problema de la fundamentación del 261 inc. 9 frase 2, véase ALTENHAIN, Karsten. "§261", p. 497 Rn 19 y s, también AMBOS, Kai. Op. Cit., passim.

[1389] SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, Pablo. *El encubrimiento como delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 136-140.

[1390] CARO JOHN, José Antonio. "Impunidad del 'autolavado' en el ámbito del delito de lavado de activos", en: *Dogmática penal aplicada*, Ara, Lima, 2010, p. 189.

> las autoridades de la persecución penal (…) no se puede exigir a una persona que ha cometido un delito entregarse a la justicia y entregar igualmente los bienes y activos generados por su propio delito para no ser sancionado doblemente (…) En el lavado de activos el autor quebranta así un deber de autoinculpación, esto es: ¡Un deber jurídico inexistente!"[1391].

Esta línea de argumentos[1392] es a mi juicio relativa, y ello podría explicar el sentido de regulaciones como la española, la peruana o la argentina (tras la Ley 26.683) que actualmente permiten la imposición de la pena de lavado a quien cometió el delito anterior. Y es que la punición del autolavado no puede equiparse a una violación del principio *nemo tenetur*[1393]: la norma no impone un deber de autoinculpación ni un deber de entrega de los bienes objeto del delito anterior. La finalidad del tipo de lavado es evitar la circulación o el tráfico de bienes de origen delictivo[1394], la norma primaria impone al ciudadano el de-

---

[1391] *Ibid*., pp. 192-193. Acerca de la idea de la *mitbestrafte Nachtat* en la doctrina alemana, véase: MURMANN, Uwe. *Grundkurs Strafrecht: allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte*, 2ª ed., Beck, München, 2013, p. 491, Rn. 67 y s.; ALTENHAIN, Karsten. "§261", p. 497, Rn. 21; ("straflose Nachtat") ROXIN, Claus. Op. Cit., B.II, p. 860, §33, Rn. 219 y s.; HÖPER, Inken. *Die mitbestrafte Vor- und Nachtat*, Univ. Diss, Kiel, 1997, passim. Respecto a éste tema en relación con el delito fiscal como hecho previo del lavado de dinero véase AMBOS, Kai. Op. Cit., passim.

[1392] Seguida de modo general por POLAINO ORTS, Miguel. Op. Cit., pp. 253 ss.

[1393] Sobre el *nemo tenetur* en la doctrina alemana, véase, BOSCH, Nikolaus. *Aspekte des nemo-tenetur Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht: ein Beitrag zur funktionsorientierten Auslegung des Grundsatzes „nemo tenetur se ipsum accusare*, Duncker& Humblot, Berlin, 1998, passim.

[1394] Acerca de los fines del tipo de lavado de dinero en la doctrina alemana, véase JAHN, Matthias. Op. Cit., p. 1620, Rn. 3 y s.; VOβ, Marko. Op. Cit., pp. 6 y s., ALTENHAIN, Karsten. *Das Anschlußdelikt: Grund, Grenzen und Schutz des staatlichen Strafanspruchs und Verfallrechts nach einer individualistischen Strafrechtsauffassung,* pp. 395 y s., ALTENHAIN, Karsten. "§261", p. 491, Rn. 7 y s., latamente LEIP, Carsten. Op. Cit., p. 39; con referencias

ber de no realizar actos de tráfico con dichos bienes, lo que se aprecia claramente cuando se sanciona los actos de conversión o transferencia como supuestos de blanqueo de capitales. Desde esa perspectiva la norma primaria no impone un deber de autoinculpación, el mandato penal no es *auto denúnciate, auto incrimínate*, el mandato es *no conviertas ni transfieras bienes de origen delictivo*. Lo mismo cabe decir respecto de los bienes, la norma primaria derivada del tipo de lavado no incluye un mandato de devolución o retorno de los mismos. Es más, si en verdad existiera un mandato de devolución, éste más bien podría deducirse del tipo penal del delito precedente (en el delito fiscal el deber de entregar al Estado la cuota tributaria) y de las normas penales y procesales de persecución penal, como la incautación, el comiso o el embargo, pero no del tipo de lavado.

No obstante lo anterior, en aquellos sistemas como el peruano, el español o el alemán en los que se sanciona el *ocultamiento*, la *posesión* o la mera *tenencia* de los bienes, la punición de los actos de autolavado debe exigir la realización de actos posteriores al delito precedente o, excepcionalmente, una tenencia pero con una tendencia subjetiva especial. Con el ejemplo usado al inicio, si el defraudador recibe en una cuenta todo el dinero que constituye la base imponible, que por ende incluye la cuota tributaria, la simple posesión o tenencia de ese dinero en la cuenta una vez que se ha consumado el delito tributario no equivale aún a la comisión de lavado de activos. Es necesario para ello la realización de

---

genéricas a las denominadas "EG-Geldwäscherichtlinie": RUHMANNSEDER, Felix. Op. Cit., p. 1814. Rn. 1; también DEGEN, Andreas. Op. Cit., pp. 99 y s. con una referencia a su trasfondo político-criminal: FISCHER, Thomas. Op. Cit., p. 1781; OGBAMICHAEL, Asmerom. Op. Cit., p. 5; y también la obra de SOTIRIADIS, Georgios. *Die Entwicklung der Gesetzgebung über Gewinnabschöpfung und Geldwäsche: unter berücksichtigung der jeweiligen kriminalpolitischen Tendenzen,* Duncker & Humblot, Berlín, 2010, passim; desde un punto de vista criminológico ACKERMAN, Jürg-Beat. *Geldwäscherei –Money Laundering. Eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz*, p. 71 y de manera más amplia la obra de SUENDORF, Ulrike. *Geldwäsche: eine kriminologische Untersuchung*, Luchterhand, Neuwied, 2001, passim.

actos posteriores, por ejemplo, la transferencia de ese dinero a la cuenta de una empresa off shore en un paraíso fiscal o a una cuenta personal cifrada. La exigencia de ese acto posterior, distinto al delito previo, se funda en la necesidad de evitar un *bis in idem*, en la medida que existan actos diferenciados, no podrá apreciarse la identidad de hecho que es una condición esencial para que el principio de *ne bis in idem* impida la punición múltiple[1395], en este caso la que compete al delito anterior y la relativa al delito de lavado. Bajo este enfoque, tampoco en los casos de ocultamiento, posesión o tenencia, la norma primaria del tipo de lavado incluye un mandato de autoincriminación o devolución de los bienes que conforman el objeto material del delito.

[1395] AMBOS, Kai. Op. Cit., passim.

CAPITULO XXI
RÉGIMEN LEGAL DEL LAVADO DE ACTIVOS (IV): LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL *COMPLIANCE OFFICER* Y EL NUEVO DELITO DE OMISIÓN CULPOSA DE COMUNICACIÓN DE OPERACIONES SOSPECHOSAS

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La persona jurídica es un factor criminógeno de grandes dimensiones. Como ha reportado un estudio elaborado por el Instituto Max Planck de Alemania, referenciado por autoras como Mercedes GARCÍA ARÁN y Laura ZUÑIGA RODRÍGUEZ, el 80% de los delitos ocurridos en Alemania, tienen que ver con la actuación en favor de una persona jurídica[1396]. Los recientes escándalos financieros (ENRON, SIEMENS, etc.) constituyen un dato confirmador del impacto de la actividad de las empresas en la criminalidad[1397].

Esa idea, la de la persona jurídica como factor criminógeno, ha propiciado que de cara a prevenir los riesgos derivados de la actividad empresarial se vengan articulando, en los diversos contextos en los que la empresa desarrolla sus actividades (financiero, inmobiliario, minero, etc.), sistemas de prevención de riesgos que tienen, en el sistema de pre-

---

[1396] GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en: Martínez Buján Pérez, Carlos (Director). *I Congreso Hispano Italiano de Derecho Penal Económico,* Servicio de Publicaciones de la Universidad de A Coruña, A Coruña, 1998, p. 45; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "Modelos de imputación penal para sancionar la criminalidad de empresa en el CP español de 1995", en: *RPCP,* N° 7/8, Lima, 1999, p. 965.

[1397] Sobre el impacto de la macro o extracriminalidad económica, véase: CERVINI, Raúl & ADRIASOLA, Gabriel. *El Derecho Penal de la Empresa desde una visión garantista,* BdeF, Buenos Aires, 2005, pp. 03 ss.

vención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo, su versión más desarrollada.

Precisamente, dentro de dicho sistema de prevención, una de las posiciones más trascendentes es ocupada por el Oficial de Cumplimiento o, en términos ingleses, *Compliance Officer*. El objeto de este capítulo es examinar los contornos de responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en el recientemente introducido delito de omisión culposa de comunicación de operaciones u transacciones financieras sospechosas, comprendidas en el artículo 5° del Decreto Legislativo N° 1106° de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado.

