Percy García Cavero
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Piura

Derecho Penal Económico

PARTE ESPECIAL

TOMO II

GRIJLEY

Primera edición, octubre 2007

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.

© 2007, *Derecho Penal Económico - Parte Especial*
© 2007, Percy García Cavero
© 2007, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

Composición e Impresión *Láser Graf Alvarado*

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2007-08301
ISBN 978-9972-04-144-0

Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

GRIJLEY LIMA
Jr. Lampa 1221 - Lima 1
TF: 427 3147
info@grijley.com
grijley@terra.com.pe

Av. Tingo María 1330 - Lima 1
TF: 337 6449 / 337 6525

Jr. Azángaro 1077 - Lima 1
TF: 321 0258
libreria_grijley@speedy.com.pe

GRIJLEY TRUJILLO
Jr. Pizarro 540
TF: 471 640 C: (044) 920 6694
trujillo@grijley.com
grijley_trujillo@speedy.com.pe

GRIJLEY CHICLAYO
San José 1067
TF: 204 146
chiclayo@grijley.com

GRIJLEY AREQUIPA
Santa Martha 304 - Of. 103
TF: 288 379 C: (054) 929 6700
arequipa@grijley.com
grijley_arequipa@speedy.com.pe

A las personas a las que debo mi formación académica:
A mi maestro, el Prof. Jesús María Silva Sánchez
Al Prof. Urs Kindhäuser
Al Prof. Günther Jakobs

Índice general

Abreviaturas xxvii

Prólogo xxxi

Primera Parte
EL LIBRE MERCADO

Bibliografía 3

Título I
DELITOS CONTRA LA COMPETENCIA

Bibliografía del presente título 11

Capítulo I
LOS DELITOS CONTRA LA LIBRE COMPETENCIA

I. Intuducción 21

II. La protección de la libre competencia 22

1. Modelos de protección jurídica de la libre competencia 22

A. Protección limitada al Derecho administrativo sancionador .. 22

B. Protección limitada al Derecho penal 24

C. Protección conjunta 24
a. Identidad de ilícitos 25
aa) Criterio de delimitación cuantitativo 25
bb) Criterio de delimitación cualitativo 25
b. Identidad parcial de los ilícitos 26
c. Diferencia absoluta entre los ilícitos 26
2. La protección de la libre competencia en el Perú 27
III. La protección administrativa de la libre competencia 29
1. Antecedentes 29
2. El Decreto Legislativo 701 31
A. Fin de protección 31
B. Conductas prohibidas 35
a. El abuso de posición de dominio en el mercado 41
b. Prácticas colusorias 45
C. Sanciones administrativas 48
IV. La protección penal de la libre competencia 49
1. El bien jurídico penalmente protegido 49
2. Delimitación del delito respecto de la infracción administrativa 52
A. Los criterios de delimitación establecidos por la versión original del artículo 19 del Decreto Legislativo 701 53
B. Propuesta de interpretación 54
3. Figuras típicas 56
A. Delito de abuso de poder económico (artículo 232) 58
a. Sujeto activo 60
b. Conducta típica 62
aa) Abuso de posición de dominio 62
aaa) La negativa injustificada a contratar 63
bbb) La discriminación en las condiciones 65
ccc) Imposición de cláusulas de atadura 67

bb) Prácticas colusorias 68
aaa) Concertación de precios u otras condiciones de comercialización 70
bbb) Reparto del mercado y de las fuentes de aprovisionamiento 72
ccc) Reparto de las cuotas de producción 74
ddd) Concertación de la calidad de los productos 75
eee) Discriminación concertada en las condiciones 76
fff) Imposición concertada de cláusulas de atadura ... 76
ggg) Negativa acordada e injustificada a contratar 77
hhh) La limitación o control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones .. 78
iii) Licitaciones colusorias 79
c. Tipo subjetivo 80
d. Resultado típico 82
e. Consumación y tentativa 84
f. Autoría y participación 85
g. Penalidad 86
B. Los cárteles de licitación (artículo 241) 87
a. Sujeto activo 90
b. Acción típica 91
aa) Corrupción en licitaciones (artículo 241 *inciso* 1*)* 92
bb) Coacciones en licitaciones (artículo 241 *inciso* 2*)* 93
cc) Licitaciones colusorias (artículo 241 *inciso* 3*)* 93
c. Tipo subjetivo 95
d. Consumación y tentativa 96
e. Penalidad 97
f. Concursos 98
4. Non bis in idem 100
A. Vertiente material 101
B. Vertiente procesal 102

Capítulo II
EL DELITO DE COMPETENCIA DESLEAL

I. Introducción 107

II. La protección administrativa de la competencia leal 108

1. Antecedentes 108

2. Ley de Represión de la Competencia Desleal (Decreto Ley 26122) 111

A. Naturaleza jurídica 112

B. Fin de protección 114

C. Conductas prohibidas 116

D. Procedimiento, medidas y sanciones administrativas 119

E. Delimitación con la persecución penal 121

a. Criterio de delimitación 122

b. Non bis in idem 123

III. Los delitos de competencia desleal 124

1. Bien jurídico penalmente protegido 124

2. Tipo penal (artículo 240 del Código penal) 125

A. Sujeto activo 126

B. Acción típica 128

a. Actos de explotación de la reputación ajena 128

b. Actos de denigración 131

C. Tipo subjetivo 134

D. Consumación y tentativa 136

E. Presupuestos de la persecución penal 137

F. Penalidad 138

3. Concursos 138

Capítulo III
DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

I. Introducción 143

II. La protección administrativa de la propiedad industrial 145
1. Antecedentes 145
2. Ley de Propiedad Industrial: Decreto Legislativo 823 148
A. Objeto de regulación 148
a. Las invenciones 149
b. Los signos distintivos 156
B. Actuación administrativa 161
a. Actividad registral 162
b. Actividad sancionatoria 162
III. La protección penal de la propiedad industrial 164
1. Cuestiones generales 165
A. El bien jurídico penalmente protegido 165
B. La accesoriedad administrativa 172
C. La finalidad mercantil 175
2. Análisis de los tipos penales 176
A. Fabricación, importación, almacenamiento, utilización o comercialización ilegal de productos sujetos a derechos de propiedad industrial (artículo 222) 176
a. Sujetos 177
b. Conducta típica 180
aa) Verbo rector 180
bb) Objeto de delito 186
aaa) Invenciones 187
bbb) Signos distintivos 191
c. Tipo subjetivo 198
d. Supuestos específicos de atipicidad y justificación 203
aa) La vigencia de la patente y la marca 203
bb) Nulidad del registro 204
cc) El consentimiento del titular 206
dd) El licenciamiento para la explotación de la propiedad industrial 209

e. Autoría y participación: el castigo de la participación .. 210
f. Penalidad y otras consecuencias jurídicas del delito 210
B. Fabricación, uso, distribución y comercialización ilegal de elementos que contienen marca registrada (artículo 223) .. 214
a. Sujetos 214
b. Acción típica 215
c. Tipo subjetivo 217
d. Penalidad 218
C. Agravantes 218
a. Miembro de una organización ilícita 219
b. Funcionario o servidor público 219
3. Concursos 220
4. Delimitación de la infracción administrativa y el delito 225
5. Cuestiones procesales 227

TÍTULO II
DELITOS CONTRA LOS MEDIOS DE PAGO

Bibliografía del presente título 229

Capítulo I
EL DELITO DE LIBRAMIENTO Y COBRO INDEBIDOS

I. Introducción 233
II. La regulación legal del cheque 234
1. Formalidades 235
2. La emisión, endoso y pago del cheque 235
A. Emisión 235
B. Endoso 237
C. Pago 237
3. Cheques especiales 240