En el propósito antes planteado, se desarrollarán algunas reflexiones iniciales en torno a la posición del *compliance officer* dentro del sistema de imputación penal, para posteriormente examinar los contornos del tipo penal de omisión culposa de comunicación de operaciones u transacciones financieras sospechosas, para finalmente evaluar las dificultades que atraviesa el OC de las instituciones de microfinanzas que son las que, por sus características consustanciales, deben trabajar con clientes cuya información resulta menos accesible, es menos fiable o es más difícil de verificar, lo que incrementa el riesgo de que dichos capitales provengan de actividades delictivas.

II. LA POSICIÓN DEL *COMPLIANCE OFFICER* EN EL SISTEMA DE PREVENCIÓN DE BLANQUEO DE CAPITALES Y FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO. LA RELACIÓN ENTRE LA POSICIÓN DE GARANTÍA DEL SUJETO OBLIGADO Y LA DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO.

El oficial de cumplimiento es aquél funcionario del sujeto obligado[1398] ante el SPLAFT que tiene por función específica vigilar el cumpli-

[1398] Nos referimos a las personas naturales o jurídicas que por mandato de la ley se encuentra obligados a proporcionar información a los órganos del SPLAFT.

miento adecuado de las normas administrativas impuestas para la prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo a través del diseño, implementación y funcionamiento adecuado de un sistema dirigido a dicho objetivo y que, además constituye el nexo de comunicación idóneo entre el sujeto obligado y las autoridades competentes[1399].

Como se aprecia, los deberes del oficial de cumplimiento le otorgan la condición de *garante* de la prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo respecto del sujeto obligado. Esta posición de garante no es directa, sino que deriva de la posición de garantía que ostenta el empresario o sujeto obligado en el SPLAFT.

Esta posición de garantía originaria del empresario no solo se asocia a su condición de fuente de generación de los riesgos asociados al LAFT, sino que se encuentra reconocida en una variedad de normas administrativas que desarrollan los contenidos del sistema de prevención del blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo. En ese sentido, el artículo 3° de la Res. SBS N° 838-2008 (*Normas complementarias para la prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo*) reconoce no solo el deber de toda empresa del sistema financiero de implementar un SPLAFT, sino que establece que dicho deber recae sobre los órganos de dirección y gerencia de la empresa[1400]. En virtud a dicha posición de garante el empresario tiene el deber de implementación de programas de cumplimiento normativo, conocidos con la denomina-

---

[1399] CERVINI, Raúl. "Oficial de cumplimiento, estructura de las matrices de riesgo. Criterios metodológicos de decisión y análisis", en: Caro Coria, Dino Carlos & Reyna Alfaro, Luis Miguel (Coords.). *Compliance y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo,* Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa, Lima, 2013, p. 179.

[1400] SALCEDO MACHADO, Rocío del Pilar. "La responsabilidad penal de los órganos de gobierno de las entidades financiera en la comisión del tipo base de lavado de activos" (en adelante "La responsabilidad penal…"), en: Caro Coria, Dino Carlos & Reyna Alfaro, Luis Miguel (Coords.). *Compliance y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo,* Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa, Lima, p. 169.

ción de *compliance programs,* destinados a reducir los riesgos de utilización de la empresa - en este caso, integrante del SPLAFT- en dinámicas de blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo.

Los deberes de garantía del OF resultan consecuencia de la delegación de competencias de control realizadas por el sujeto obligado, representado por su directorio y la gerencia, y sobre quien recae originariamente los deberes de control y vigilancia generados por la fuente de peligros que es la estructura empresarial[1401]. Como advierte FEIJOO SÁNCHEZ, la posición de garante original del empresario "va generando en cascada o en cadena una delegación de deberes parciales"[1402].

Pese a tratarse de una posición de garantía delegada del Directorio, hay que ser enfáticos en reconocer la trascendencia del OC dentro de un SPLAFT, circunstancia vinculada a la pretensión de actuación independiente, de forma tal que los controles e investigaciones que desarrolle en torno a riesgos verificados por él sean desarrollados sin injerencia del Directorio o la Gerencia[1403]. Esta independencia busca ser preservada estableciendo la obligación del empresario de otorgar al OC una posición superior dentro de la estructura paralela de cumplimiento normativo. Como consecuencia de esta ubicación en la estructura superior de la empresa, el OC tendrá necesariamente comunicación directa con el Directorio.

[1401] FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho Penal de la Empresa e Imputación Objetiva,* Reus, Madrid, 2007, p. 184; DOPICO GÓMEZ ALLER, Jacobo. "Posición de garante del *compliance officer* por infracción del 'deber de control': Una aproximación tópica", en: Arroyo Zapatero, Luis & Nieto Martín, Adán. *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 170.

[1402] FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. Cit., p. 185.

[1403] ROBLES PLANAS, Ricardo. "El responsable de cumplimiento ('compliance officer') ante el Derecho Penal", en: Silva Sánchez, Jesús María (Director), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas,* Atelier, Barcelona, 2013, p. 321.

Los deberes derivados que asume el OC son, entre otros, los de evaluación de riesgos, implementación de PC destinados a enfrentar los riesgos diagnosticados, vigilancia respecto de la implementación de los PC, preparación a los trabajadores de la empresa con ese objetivo e comunicación al Directorio de la forma en que desarrolla su actividad[1404].

III. EL DELITO DE OMISIÓN DE COMUNICACIÓN DE OPERACIONES SOSPECHOSAS

1. Marco legal vigente.

Una cuestión básica fundamental esta reconocer los alcances de esta problemática está vinculada con la identificación de los cambios que ha sufrido la regulación penal del delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas a partir de los cambios suscitados mediante el DL N° 1106, publicado el 19 de abril de 2012 en el Diario Oficial "El Peruano" y que modificó la regulación propuesta por la LPLA (Ley Nº 27765).

La LPLA regulaba el delito de omisión de comunicación de operaciones y transacciones sospechosas en el artículo 4º que tenía la siguiente redacción:

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

Como se aprecia, la regulación del delito antes descrito limitaba la trascendencia penal del hecho a aquellos casos en los que el OC *dolo-*

[1404] ROBLES PLANAS, Ricardo. Op. Cit., p. 321.

samente omitía comunicar las transacciones sospechosas que hubiera detectado. Esto suponía, en la práctica, que la *compuerta* de la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento difícilmente se abría, debido a las dificultades que tiene el sistema penal para acreditar la *intencionalidad* en la actuación del OC.

El DL Nº 1106 ha cambiado el panorama significativamente. En efecto, el artículo 5º del mencionado DL regula el delito de omisión de comunicación de operaciones y transacciones sospechosas en los términos siguientes:

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

El recurso a la criminalización de la omisión culposa supone una extensión de la cobertura del sistema penal a fases previas a la lesión del bien jurídico tutelado a través del delito lavado de activos y financiamiento del terrorismo y que tiene evidentes efectos en los sujetos obligados[1405]. El fundamento político criminal de esta decisión tiene

---

[1405] A favor de la criminalización culposa: CARO CORIA, Dino Carlos & ASMAT COELLO, Diana Marisela. "El impacto de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema N° 03-2010/CJ-116 de 16 de noviembre de 2010 y N° 7-2011/CJ-116 de 6 de diciembre de 2011 en la delimitación y persecución

que ver con el afán de incentivar que los *sujetos obligados* sean las principales fuentes de noticias criminales de operaciones vinculadas al lavado de activos y el financiamiento del terrorismo corresponden a las empresas[1406].

El primer efecto de la criminalización de la omisión culposa es que incrementa los riesgos legales sobre los oficiales de cumplimiento que enfrentan la contingencia de sufrir una pena que, a pesar de ser aparentemente benigna, tiene un notorio significado expresivo y comunicativo (etiqueta al penado no solo como delincuente sino como un profesional poco cuidadoso).

El segundo efecto de la criminalización de la omisión culposa es que obliga, indirectamente, a que los sujetos obligados establezcan un estándar de cualificación mayor a las personas que asumen las funciones de oficiales de cumplimiento. Y les obliga porque dada la vinculación existente entre el sujeto obligado y el oficial de cumplimiento, la persecución penal contra este último genera un alto riesgo de que el sujeto obligado sea incorporado en el proceso penal respectivo como responsable solidario de las consecuencias jurídicas de naturaleza civil que se le impongan (tercero civilmente responsable).

---

del delito de lavado de activos", en: Caro Coria, Dino Carlos & Reyna Alfaro, Luis Miguel (Coords.). *Compliance y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo,* Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa, Lima, 2013, p. 109; en contra: PRADO SALDARRIAGA, Víctor. "El delito de omisión de reporte de transacciones u operaciones sospechosas", en: A.A.V.V. *El Derecho Penal Económico. Cuestiones fundamentales y temas actuales,* Ara Editores, Lima, 2011, p. 261.