A. El cheque cruzado 241
B. El cheque para abono en cuenta 241
C. El cheque intransferible 242
D. El cheque certificado 242
E. El cheque de gerencia 243
F. El cheque giro 243
G. El cheque garantizado 244
H. El cheque de viajero 244
I. El cheque de pago diferido 245
4. Acciones cambiarias derivadas del cheque 245
III. El delito de libramiento y cobro indebidos 246
1. El bien jurídico penalmente protegido 246
2. Figuras delictivas 251
A. Conducta típica general 251
B. Conductas típicas específicas 253
a. Giro de cheques sin fondos (artículo 215 inciso 1 CP) .. 254
b. Frustración del pago (artículo 215 inciso 2 CP) 258
c. Imposibilidad de pago (artículo 215 inciso 3 CP) 260
d. Revocación encubierta del pago (artículo 215 inciso 4 CP) . 262
e. Cobro indebido (artículo 215 inciso 5 CP) 264
f. Endoso indebido de cheque (artículo 215 inciso 6 CP) ... 265
C. Resultado típico 266
3. Situaciones de justificación 267
4. Concursos 268
5. Punibilidad 269
6. Penalidad y consecuencias accesorias 272

TÍTULO III
DELITOS CONTRA EL SISTEMA CREDITICIO

Bibliografía del presente título 275

Capítulo Único
LOS ATENTADOS CONTRA EL SISTEMA CREDITICIO (DELITOS CONCURSALES)

I. Introducción 283

II. La evolución de la legislación concursal y su incidencia en la regulación penal 284

III. Los delitos contra el sistema crediticio 288

1. El bien jurídico penalmente protegido 289

A. La incriminación penal 290

a. La secundariedad del Derecho penal 291

b. Las características de la regulación penal 294

B. La interpretación de los tipos penales a partir del bien jurídico penalmente protegido 298

2. La accesoriedad administrativa de la regulación penal 301

3. Las figuras típicas 303

A. El delito de fraude concursal doloso (artículo 209 del CP) 303

a. Sujeto activo 303

b. Acción típica 308

b.1) La ocultación de bienes (artículo 209 *inciso* 1 *CP)*..... 308

b.2) La simulación, adquisición o realización de deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas (artículo 209 *inciso* 2 *CP)*..... 311

b.3) Los actos de disposición o generador de obligaciones a favor de un acreedor (artículo 209 *inciso* 3 *CP)*..... 314

c. El resultado típico 317

d. El elemento subjetivo 320

e. Autoría y participación 321

f. Concursos 323

g. Penalidad 324

h. Agravante 325

B. El fraude concursal culposo (artículo 210 del CP) 326

C. El uso fraudulento de información falsa en un procedimiento concursal (artículo 211 del CP) 327
a. Sujeto activo 329
b. Acción típica 330
c. Elemento subjetivo 331
d. Consumación y tentativa 332
e. Penalidad 332
f. Concursos 333
4. Las situaciones de justificación en los delitos concursales 334
5. El Derecho penal premial en los delitos concursales 335
6. El principio del non bis in idem en los delitos concursales 337
IV. Cuestiones procesales 343

TÍTULO IV
FRAUDE EN LA ADMINISTRACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS

Bibliografía del presente título 347

Capítulo I
LA ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA

I. Introducción 357
II. El delito de administración fraudulenta de persona jurídica (artículo 198 CP) 359
1. Antecedentes 359
2. Criterios generales de interpretación 360
A. La incriminación penal 360
B. El bien jurídico penalmente protegido 362
3. Análisis del tipo penal 364
A. Elementos comunes 364

a. Delito especial propio 364
b. El perjuicio a la persona jurídica o a terceros 370
B. Las modalidades de administración fraudulenta 372
a. La omisión de comunicar intereses incompatibles (art. 198 inc. 6) 375
b. Falsas informaciones sociales (art. 198 inc. 2) 378
c. El fraude contable (art. 198 inc. 1) 384
d. El reparto de utilidades inexistentes (art. 198 inc. 5) ... 390
e. El agiotaje societario (art. 198 inc. 3) 392
f. La autocartera encubierta (art. 198 inc. 4) 395
g. Asunción indebida de préstamos para la persona jurídica (art. 198 inc. 7) 398
h. Uso en provecho propio, o de otro, del patrimonio de la persona jurídica (art. 198 inc. 8) 400
i. Infracción del deber de información de los auditores (art. 198 inc. 9) 403
C. Tipo subjetivo 406
D. Autoría y participación 408
E. Concurso 412
F. Penalidad 414
III. El delito de administración fraudulenta de patrimonio de propósito especial (artículo 213A del Código penal) 415
1. La regulación de los patrimonios de propósito exclusivo 416
2. El tipo penal 418
A. Sujetos activo y pasivo del delito 419
B. Conducta típica 421
C. Tipo subjetivo 423
D. Autoría y participación 423
E. Penalidad 424
F. Aspectos procesales 424

Capítulo II
EL DELITO DE CONTABILIDAD PARALELA

I. El bien jurídico penalmente protegido 426
II. El tipo penal 428
1. Sujeto activo del delito 429
2. Acción típica 431
3. La ley penal en blanco 433
4. Elemento subjetivo 435
5. Autoría y participación 436
6. Penalidad 437
7. Concursos 438

TÍTULO V
DELITOS CONTRA LAS CONDICIONES DEL TRÁFICO DE BIENES

Bibliografía del presente título 441

Capítulo Único
EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

I. Introducción 447
II. Aspectos criminológicos 448
1. La vinculación criminológica del lavado de activos con la criminalidad organizada 448
2. Las características criminológicas del lavado de activos 452
A. La transnacionalidad del lavado de activos 452
B. La profesionalización del proceso de lavado de activos 454
C. La lesividad económica del lavado de activos 455

D. Los modelos de las fases del lavado de activos 456
a) La colocación 457
b) El ensombrecimiento 458
c) La integración 459
III. Decisiones político-criminales: La lucha contra la criminalidad organizada 460
1. La lucha en el plano internacional 461
A. Medidas legislativas para tipificar determinados delitos 461
B. Medidas de investigación y enjuiciamiento para una eficaz persecución de la criminalidad organizada 462
C. Medidas de cooperación internacional en la persecución de estos delitos 462
2. La lucha en el plano nacional 463
A. Las reglas de la parte general 463
B. Los tipos penales de la parte especial 467
IV. La regulación del lavado de activos 469
1. El sistema administrativo de prevención y detección del lavado de activos 469
A. Los sujetos obligados a informar 470
B. Los órganos supervisores 475
C. Las sanciones administrativas 478
2. La ley penal contra el lavado de activos 479
V. Los delitos de lavado de activos 481
1. El bien jurídico protegido 481
A. Planteamientos uniofensivos 483
a. El bien jurídico protegido por el delito previo 483
b. La administración de justicia 484
c. El orden económico 486
B. Planteamientos pluriofensivos 487
C. Toma de postura 488
2. Las conductas típicas 492

A. El tipo básico del delito de lavado de activos 492
a. Sujetos 492
b. La conducta típica 495
aa) Los actos de conversión y transferencia 496
bb) Los actos de ocultamiento y tenencia 498
c. Los objetos del delito 500
d. El tipo subjetivo 506
e. Consumación 511
f. Autoría y participación 512
g. Concurso de delitos 513
h. Penalidad 516
B. Las figuras agravadas 516
C. El delito de omisión de comunicar transacciones sospechosas 519
D. El caso de los negocios socialmente adecuados, en especial el pago de honorarios profesionales de abogado con bienes de procedencia delictiva 523