[1406] En ese sentido, en relación al sistema financiero: SALCEDO MACHADO, Rocío del Pilar. "El deber de *compliance* en la prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo en el ámbito financiero peruano", en: Caro Coria, Dino Carlos & Reyna Alfaro, Luis Miguel (Coords.). *Compliance y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo,* Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa, Lima, 2013, p. 19.

2. El autor en el delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas

Conforme se desprende del sentido literal posible del artículo 5° del DL 1106, nos encontramos ante un delito de *infracción del deber*[1407] en la medida que el propio tipo penal establece como condición para la comisión del delito el *incumplimiento de obligaciones funcionales o profesionales.*

Ahora, aunque la redacción del tipo penal pareciese proponer un alcance más extenso del círculo de posibles autores de este delito, como el que se reconoce en la propuesta de GÁLVEZ VILLEGAS[1408], un conocimiento más preciso de la legislación extrapenal permite sostener que el autor de dicho delito solo puede serlo el oficial de cumplimiento.

En efecto, la normatividad extrapenal establece un único curso o canal para la comunicación de una operación o transacción sospechosa a la Unidad de Inteligencia Financiera (en adelante UIF) y este es el oficial de cumplimiento. El artículo 17° de la Resolución SBS N° 838-2008 establece que el oficial de cumplimiento es el único que puede calificar una operación como sospechosa y comunicarla a la UIF[1409].

Por estas razones es también discutible también una posición como la adoptada implícitamente por GARCÍA CAVERO al considerar que el autor de este delito es el *sujeto obligado* lo que permitiría, como él mismo propone, sancionar al órgano de representación autorizado o al

---

[1407] Sobre dicha categoría: ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal,* traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 383 ss.

[1408] GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *El delito de lavado de activos*, Grijley, Lima, 2004, pp. 89-90.

[1409] CARO JOHN, José Antonio. "Sobre el deber de informar a la Unidad de Inteligencia Financiera de determinadas operaciones sospechosas", en: El mismo. *Dogmática penal aplicada,* Ara Editores, Lima, 2011, p. 173.

socio representante autorizado de la persona jurídica en aplicación del artículo 27° del Código Penal[1410].

3. El concepto de operación sospechosa en el lavado de activos

La omisión penalmente relevante en este delito está referida a las *transacciones u operaciones sospechosas*; estos términos, en la medida que constituyen elementos normativos, deben ser interpretados conforme a los contenidos de la legislación extrapenal que, por cierto, es bastante complejo.

3.1. Desarrollo legislativo administrativo del concepto de operación sospechosa.

Conforme al artículo 11° de la Ley N° 27693 (Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera- Perú) se entiende por transacciones sospechosas: "Aquellas de naturaleza civil, comercial o financiera que tengan una magnitud o velocidad de rotación inusual, o condiciones de complejidad inusitada o injustificada, que se presuma proceden de alguna actividad ilícita, o que, por cualquier motivo, no tengan un fundamento económico o lícito aparente".

Esta norma se complementa con lo establecido en el artículo 12º de la Resolución SBS Nº 486-2008 ("Norma para la prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo de aplicación general a los sujetos obligados a informar bajo supervisión de la UIF Perú) que precisa que: "una operación detectada tiene las características de sospechosa, cuando habiendo identificado previamente una operación como inusual (fuera de lo habitual del cliente), luego del análisis y evaluación realizados por el Oficial de Cumplimiento, éste pueda presumir que los fondos o los bienes utilizados proceden de alguna actividad ilícita o que, por cualquier motivo no tengan un fundamento económico o lícito aparente".

[1410] GARCÍA CAVERO, Percy. *El delito de lavado de activos,* Jurista Editores, Lima, 2013, p. 148.

Por su parte, la Resolución SBS Nº 838-2008 ("Normas complementarias para la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo") define como operaciones sospechosas a: "j) (…) aquellas operaciones inusuales realizadas o que se pretenda realizar de naturaleza civil, comercial o financiera que tengan una magnitud o velocidad de rotación inusual, o condiciones de complejidad inusitada o injustificada, que en base a la información recopilada, de conformidad con las normas sobre el "conocimiento del cliente", se presuma proceden de alguna actividad ilícita, o que, por cualquier motivo, no tengan un fundamento económico o lícito aparente; y que podrían estar vinculadas al lavado de activos y/o al financiamiento del terrorismo" (literal l, conforme a la modificatoria operada conforme a la Resolución SBS Nº 11695-2008).

Tal cual se aprecia del contenido de la normatividad extrapenal de referencia, el concepto de operación sospechosa está vinculado al concepto de operación inusual también desarrollado por la legislación que regula la operatividad del sistema de prevención contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo y es, en cierta forma, dependiente de aquél, por lo que procederemos, previamente, a reconocer el contenido de una operación inusual para luego proponer un concepto de operación sospechosa útil para los fines de interpretación del tipo penal.

3.2. El concepto de operación inusual.

Pues bien, en ese plano tenemos que el artículo 11° de la Ley N° 27693 identifica como transacción inusual "aquellas cuya cuantía, características y periodicidad no guardan relación con la actividad económica del cliente, salen de los parámetros de normalidad vigente en el mercado o no tienen un fundamento legal evidente".

En la misma línea, tenemos la Resolución SBS Nº 838-2008 ("Normas complementarias para la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo") que define las operaciones inusuales y sospechosas a: "aquellas operaciones realizadas o que se pretenda reali-

zar cuya cuantía, características particulares y periodicidad no guardan relación con la actividad económica del cliente, salen de los parámetros de normalidad vigentes en el mercado o no tienen un fundamento legal evidente" (literal k, conforme a la modificatoria operada conforme a la Resolución SBS Nº 11695-2008).

3.3. Relaciones entre los conceptos de operación sospechosa y operación inusual.

Pues bien, los conceptos de operación sospechosa y operación inusual no son términos sinónimos, identifican distintas clases de operación financiera. Algunas operaciones inusuales (no todas) constituyen operaciones sospechosas; de ello se desprende la relación de género a especie que las vincula. La determinación del carácter sospechoso de una operación o transacción no se agota con la determinación de su carácter inusual[1411], aunque si constituye una de sus condiciones.

3.4. La discrecionalidad en la calificación de la operación sospechosa

Pese a la existencia de una serie de criterios o pautas jurídico- administrativas que delimitan el alcance de las operaciones sospechosas que deben ser comunicadas por el *compliance officer* a la UIF, lo cierto es que la decisión final de cuándo estamos frente a una operación sospechosa se encuentra sometida a la decisión discrecional del oficial del cumplimiento[1412].

En ese sentido, el artículo 17º de la Resolución SBS N° 838-2008 alude al *buen criterio* como factor decisional trascendente para la calificación de una operación o transacción como sospechosa:

> *"Las empresas están obligadas a comunicar a la UIFPerú* ***las operaciones detectadas en el curso de sus actividades, reali-***

[1411] En ese sentido: GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 150.

[1412] CARO JOHN, José Antonio. Op. Cit., p. 173.

> ***zadas o que se hayan intentado realizar, que según su buen criterio sean consideradas como sospechosas**, sin importar los montos involucrados, en un plazo no mayor de treinta (30) días calendario de haberlas detectado. Se considera que una operación es detectada como sospechosa cuando, habiéndose identificado previamente una operación como inusual, **luego del análisis y evaluación realizado por el Oficial de Cumplimiento, éste pueda presumir que los fondos utilizados proceden de alguna actividad ilícita, o que, por cualquier motivo, no tengan un fundamento económico o lícito aparente**. En los casos en que la empresa haya constituido un Comité para la Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo, éste tendrá como función asistir al Oficial de Cumplimiento en el análisis y evaluación necesarios para determinar si una operación inusual es sospechosa o no; **sin embargo, el Oficial de Cumplimiento es el único que puede calificar la operación como sospechosa y proceder con su comunicación a la UIF-Perú, conforme a Ley**. El Oficial de Cumplimiento deberá dejar constancia documental del análisis y evaluaciones realizadas por éste o con la colaboración del Comité, de ser el caso, para la calificación de una operación como sospechosa o no".*

Ahora, es importante destacar que nuestra afirmación de que la decisión del OC respecto al carácter sospechoso de una operación es discrecional no supone afirmar que aquella sea meramente subjetiva pues la propia norma antes citada determina que el carácter sospechoso de una operación dependerá del juicio que tenga el OC respecto de (i) su falta de habitualidad; y, (ii.i.) que se pueda presumir que los fondos o bienes proceden de alguna actividad delictiva; o (ii.ii) que no tenga un fundamento económico o lícito aparente. Nótese cómo en este aspecto resulta sumamente trascendente el concepto de *conocimiento del cliente* que desarrollaremos más adelante.

Precisamente por ello el antes referido artículo 17° establece la obligación del OC de "dejar constancia documental del análisis y evaluacio-

nes realizadas por éste o con la colaboración del Comité, de ser el caso, para la calificación de una operación como sospechosa o no".

Por esa razón la calificación de ciertas *operaciones o transacciones* como *sospechosas* debe incorporar ciertas pautas metodológicas que determinen que tal calificación sólo recaiga sobre las operaciones o transacciones sobre las que exista *una sospecha especialmente calificada* "avalada en un minucioso y responsable examen de los antecedentes y otros antecedentes y otros elementos denotativos objetivos implícitos en la operación"[1413].

3.5. El *conocimiento del cliente* y su trascendencia jurídico penal

El *conocimiento del cliente* constituye una herramienta que le permite al Oficial del Cumplimiento reconocer qué operaciones financieras resultan sospechosas al no tener un fundamento económico o lícito aparente[1414]. En ese sentido, será la información proveniente del cliente la que servirá de parámetro para evaluar "la conducta transaccional esperada"[1415] del cliente de conformidad con la actividad económica que desarrolla.

La lógica de *conocimiento del cliente* resulta determinante para la evaluación del carácter sospechoso de una operación por parte del oficial de cumplimiento y por ello, el examen de la operación financiera debe ceñirse a las pautas planteadas por el artículo 8º de la Resolución SBS Nº 838-2008 ("Normas complementarias para la prevención del lavado de activos y del finan-

---

[1413] Citando a GERARD, CERVINI, Raúl. "Lavado de activos e individualización de operaciones sospechosas", en: Cervini, Raúl/ Adriasola, Gabriel/ Gomes, Luis Flavio. *Lavado de activos y secreto profesional,* Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 2002, p. 27.

[1414] GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 51.

[1415] SALCEDO MACHADO, Rocío del Pilar. "La responsabilidad penal…", p. 19.

ciamiento del terrorismo") conforme a la modificatoria operada conforme a la Resolución SBS Nº 11695-2008; y, de modo secundario, por el artículo 10º de la antes mencionada Resolución[1416].

[1416] **Artículo 8.- Del conocimiento del cliente**
"El conocimiento de los clientes requiere de su adecuada identificación, definir sus perfiles de actividad y determinar el propósito y la naturaleza de la relación comercial, para facilitar la detección y/o prevención de operaciones inusuales y sospechosas. Las empresas deben desarrollar políticas y procedimientos destinados a establecer la verdadera identidad de sus clientes, incluyendo la tramitación de formularios a ser completados por los mismos. Dicho conocimiento permitirá a las empresas, entre otros aspectos, identificar aquellos clientes que podrían ser más sensibles a realizar operaciones de lavado de activos y/o de financiamiento del terrorismo, de ser el caso.
Para tal efecto, se debe solicitar a los clientes la presentación de documentos públicos o privados, conforme a la Ley y el Reglamento, con la finalidad de obtener la información indicada más adelante, verificar la información proporcionada incluso antes de iniciar la relación comercial y mantenerla actualizada, y cuando se sospeche la realización de actividades de lavado de activos y/o de financiamiento del terrorismo, de ser el caso.
Asimismo, las empresas deberán requerir a los clientes una declaración jurada sobre el origen de los fondos, en aquellos casos que se considere necesario para los fines antes señalados.
Las empresas deberán determinar de manera fehaciente, como mínimo, en el caso de personas naturales:
a) Nombre completo.
b) Tipo y número del documento de identidad.
c) Lugar y fecha de nacimiento.
d) Nacionalidad y residencia.
e) Domicilio, número de teléfono y correo electrónico, de ser el caso.
f) Ocupación, oficio o profesión.
g) Nombre del centro de labores, cargo que ocupa y tiempo de servicios, de ser el caso.
h) Cargo o función pública desempeñada en los últimos dos (2) años, así como nombre de la institución, de ser el caso.
i) Finalidad de la relación a establecerse con la empresa.
j) En el caso de los PEP, nombre de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y segundo de afinidad y del cónyuge o concubino.
De igual forma, las empresas deberán procurar contar con información respecto de los ingresos promedio mensuales de los clientes y las carac-

terísticas de las operaciones usuales que realizan a través de las empresas, considerando información sobre tipo de operaciones, montos, monedas, cuentas involucradas, lugares de realización, periodicidad y otra información que consideren relevante, lo cual constará en el legajo personal de cada cliente.

Tratándose de personas jurídicas, las empresas, como mínimo, determinarán de manera fehaciente:

a) Denominación o razón social.
b) Registro Único de Contribuyentes
c) Objeto social y actividad económica principal (comercial, industrial, construcción, transporte, etc.)
d) Identificación de los Administradores considerando la información requerida para las personas naturales, en lo que resulte aplicable.
e) Identificación de los socios o asociados que tengan directa o indirectamente más del 5% del capital social, aporte o participación de la persona jurídica, considerando la información requerida para las personas naturales, en lo que resulte aplicable.
f) Personas jurídicas vinculadas al cliente, en caso corresponda.
g) Ubicación y teléfonos de la oficina o local principal, agencias, sucursales u otros locales donde desarrollan las actividades propias al giro de su negocio.
h) Representantes, considerando la información requerida en el caso de personas naturales; así como el otorgamiento de los poderes correspondientes.
i) Finalidad de la relación a establecerse con la empresa.

Adicionalmente, las empresas procurarán obtener información sobre las características de las operaciones usuales realizadas por la empresa, considerando, por lo menos, tipo de operaciones, montos, monedas, cuentas involucradas, lugares de realización, periodicidad y otra información que consideren relevante, lo cual constará en el legajo personal de cada cliente.

Los procedimientos para la identificación de clientes aplicados por una empresa con respecto a un mismo cliente o un conjunto de clientes vinculados, no exime de responsabilidad a las demás empresas que pertenezcan al mismo grupo económico o conglomerado de aplicar dichos procedimientos cuando establezcan relaciones de negocios con los referidos clientes.

Asimismo, las empresas sobre la base de la información obtenida a través de sus políticas y procedimientos para el adecuado conocimiento de sus clientes deberán, bajo su buen criterio, identificar a aquellos clientes que consideran podrían ser sensibles a operaciones de lavado de activos y/o de financiamiento del terrorismo, en adelante denominados "clientes sensibles"

y, como consecuencia de ello, reforzar en estos casos su procedimiento de conocimiento de cliente.

Las empresas también deberán reforzar el procedimiento de conocimiento del cliente, en los siguientes casos:

a) Clientes no residentes y cuentas de personas extranjeras.
b) Fideicomisos.
c) Sociedades no domiciliadas.
d) Personas expuestas políticamente (PEP) o que administren recursos públicos. Las empresas también deberán reforzar sus procedimientos de conocimiento del cliente cuando uno de sus clientes se convierta en un PEP o en un funcionario que administre recursos públicos, según sea el caso, luego de haber iniciado relaciones comerciales con la empresa.
e) Servicios de corresponsalía o agenciamiento con empresas extranjeras.
f) Clientes que reciben transferencias desde países considerados como no cooperantes por el GAFI, con riesgo relacionado al lavado de activos y/o al financiamiento del terrorismo, con escasa supervisión bancaria o países sujetos a sanciones OFAC, entre otros supuestos; y/o.
g) Aquellos otros que según su buen criterio identifiquen las empresas.

Los "clientes sensibles" y los señalados en los incisos a) al g) del párrafo anterior, deberán estar incorporados en un registro especial, lo cual deberá constar asimismo en el legajo de los citados clientes.

Las empresas para reforzar sus procedimientos de conocimiento del cliente deberán como mínimo realizar las siguientes medidas adicionales, en lo que resulte aplicable:

a) Identificar el origen de los fondos.
b) Obtener información sobre los principales proveedores y clientes, de ser el caso.
c) Realizar por lo menos una (1) vez al año una revisión al cliente, cuando se encuentre domiciliado en el Perú.
d) La decisión de aceptación del cliente estará a cargo del nivel gerencial más alto de la empresa.
e) Realizar indagaciones u obtener información adicional del cliente.

Artículo 10.- Conocimiento del mercado

"El conocimiento del mercado es un complemento del conocimiento del cliente, que permite a las empresas estimar los rangos dentro de los cuales se ubicarían las operaciones usuales que realizan sus clientes, según las características del mercado. De tal forma, que las empresas estén en capacidad de detectar operaciones inusuales que salen de los perfiles de actividad de los

Estas normas, por cierto, desarrollan los contenidos del artículo 14° de la Ley N° 27693[1417].

Como se aprecia del contenido de la legislación extrapenal, la política de *conocimiento del cliente* no solo exige obtener información sobre la identidad del cliente, sino que la misma deberá ser verificada, imponiéndose así al OC un *deber de verificación*. Esa exigencia de *diligencia debida* es planteada por el artículo 9° de la Resolución SBS N° 838-2008 que impone el deber de realizar visitas al domicilio u oficina del cliente, realizar entrevistas personales con el cliente o realizar otros procedimientos alternativos con la finalidad de conocer la identidad del cliente[1418].