Segunda Parte
INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

Bibliografía del presente título 529

TÍTULO I
DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO

Bibliografía del presente título 535

Capítulo I
DELITOS CONTRA EL CONTROL DE PRECIOS

I. Introducción 541

II. El delito de especulación de bienes de primera necesidad 542
1. Bien jurídico 543
2. Elementos constitutivos del delito 545
A. Sujeto activo 545
B. Conducta típica 546
a. Elementos típicos 546
b. Remisión a disposiciones administrativas 548
C. Tipo subjetivo 550
D. Consumación y tentativa 551
E. Autoría y participación 552
F. Penalidad 552
III. Usura 553
1. La usura en el Derecho penal peruano 556
A. Antecedentes legislativos 556
B. La regulación de la usura en el actual Código penal peruano . 559
a. El bien jurídico penalmente protegido 559
b. La conducta constitutiva de usura 564
2. Análisis del tipo penal de usura 568
A. Tipo penal básico 568
a. Sujetos 568
b. Acción típica 570
c. El tipo subjetivo 577
aa) El dolo 577
bb) Elemento subjetivo especial 579
d. Consumación y tentativa 580
e. Autoría y participación 582
f. Penalidad 583
B. Fraude a la ley penal y negocio aparente 583
C. Tipo agravado 586
D. Situaciones de concurso 587

TÍTULO II
DELITOS CONTRA LA ACTIVIDAD FINANCIERA DEL ESTADO

Bibliografía del presente título 589

Capítulo I
LOS DELITOS TRIBUTARIOS

I. Introducción 597
II. Los delitos tributarios en el sistema tributario 599
III. El fundamento jurídico-penal de los delitos tributarios 601
1. El bien jurídico protegido 601
2. La constitución de los delitos tributarios como delitos de dominio o de infracción de un deber 605
IV. Los tipos penales 609
1. Defraudación tributaria 610
A. El tipo penal básico de defraudación tributaria 612
a) Sujetos 612
b) Conducta típica 616
aa) Generalidades 616
bb) La punibilidad de las conductas de fraude a la ley 621
c) El objeto del delito: Ley penal en blanco 623
d) Resultado típico 633
e) Elemento subjetivo 639
aa) El dolo 639
bb) El elemento subjetivo especial 640
f) Consumación y tentativa 641
g) Autoría y participación 648
h) Concursos 651
i) La penalidad 655
B. Modalidades especiales de defraudación tributaria 656

a. Ocultación y falsación de datos tributariamente relevantes 656
aa) Elementos constitutivos 656
bb) La inexigibilidad del cumplimiento del deber de información 660
cc) Concurso con el delito de infracción de deberes contables tributarios 661
b. Incumplimiento de entrega de tributos percibidos o retenidos 662
C. Defraudación tributaria atenuada 667
D. Defraudación tributaria agravada 668
a) Obtención fraudulenta de ventajas tributarias 669
b) Insolvencia patrimonial fraudulenta 673
E. La infracción de deberes contables tributarios 676
a) Sujetos 677
b) Conducta típica 679
aa) Incumplimiento total de la obligación de llevar contabilidad 680
bb) Incumplimiento del deber de anotación 681
cc) Incumplimiento del deber de veracidad 682
dd) Incumplimiento del deber de conservación 683
c) Elemento subjetivo 684
d) Autoría y participación 685
e) Concursos 686
f) Penalidad 687
F. Las consecuencias jurídicas de los delitos tributarios 687
a) La pena 688
b) Las consecuencias accesorias 689
c) La reparación civil 691
G. La regularización tributaria 692
a) Definición 692
b) Fundamento 693

c) Naturaleza jurídico-penal 697
d) Ámbito de aplicación 699
e) Requisitos 701
f) Efectos 704
H. Cuestiones procesales 705
I. Derecho penal premial 708
2. Elaboración y comercio clandestino de productos 709
A. Elaboración clandestina de productos 710
a) Elaboración clandestina de mercancías gravadas 711
b) Elaboración con maquinarias, equipos o instalaciones no comunicadas 713
c) Encubrimiento de mercancías gravadas 714
B. Comercio clandestino de productos 715
a) Comercio clandestino 716
b) Comercio de productos sin acreditación del pago de tributos 717
c) Aprovechamiento indebido de la exoneración tributaria de productos 719
aa) Modalidad básica 719
bb) Agravantes 720

Capítulo II
LOS DELITOS ADUANEROS

I. Introducción 723
II. La legislación aduanera 725
III. La ley de los delitos aduaneros 728
1. Bien jurídico penalmente protegido 731
2. Figuras delictivas 732
A. Contrabando 733
a) Conducta típica 733
b) Objeto material del delito 736

c) Resultado típico 739
d) Elemento subjetivo 740
e) Consumación y tentativa 741
f) Autoría y participación 743
g) Concursos 744
h) Penalidad 746
i) Modalidades especiales 747
aa) Disposición de mercancías en la zona primaria 747
bb) Disposición de mercancías en el traslado a otra zona primaria 748
cc) Internamiento de mercancías provenientes de zonas de tratamiento especial 749
dd) Participación en el agotamiento del delito 750
ee) Fraude documental aduanero 752
B. Defraudación de rentas de aduanas 753
a) Sujetos 753
b) Conducta típica 754
c) Objeto del delito 756
d) Resultado típico 757
e) Elemento subjetivo 759
f) Consumación y tentativa 759
g) Autoría y participación 760
h) Concurso 761
i) Penalidad 762
j) Modalidades especiales 763
aa) Importación fraudulenta 763
bb) Simulación de operación de comercio exterior 765
cc) Fraude en el precio o cantidad de las mercancías 767
dd) Alteración de mercancías 768
ee) Uso indebido de mercancías en tránsito o reembarque 768

C. Receptación aduanera 769
a) Sujetos 770
b) Conducta típica 771
c) Objeto del delito 774
d) Elemento subjetivo 775
e) Consumación y tentativa 777
f) Autoría y participación 777
g) Penalidad 777
D. Financiamiento de delitos aduaneros 778
a) Sujetos 779
b) Conducta típica 779
c) Elemento subjetivo 780
d) Consumación y tentativa 781
e) Autoría y participación 781
f) Concurso 782
g) Penalidad 782
E. Tráfico de mercancías prohibidas o restringidas 782
a) Sujetos 783
b) Conducta típica 783
c) Objeto material del delito 785
d) Elemento subjetivo 786
e) Consumación y tentativa 787
f) Penalidad 788
3. Circunstancias de agravación de la pena de los delitos aduaneros 789
A. Por la calidad del sujeto activo del delito 790
B. Por el modo de comisión 792
C. Por el objeto del delito 794
D. Por la extensión del daño 795

E. Por el concurso de personas 796
4. La regulación especial de la tentativa 797
5. Las consecuencias jurídicas del delito 798
A. La pena de expulsión de extranjeros 798
B. Consecuencias accesorias 799
a. El decomiso 799
b. Las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas 799
C. Reparación civil 802
6. Cuestiones procesales especiales 802
A. El inicio de la investigación 802
B. Beneficios por regularización, por colaboración y conclusión anticipada del proceso 804
C. Los informes técnicos y contables de los funcionarios de la administración aduanera 805

Abreviaturas

ADPCP	Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (citada por año)
AFP	Administradora de Fondos de Pensiones
AGG	Aktiengesellschaftgesetz (Ley de la sociedad por acciones)
AP	Actualidad Penal (citado por número y año)
art.	artículo
AT	Allgemeiner Teil (Parte General)
Aufl.	Auflage (Edición)
BB	Betriebs-Berater, citada por año
BCR	Banco Central de Reserva
BT	Besonderer Teil (Parte Especial)
Cap.	Capítulo
Cfr.	Confróntese
cit.	citado
CONASEV	Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores
coord.	coordinador
CP	Código penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal (cit. por número y año).

Diss.	Dissertation (tesis doctoral)
D. Leg.	Decreto Legislativo
dir.	director
drg.	dirigido por
ed.	Editor
EF	Economía y Finanzas
EPC	Estudios Penales y Crimológicos (cit. por número y año)
espec.	especialmente
Exp.	Expediente
FS	Festschrift (Libro Homenaje)
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht (citada por año)
GmbHG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung Gesetz (Ley de la sociedad de responsabilidad limitada)
GJ	Gaceta Jurídica (España, citada por número y año)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HbWiStR	Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts
Hsrg.	Herausgeber (editor)
inc.	inciso
Indecopi	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual
JA	Juristische Arbeitsblätter, citada por año
JR	Juristische Rundschau, citada por año
Jura	Juristische Ausbildung, citada por año
JuS	Juristische Schulung, (cit. por año)
JZ	Juristenzeitung, citada por año
KJ	Kritische Justiz, citada por año
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, citada por año
LG	Landesgericht (Tribunal del Land)
LGS	Ley General de Sociedades