Para el conocimiento del cliente, el OC deberá recurrir a las listas OFAC a fin de reconocer si el cliente o las personas vinculados a ellos se encuentra comprendidas en las mencionadas listas (Listas negras elaboradas por el Departamento del Tesoro de los EEUU que incluyen a

---

clientes o de los segmentos del mercado al que corresponden, comparando las operaciones realizadas por clientes con perfiles de actividad similares".

[1417] "Las personas obligadas a informar a la UIF deben:

1. Implementar mecanismos de prevención para la detección de transacciones inusuales y sospechosas que permitan alcanzar un conocimiento suficiente y actualizado de sus clientes, de la banca corresponsal y de su personal.
2. Los procedimientos del programa de prevención deben estar plasmados en un manual de prevención de lavado de dinero.
3. Los mecanismos deberán basarse en un conocimiento adecuado del mercado financiero, bursátil y comercial, con la finalidad de determinar las características usuales de las transacciones que se efectúan respecto de determinados productos y servicios, y así poder compararlas con las transacciones que se realizan por su intermedio".

[1418] SALCEDO MACHADO, Rocío del Pilar. "La responsabilidad penal…", p. 20; UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José Carlos. "Prevención de lavado de activos: Tendencias en la regulación peruana según la Resolución SBS N° 6561-2009", en: A.A.V.V. *El Derecho Penal Económico. Cuestiones fundamentales y temas actuales,* Ara Editores, Lima, 2011, p. 235.

las personas, naturales y jurídicas, y países vinculados al terrorismo o al narcotráfico[1419]).

También resultará necesario que el OC establezca si el cliente es una persona expuesta políticamente (PEP) conforme a las pautas establecidas para tal efecto por el literal m del artículo 2° de la Resolución SBS N° 838-2008 y si es, en tal virtud, un *cliente sensible*[1420].

Ahora, el reconocimiento del carácter sospechoso de una operación o transacción exige además conocer adecuadamente el sector de la actividad desarrollada por el cliente[1421], de cara a reconocer el perfil financiero del cliente[1422].

3.5. El *conocimiento del cliente* en el contexto de las microfinanzas

Ese *conocimiento del cliente* resulta mucho más complejo en las instituciones de microfinanzas que en el resto de instituciones que operen en el sistema financiero. Esto porque el cliente no necesariamente tendrá antecedentes en el sistema financiero que permitan reconocer con nitidez los riesgos de exposición al lavado de activos y financiamiento del terrorismo e identificar las operaciones y transacciones sospechosas que deben ser informadas a la UIF- Perú.

A. La formalidad, la informalidad y las economías delictivas

Para comprender el incremento de los riesgos legales que asume el OC en las instituciones de microfinanzas resulta necesario reconocer, al menos de modo primario, el contexto sociológico en que se desenvuelven las instituciones de microfinanzas.

[1419] Véase al respecto: SALCEDO MACHADO, Rocío del Pilar. "La responsabilidad penal…", pp. 20-21.

[1420] UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José Carlos. Op. Cit., p. 233.

[1421] CERVINI, Raúl. "Oficial de cumplimiento, estructura de las matrices de riesgo. Criterios metodológicos de decisión y análisis", p. 185.

[1422] PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. Cit., p. 253.

En esa línea, el interesante trabajo de Francisco DURAND[1423] da cuenta de la existencia de tres tipos de economía: La economía formal, la economía informal y la economía delictiva.

La economía de estructura formal es aquella que "componen empresas y trabajadores que operan dentro de la legalidad", lo que permite que los agentes incorporados a esta estructura pueden ser supervisados[1424]. En suma, en este tipo de economías el *cumplimiento de la ley* resulta fácilmente verificable.

Por su parte, la economía de estructura informal, a decir de DURAND "está constituida por empresas y trabajadores que operan en una zona institucional claroscura. No es que sean ilegales sino que muchas de sus operaciones no son legales. Su nivel de trasgresión es limitado. Además, la mayoría aspira a la formalidad sin barreras" [1425]. Es decir, se trata de un tipo de economía en el que aunque parte de sus integrantes (no todos) se encuentran inmersos dentro de la estructura formal, suelen desarrollar actividades fuera de los marcos normativos, de las regulaciones estatales y de su institucionalidad[1426].

Finalmente, la economía de estructura delictiva es aquella que tiene como fuente predominante la ganancia derivada de actividades delictivas y cuya introducción en el tracto económico lícito constituye blanqueo de capitales.

Ahora, si estas estructuras tuvieran un funcionamiento lineal, no existiría ninguna duda en reconocer que el enfoque del sistema de pre-

---

[1423] DURAND, Francisco. *El Perú fracturado. Formalidad, informalidad y economía delictiva,* Fondo Editorial del Congreso de la República, Lima, 2007, pp. 61 ss.

[1424] DURAND, Francisco. Op. Cit., p. 72.

[1425] DURAND, Francisco. Op. Cit., p. 79.

[1426] Destacando que el concepto de *informalidad* está asociado al cumplimiento de la ley: ARBAIZA FERMINI, Lydia. *Economía informal y capital humano en el Perú,* Esan Ediciones, Lima, 2011, p. 29.

vención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo tendría que estar dirigido exclusivamente a las economías delictivas; sin embargo, la realidad demuestra que estas tres formas de economía se desarrollan de forma conjunta, se conectan e interrelacionan continuamente, sobre todo por el carácter expansivo de las economías delictivas que no solo se camuflan con las economías formales, contaminándolas, sino porque aprovecha los mecanismos de distribución de las economías informales.

Como es fácil de deducir, pese a las complejidades consustanciales a las ingenierías financieras vinculadas al proceso de reciclaje en el contexto de las empresas incorporadas a la economía formal, la prevención, mediante la supervisión y el *compliance,* resulta en estos escenarios menos conflictiva que en las estructuras de economía informal en las cuales las ganancias delictivas pueden ser fácilmente camufladas.

Esta mayor complejidad de la labor de cumplimiento en las estructuras económicas informales tiene que ver con su predominio cuantitativo que, aunque se encuentra subregistrado, puede reconocerse a través de tres ejemplos relevantes en nuestro país.

El primer ejemplo está asociado a la reproducción ilegal de obras protegidas contenidas en discos compactos (software, música, vídeos, etc.). Según DURAND el 90% de los discos compactos importados son utilizados para la piratería[1427], es decir, están destinados a un mercado ilícito, en tanto que un porcentaje muy residual de la importación está dirigido al mercado legal.

Un segundo ejemplo está vinculado a la producción formal de hoja de coca, es decir, aquella orientada a fines tradicionales, que constituye el mercado legal del producto, en contraposición del mercado ilícito en que dicho producto es usado como insumo para la fabricación de drogas tóxicas. Según información de la FONAFE (Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado) de entre 65,000

[1427] DURAND, Francisco. Op. Cit., p. 103.

a 100,000 productores de hoja de coca, sólo 8,453 son productores formales[1428].

La informalidad como una cuestión significativa y trascendente en nuestra economía puede apreciarse con notoriedad en el conocido trabajo *El Misterio del Capital* de Hernando DE SOTO[1429]; en donde se sostiene que de cada 100 viviendas en el Perú solo 36 cuentan con títulos formales o legales. La informalidad es una variable sumamente trascendente en nuestro país y no puede soslayarse en la evaluación de los riesgos penales de LAFT.

B. La prevención del LAFT en las instituciones de microfinanzas

En el contexto antes descrito, el OC que desarrolla funciones en el contexto de instituciones de microfinanzas tiene la labor especialmente compleja de reconocer operaciones y transacciones sospechosas en un ámbito de pequeños y microempresarios que buscan integrarse a la estructura financiera formal y respecto de los cuales se corre el riesgo de que un control excesivo pueda desincentivarles y afectar además la estabilidad del sistema microfinanciero que está en pleno crecimiento[1430].

[1428] DURAND, Francisco. Op. Cit., pp. 96-97.

[1429] DE SOTO, Hernando. *El misterio del capital,* Península, Barcelona, 2001, p. 106.

[1430] Al mes de Mayo 2013, el saldo de colocaciones del Sistema Microfinanciero llegó a S/. 26,830 millones de nuevos soles lo que significó un crecimiento del 10.38% respecto al 2012. Los créditos destinados a la Pequeña y Microempresa crecieron 14.45% respecto a Mayo 2012, además que el crédito promedio microempresa fue de S/. 4,594 (Fuente: Portal ASOMIF). En esa misma línea, ha señalado Arbaiza Fermini que "las microempresas son un terreno fértil para el desarrollo de la informalidad" (ARBAIZA FERMINI, Lydia. Op. Cit., p 49). También, Quispe/ León/ Contreras hablan de un crecimiento de S/ 1,5 mil millones de soles en 2002 a S/ 20,2 mil millones de soles en 2009 (QUISPE, Zenón/ LEÓN, David/ CONTRERAS, Alex. "El exitoso desarrollo de las microfinanzas en el Perú", en: *Moneda*, Nº 151, Banco Central de Reserva del Perú, Lima, 2012, p. 14).

En ese sentido, Hernando DE SOTO ha señalado con claridad que el sector de la extralegalidad y la informalidad "es una zona de penumbra que comparte la larga frontera con el mundo legal, un lugar donde los individuos se refugian cuando el costo de obedecer la ley excede el beneficio de hacerlo"[1431]. En este complejo orden de cosas, las posibilidades respecto al "conocimiento del cliente" por parte de los oficiales de cumplimiento resultan especialmente complicadas.

Ahora, las dificultades de "conocimiento del cliente" que se encuentra inmerso dentro de las estructuras económicas informales se reproducen también en relación al acceso a la información financiera dentro del proceso penal, en donde la herramienta fundamental (el levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil) carece de utilidad cuando el procesado no tiene información que revelar.

4. Lógicas de aplicación racional del delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas.

Ya desde hace algunas décadas atrás resaltaba GIMBERNAT que la dogmática jurídico penal "Hace posible (…) al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho Penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación" [1432]; de esa forma, el futuro de la dogmática jurídico penal estaba asociado a la necesidad de recurrir a mecanismos de racionalidad en la interpretación de las leyes penales, caracterizadas por su polisemia y, en algunos casos, por su ambigüedad.

Veremos a continuación cómo la introducción de ciertos criterios interpretativos permite que ciertas cuestiones planteadas por la doctrina que ha desarrollado este delito, sean solucionadas de modo más coherente con los parámetros propios de un Derecho penal liberal.

[1431] DE SOTO, Hernando. Op. Cit., p. 109.

[1432] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *¿Tiene un futuro la dogmática juridico-penal?*, Ara, Lima, 2009, pp. 40-41.

4.1. El principio de ofensividad y la necesidad de introducir criterios de aplicación restrictiva.

La primera de estas lógicas se corresponde con el carácter fragmentario y residual del Derecho Penal en virtud del cual la imposición de una pena debe encontrarse reservada a los ataques más graves sobre los intereses sociales más importantes. El Derecho Penal es *ultima ratio* (último recurso). Esta idea –Derecho Penal como último recurso- es especialmente trascendente en el contenido del delito de omisión culposa de reportar operaciones y transacciones sospechosas que debe ser aplicado de forma muy restrictiva.

La propuesta de una interpretación conforme al principio de intervención mínima ha sido subrayado por la "Circular referida a la reserva y confidencialidad de la identidad del Oficial de Cumplimiento en el proceso penal y su responsabilidad penal por omisión de comunicación de operaciones sospechosas" aprobada por la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República mediante Resolución Administrativa N° 467-2012-P-PJ, y que tiene como objetivo "evitar el congestionamiento del sistema de justicia penal con el juzgamiento de hecho intrascendentes desde la perspectiva punitiva".

Precisamente el principio de ofensividad permite introducir como criterio restrictivo la potencialidad lesiva de la omisión, de modo tal que solo tengan relevancia penal aquellos casos en los que la omisión de comunicar operaciones sospechosas haya permitido o facilitado la instrumentalización del sistema financiero como medio para el lavado de activos o el financiamiento del terrorismo[1433]. Solo en estos casos podría sostenerse la existencia de un hecho *merecedor y necesitado de pena*.

[1433] De distinta opinión PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. Cit., p. 266; GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 149, quien considera que el delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas es un delito de mera desobediencia y que la exigencia de lesividad sólo es defendible como propuesta de *lege ferenda*.

Una propuesta interpretativa de este tipo resulta mucho más convincente que aquella planteada por GARCÍA CAVERO de considerar que la exigencia de vinculación entre la omisión de comunicación de la operación sospechosa y la realización de actos concretos de lavado de activos o financiamiento del terrorismo (que hubiesen sido detectados de hacer sido informada la operación sospechosa a la UIF) como una *condición objetiva de punibilidad*[1434].

4.2. El riesgo permitido en el ámbito de la actividad del oficial de cumplimiento

La segunda lógica a tomar en consideración guarda relación con el reconocimiento de que el Derecho Penal reconoce ciertos espacios de

---

[1434] GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 153. En evidente que GARCÍA CAVERO asume una posición en torno a las condiciones objetivas de punibilidad en la que aquellas se encuentran vinculadas al tipo penal; sin embargo, pese a la existencia de un sector significativo de la doctrina penal que sigue dicho razonamiento, es de advertir una objeción respecto a su aplicación en el caso concreto del delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas: En el tipo penal de omisión de comunicación de operaciones sospechosas no existe ninguna referencia específica a la vinculación de la omisión con efectivos comportamientos de blanqueo de capitales.
En efecto, las condiciones objetivas de punibilidad son extraíbles directamente del tenor del texto legal (en esa línea, los ejemplos propuestos entre otros por ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General,* tomo I, traducción de Diego Manuel Luzón Peña/ Miguel Díaz y García Conlledo/ Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 970, respecto del delito de embriaguez absoluta del § 323 StGB; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, sétima edición, BdeF, Buenos Aires, 2005, pp. 176-177, respecto del artículo N° 606.2° del CP español) y, en este caso, es precisamente la falta de referencia al texto legal la que impide considerar que el resultado constituya una condición objetiva de punibilidad. Es importante reconocer, sin embargo, que la discrepancia con GARCÍA CAVERO no radica en el *qué* sino en el *cómo* de la solución pues son finalmente consideraciones comunes –la de ausencia de merecimiento y necesidad de pena- las que fundamentan ambas respuestas (sobre el fundamento de las condiciones objetivas de punibilidad: MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Estudio jurídico dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pp. 29 ss.).

riesgo permitido, esto es, espacios de actuación que, pese a que pueden ser generadores de efectos nocivos, son tolerados.

Este planteamiento, aplicado al delito de omisión de reporte de operaciones y transacciones sospechosas, supone reconocer que no toda omisión formal de comunicación de operaciones o transacciones integradas al proceso de lavado de activos, es relevante penalmente, sino tan solo aquellas que han superado los marcos de actuación estándar impuesta sobre el OC. Dentro de estos espacios de *riesgo permitido* se incluyen los supuestos de actuación guiada por el principio de confianza[1435], esto es, supuestos en los que la realización de la conducta responde a la confianza que se tiene hacia la persona con la cual se interactúa.

Esta regla, en el ámbito del delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas, es aplicable para aquellos casos en que la evaluación realizada por el OC sobre el carácter inusual de la operación o transacción responde a defectos en la información que le es proporcionada y que le impiden conocer adecuadamente al cliente. Esta situación se aprecia con claridad examinando la situación de las denominadas instituciones de microfinanzas.

En efecto, dado que gran cantidad de información requerida para el *conocimiento del cliente* proviene del propio cliente (declaraciones juradas sobre el origen de los fondos, documentos públicos o privados requeridos al cliente, etc.), surge la posibilidad de que este proporcione información o documentación sustentatoria fraudulenta que lleve al OC a tener una percepción errónea respecto de la normalidad de la relación entre la operación financiera y la actividad económica del cliente.

[1435] Sobre sus contenidos, véase, esencialmente: ROXIN, Claus. *La imputación objetiva en Derecho Penal,* traducción de Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1997, pp. 171 ss.; STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal. Parte General I,* traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 522; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva,* Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, pp. 103 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Resultado lesivo e imprudencia,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 343 ss.

El control y la reducción a mínimos del riesgo de que el OC incurra en evaluaciones erróneas respecto del carácter sospechoso de una operación y/o transacción financiera -como consecuencia de la utilización de información y/o documentación fraudulenta- sólo podría alcanzarse si se impusiera al OC un deber cualificado de verificación de la información y contrastación de la información alcanzada por el cliente que podría tener efectos negativos no solo en la funcionalidad de la actividad desarrollada por el OC, sino en la propia estabilidad de la institución de microfinanzas debido al riesgo de generar desincentivos para que el sector de la economía informal ingrese a la formalidad.

IV. CONCLUSIÓN

Este capítulo, además de proponer ciertas pautas de interpretación del artículo 5° del DL 1106, permite reconocer lo que BACIGALUPO ha denominado una "nueva orientación de la práctica del Derecho Penal"[1436] aplicado a la actividad empresarial y de los negocios y que se encuentra caracterizada por la introducción, en las valoraciones de índole jurídico penal, de elementos –procedentes del derecho administrativo e incluso de la sociología y la economía- que aunque poco convencionales desde la perspectiva dogmática, son imprescindibles para una respuesta penal más racional.

En efecto, la delimitación de los contornos de responsabilidad penal del OC por la omisión de comunicación de operaciones financieras sospechosas debe realizarse tomando en consideración no solo la extensa normatividad administrativa que sirve para llenar de contenido al concepto de *operación sospechosa,* así como las nociones asociadas al mismo (operación inusual), sino también ciertas variables de corte sociológico y económico que resultan determinantes para establecer el *conocimiento del cliente*.

[1436] BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal,* Aranzadi, Navarra, 2011, p. 31.

CAPITULO XXII
RÉGIMEN LEGAL DEL LAVADO DE ACTIVOS (V): LA PÉRDIDA DE DOMINIO

I. MARCO NORMATIVO DE LA LEY DE PERDIDA DE DOMINIO

En aras del fortalecimiento de la lucha contra la criminalidad organizada, se publicó el Decreto Legislativo Nº 922 con fecha 21 de julio del 2007[1437], mediante el cual se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico, como una figura novedosa la institución de **LA PERDIDA DE DOMINIO**; conteniendo también el dispositivo en mención normas procesales dirigidas a regular el procedimiento –también novedoso- que se deberá seguir para la aplicación de dicha institución en nuestra realidad.

Posteriormente, con fecha 21 de octubre del 2007, se publicó el Decreto Supremo Nº 010-2007-JUS ("Reglamento del Decreto Legislativo Nº 992, que regula el Proceso de Pérdida de Dominio").

Dichas normas a la fecha han sufrido una serie de modificaciones. Es así que con fecha 18 de noviembre del 2007, se publicó el Decreto Supremo Nº 012-2007-JUS ("Modifican el Reglamento Decreto Legislativo Nº 922, que regula el procedimiento de pérdida de dominio, apro-

---

[1437] Fue dado en mención de la delegación de potestades legislativas que hiciera a favor del Poder Ejecutivo el Congreso de la República mediante Ley Nº 29009 ("Ley que otorga al Poder Ejecutivo facultades para poder legislar en materia de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, crimen organizados, trata de personas y pandillaje pernicioso"), que fuera publicada con fecha 28 de abril del 2007.

bado por Decreto Supremo Nº 010-2007-JUS"). Asimismo, se modificó a través de la Ley Nº 29212 de fecha 18 de abril del 2008, mediante la cual se realizan diversas modificaciones al Decreto Legislativo Nº 992, norma que regulaba el proceso de Pérdida de Dominio.

El 18 de abril de 2012 se promulgó el Decreto Legislativo Nº 1104[1438], en el contexto del paquete normativo destinado a enfrentar la criminalidad derivada de la minería ilegal, e introdujo un nuevo régimen legal de la pérdida de dominio.

II. DECRETO LEGISLATIVO 1104: DEFINICIÓN, CRITERIOS DE APLICACIÓN Y SUPUESTOS DE PROCEDENCIA DE LA PÉRDIDA DE DOMINIO.

1. Distinción entre el comiso y la pérdida de dominio

La pérdida de dominio según la nueva Ley de Pérdida de Dominio (D. Leg. Nº 1104, inc. 1, art. 2; en adelante LPD) es una consecuencia jurídica patrimonial a través de la cual se declara la titularidad de los objetos y ganancias del delito a favor del Estado por sentencia de la autoridad jurisdiccional, mediante un debido proceso. Se trata de una figura legal que, aunque distinta al "decomiso" (o "comiso") del artículo 102 del CP, guarda un mismo propósito general.

El artículo 102 del CP regula la figura del "comiso", por un lado, de los objetos de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiera ejecutado el delito, y, por otro lado, de los efectos provenientes de la realización del hecho punible. En el primer caso (comiso de objetos o instrumentos del delito) el factor determinante de la aplicación de la medida es la verificación de la peligrosidad objetiva del bien, entendida como prognosis de la posibilidad futura de la utilización del objeto o los instrumen-

[1438] Fue dado en mención de la delegación de potestades legislativas que hiciera a favor del Poder Ejecutivo el Congreso de la República mediante Ley Nº 29815 ("Ley que otorga al Poder Ejecutivo facultades para poder legislar en materia de minería ilegal"), que fuera publicada con fecha 21 de diciembre del 2011.

tos con fines delictivos[1439]. En el segundo caso (comiso de efectos del delito) el propósito de la medida es evitar el enriquecimiento indebido[1440].

Pese a que ambas figuras –comiso y pérdida de dominio-tienen un mismo objeto de referencia (objetos, instrumentos o efectos del delito) y persiguen un propósito común (evitar la legalización del patrimonio obtenido ilícitamente como medio para enfrentarse a la actividad delictiva)[1441] tienen dos criterios de distinción: (i) el carácter específico de la pérdida de dominio; y, (ii) el condicionamiento a la determinación de la responsabilidad penal.

En efecto, el comiso de objetos, instrumentos u efectos del artículo 102° del CP tiene alcance general, esto es, es aplicable a cualquier clase de delitos, sin resultar relevante el sujeto –persona natural o jurídica- perjudicado por el comportamiento delictivo; mientras que la pérdida de dominio está referido a delitos que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado[1442].

[1439] Precisamente por esa vinculación a la idea de *peligrosidad* es que el comiso es tratado en la legislación italiana como una medida de seguridad; al respecto: FIANDACA, Giovanni & MUSCO, Enzo. *Derecho penal. Parte General,* traducción de Luis Fernando Niño, Temis, Bogotá, 2006, pp. 858 ss.

[1440] BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. "Lección 11.II", en: Lascuraín Sánchez, Juan (Coord.). *Introducción al Derecho Penal,* Civitas, Pamplona, 2011, p. 340; GRACIA MARTÍN, Luis. *Estudios de Derecho Penal,* Idemsa, Lima, 2004, p. 305; CASTILLO ALVA, José Luis. *Las consecuencias jurídico-económicas del delito,* Idemsa, Lima, 2001, p. 187 ss.

[1441] CÁCERES JULCA, Roberto. *El proceso de pérdida de dominio y las medidas cautelares en la investigación preliminar,* Idemsa, Lima, 2008, p. 35; AVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos. "Notas sobre la pérdida de dominio en el Derecho peruano", disponible en: http://www.mpfn.gob.pe/ncpp/files/26c144_articulo%20dr.%20avalos%202.pdf, pp. 4-5; MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena. "Tema 23", en: Zugaldia Espinar, José Migel (Director). *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 569.

[1442] Aunque el Dec. Leg. Nº 1104 hace referencia a una serie de delitos en concreto (tráfico ilícito de drogas, terrorismo., secuestro extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión,

Otro factor distintivo entre el comiso de objetos, instrumentos o ganancias del delito y la pérdida de dominio radica en el condicionamiento a la existencia de una declaración judicial de culpabilidad, condición no exigida para la aplicación de la pérdida de dominio. Mientras el comiso, en tanto consecuencia jurídica del delito, requiere una declaración judicial que determine la comisión de un delito por parte del imputado y, por lo tanto, en donde se vinculen los objetos, instrumentos o efectos al concreto hecho punible[1443], en la pérdida de dominio es posible incoarla aún cuando se haya extinguido la acción penal por el delito del cual derivan los objetos, instrumentos, efectos o ganancias, inclusive en contra de los sucesores que estén en poder de éstos, salvo que se trate de un tercero de buena fe que haya adquirido a título oneroso, o que hayan transcurrido 20 años.

La divergencia entre ambas instituciones se desprende expresamente del contenido del inciso final del artículo 4º de la LDP que señala que en los casos en los que no resulte aplicable la pérdida de dominio, a saber, supuestos en los que no es viable en el proceso penal primigenio discutir la licitud de los bienes o efectos, "se aplicarán las competencias, mecanismos y procedimientos contemplados en las normas sobre incautación y decomiso de bienes".

En suma, se aprecia que la pérdida de dominio constituye una solución de cierre frente a la imposibilidad de declarar el comiso de los bienes, ganancias y efectos del delito dentro del proceso penal en donde se discute la responsabilidad penal de las personas vinculadas al patrimonio criminal[1444].

---

peculado, cohecho, trafico de influencias, enriquecimientos ilícito, delitos ambientales, minería ilegal) la referencia legal a "otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado" dan cobertura en realidad a la generalidad de delitos de enriquecimiento. En esta misma línea: AVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos. Op. Cit., p. 7.

[1443] GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles. *Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos,* Colex, Madrid, 2000, p. 314.

[1444] GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás & DELGADO TOVAR, Walther. *La acción de pérdida de dominio y otras pretensiones en el proceso penal,* Jurista Editores, Lima, 2009, p. 86.

2. Procedencia de la pérdida de dominio

Del texto de la LPD se establece con claridad que son dos las condiciones que determinan la procedencia de la pérdida de dominio (i) La presunción de ilicitud delictiva de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias; y, (ii) la concurrencia de los supuestos identificados en los literales a), b), c) y d) del artículo 4º de la LPD.

Es muy importante notar en este punto que el legislador ha recurrido a la conjuntiva "y" para estructurar el ámbito de procedencia de la pérdida de dominio por lo que la concurrencia copulativa de las exigencias antes indicadas constituye condición *sine qua non* para proceder a la pérdida de dominio.

2.1. La presunción de ilicitud.

El proceso de pérdida de dominio puede ser invocado cuando se presuma "que los objetos, instrumentos, efectos o ganancias provienen de la comisión de los hechos delictivos referidos en el artículo 2º del Decreto Legislativo".

No abundaremos en el concepto de *objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito*, desarrollado ya suficientemente por el Acuerdo Plenario Nº 5-2010-CJ-116[1445], al que recurrimos. El aspecto resaltante,

---

[1445] Acuerdo Plenario N° 5-2010-CJ-116 de la Corte Suprema de la Republica de fecha 16 de noviembre de 2010, señala que: (i) Los *efectos del delito* son los objetos producidos mediante acción delictiva, como el documento o la moneda falsa, así como las ventajas patrimoniales de derivadas del hecho punible, como el precio del cohecho, el del delincuente a sueldo, o la contraprestación recibida por el transporte de droga, etcétera; (ii) Los *instrumentos del delito*, son los objetos que puestos en relación de medio a fin con la infracción han servido, para su ejecución, tales como el vehículo utilizado para el transporte de la mercancía, los útiles para el robo, el arma empleada, maquinarias del falsificador, etcétera; (iii) Los objetos del delito, son las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas o robadas, armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de las mismas, la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas, los bienes de contrabando, etc.

en nuestra opinión, es la determinación de cuando se produce aquella *presunción de ilicitud.*

Toda presunción en el ámbito jurídico supone un juicio lógico en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho, recurriendo a las reglas de la experiencia. Esto supone que la invocación del proceso de pérdida de dominio exigirá que el Fiscal, encargado de recurrir al Juez competente (artículo 13.2 de la LPD), realice un examen de probabilidad respecto al origen delictuoso de los efectos, instrumentos u objetos.

Es de resaltar que el examen de la licitud debe tener por objeto determinar, en grado de probabilidad, el origen delictivo específico de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito. Es importante reconocer aquí que no se trata sólo de acreditar el origen delictivo de los bienes, sino que se requiere además relacionar los mismos con las específicas modalidades delictivas a las que alude la Ley de Pérdida de Dominio. Como correctamente precisa AVALOS RODRÍGUEZ: "no bastará que se acredite su origen ilícito, sino que se tiene que acreditar que su origen se encuentra en un ilícito penal de criminalidad organizada, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión o de trata de personas"[1446].

Esto supone que la simple posibilidad, basada en la sospecha, de que los bienes o efectos tengan procedencia delictiva no es suficiente para presumir la ilicitud de los mismos, sino que es necesario un juicio lógico que, a partir de los indicios, permita inferir razonablemente el origen ilícito específico de los bienes. En este sentido entendemos perfectamente aplicables las pautas establecidas en el Acuerdo Plenario N° 1-2006/CJ-116 (en adelante AP 1-2006) y en el artículo 158.3º del CPP de 2004 que establecen una serie de condiciones, como la probanza del indicio, su carácter plural, su convergencia, su concordancia y la ausencia de contraindicios, que podrían ser aplicables al presente caso.

[1446] AVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos. Op. Cit., p. 10.

2.2. La concurrencia de los elementos previstos en los literales a), b), c) y d) del artículo 4º de la LPD.

Además de la presunción de ilicitud de los bienes o efectos, la LPD exige que concurran alguno o algunos de los supuestos identificados en los literales a), b), c) y d) del artículo 4º de la misma.

Examinaremos a continuación el alcance de cada uno de esos supuestos.

(a) ***Cuando por cualquier causa no es posible iniciar o continuar el proceso penal.***

Este primer supuesto contempla aquellos casos en los que el proceso penal no se ha viabilizado (bien porque se declaró el Fiscal declaró no ha lugar a formalizar denuncia penal o porque este dispuso el archivamiento de los actuados, o porque el Juez declaró no ha lugar a la apertura de instrucción) o ha concluido.

El alcance de este supuesto está referido a aquellos casos en los que el proceso penal se frustra por ausencia de las condiciones que habilitan el ejercicio (o la continuación del ejercicio) de la acción penal por parte del Ministerio Público o del Juez Penal. En esa línea se ubican los supuestos de prescripción de la acción penal y los supuestos de ausencia de elementos de juicio razonables que vinculen al imputado con el hecho delictivo.

(b) ***Cuando el proceso penal ha concluido por cualquier causa, sin haberse desvirtuado el origen delictivo de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o su utilización en la comisión del delito.***

Este supuesto tiene espacios de aplicación procesal distintos al indicado en el literal (a) del artículo 4º de la LPD, aunque guarda conexiones y similitudes trascendentes.

El supuesto anterior es aplicable para aquellos casos en donde no existe una resolución judicial que se pronuncie sobre el fondo de la controversia judicial, mientras que el presente supuesto es aplicable a los

casos en los que el proceso culmina totalmente su trámite y es resuelto mediante una sentencia judicial absolutoria.

Corresponden reconocer tres variables: (i) Que la sentencia absolutoria determine la inexistencia del hecho delictuoso; (ii) que la sentencia absolutoria si bien determine la existencia del hecho delictuoso establezca que el imputado no ha participado en el hecho delictivo; o, (iii) que la sentencia absolutoria se sustente en el principio in dubio pro reo, esto es, que se sustente en la existencia de una duda razonable sobre la realización del hecho punible y/o sobre la responsabilidad del imputado.

En nuestra opinión, la aplicación de la pérdida de dominio solo es procedente en relación al segundo y tercer supuesto en la medida que la primera de las variables supone la declaración judicial desvirtúa el carácter delictivo del hecho y, por lo tanto, destruye la premisa que sirve de base a la inferencia de origen delictuoso del bien. Una interpretación distinta resultaría vulneratoria de la garantía constitucional de la cosa juzgada.

(c) ***Cuando los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubriesen con posterioridad a la etapa intermedia del proceso o luego de concluida la etapa de instrucción.***

Este supuesto revela la complementariedad de la pérdida de dominio respecto al comiso de bienes o ganancias del delito. Dado que las posibilidades de acreditar la relación entre los bienes y el ilícito penal se ven limitadas cuando ha concluido la fase de instrucción (en donde rige el CdPP) o de investigación preparatoria (en donde rige el CPP), es que se reconoce que es el futuro proceso de pérdida de dominio donde dicha relación debe ser discutida y acreditada.

En efecto, culminada la instrucción o la investigación preparatoria no sería posible incorporar dentro del *tema probatorio* la conexión entre los bienes o efectos encontrados con el hecho delictivo –hacerlo implicaría vulnerar el derecho de defensa de los involucrados que tendrían un tiempo muy breve para articular su defensa- es que se prevé el proceso posterior de pérdida de dominio como una especie de cobertura.

(d) ***Cuando habiendo concluido el proceso penal, los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubren con posterioridad.***

Este supuesto final alude a los supuestos de revelación posterior a la culminación del proceso penal de los objetos, instrumentos, efectos o ganancia de posible origen delictivo. En estos casos, dado que el proceso penal primario ya ha culminado, resulta imprescindible generar un nuevo espacio de discusión respecto al origen delictivo del patrimonio en cuestión.

3. El significado del inciso final del artículo 4º de la LPD.

El artículo 4º de la LPD señala en su inciso final lo siguiente: "En los demás casos no previstos en los incisos anteriores, se aplicarán las competencias, mecanismos y procedimientos contemplados en las normas sobre incautación y decomiso de bienes". El sentido de este dispositivo no es otro que el distinguir las vías procedimentales aplicables en caso de bienes o efectos del delito.

En esa línea, queda en evidencia que cuando se cuenta con un proceso penal en curso en donde resulte posible la declaración de ilicitud del origen de los bienes y, como consecuencia de ello, el desapoderamiento de los bienes de origen delictivo, este deberá ser obtenido a través de la figura del comiso del artículo 102º del Código Penal. Cuando ello no resulta posible, se deberá recurrir al proceso autónomo de pérdida de dominio[1447].

Esta lectura no sólo es concordante con el sentido literal del inciso final del artículo 4º de la LPD sino que resulta consistente con los literales a), b), c) y d) del mencionado dispositivo.

[1447] GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás & DELGADO TOVAR, Walther. Op. Cit., p. 86.

IV. EPÍLOGO.

Mediante las reflexiones contenidas precedentemente se ha trata de proponer una interpretación de las normas sobre pérdida de dominio que compatibilice la pretensión político criminal, indiscutiblemente válida, de evitar la formalización del patrimonio criminal y el enriquecimiento indebido[1448], con los principios informadores de una justicia penal de un Estado de Derecho.

[1448] AVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos. Op. Cit., pp. 04-05.

Este libro se terminó de imprimir en Lima,
en los talleres gráficos de Jurista Editores,
en el mes de mayo de 2016.