LGSC	Ley General del Sistema Concursal
LH	Libro homenaje
LK	Leipziger Kommentar
LMV	Ley de Mercado de Valores
LPI	Ley de Propiedad Industrial
LTV	Ley de Títulos Valores
MEF	Ministerio de Economía y Finanzas
NDP	Nueva Doctrina Penal (citada por año).
NK	Nomos Kommentar
n.m.	número marginal
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht, citada por año
op. cit.	Obra citada
p.	página
PE	Parte especial
p.e.	por ejemplo
PG	Parte general
PJ	Revista del Poder Judicial (España, citada por número)
pp.	páginas
REDUP	Revista de Derecho (Universidad de Piura), citado por año
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología (citada por número y año).
RDM	Revista de Derecho Mercantil (España, citada por número y año)
RPCP	Revista Peruana de Ciencias Penales (citada por número).
RPDJP	Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, citada por número y año
RTDPE	Revista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia (citada por número y año).
SBS	Superintendencia de Banca y Seguros

SchwZStR	Schweizerischer Zeitschrift für Strafrecht (citada por año).
ss.	siguientes
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal alemán)
trad	traductor
UIT	Unidad impositiva tributaria
V.	Volumen
VVAA	Varios autores
Wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer uns Strafrecht (cit. por año)
WPR	(Wettbewerb in Recht und Praxis)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (citado por año)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (citada por número y año)
ZStW	Zeitschrift für das gesamte Strafrechtswissenschaft (citada por número y año).

Prólogo

Hace pocos meses apareció en el mercado nacional la segunda edición de mi libro *Derecho Penal Económico, Parte General*, Tomo I. En esta ocasión, presento la primera edición del Tomo II referido a la Parte Especial. Si bien se trata de una primera edición, debo precisar que parte de este libro tiene como base algunos trabajos míos anteriormente publicados, los cuales han sido objeto de revisión y actualización para adaptarlos a las modificaciones legales operadas en los últimos años. Así, los delitos contra la competencia se basan en mi trabajo como Experto en asuntos penales para el Proyecto Competencia (Reforma del Decreto Legislativo 701), financiado por la Unión Europea y la Comunidad Andina, y realizado en Lima en febrero de 2004. Sobre la base del informe elaborado para el INDECOPI publiqué ese mismo año el libro *Delitos contra competencia*. La parte referida a los delitos concursales constituye resultado de mi trabajo como Comisionado de la Comisión de Procedimiento Concursales de Piura desde el año 2003, lo que me ha permitido ver desde dentro las particularidades del sistema concursal y su incidencia en la configuración de los tipos penales. Por su parte, los delitos de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas han constituido siempre un tema por el cual he sentido especial atracción, como lo demuestra ya la publicación en 1999 de un artículo fundamentalmente expositivo sobre estos novedosos delitos del Código penal de 1991. En los años posteriores, he tenido oportunidad de revisar críticamente este capítulo del Código penal, sobre

todo a raíz del informe sobre el Fraude en la Administración de Personas Jurídicas que me fuera solicitado por la Comisión Revisora del Código penal del Congreso de la República y que llevé a cabo en la Sala Moyano el 27 de febrero de 2006.

A los trabajos anteriormente indicados se ha podido agregar el estudio de otros delitos económicos que he realizado con ocasión de encargos prelegislativos y de una estancia de investigación en Alemania. Así, el trabajo sobre el delito de lavado de activos es resultado de mi trabajo como miembro de la Comisión encargada de elaborar un Anteproyecto de Ley en materia penal, procesal penal y penitenciaria con especial referencia a la criminalidad organizada (Resolución Ministerial Nº 514-2006-JUS de 5 de octubre de 2006), mientras que la parte referida a los delitos contra el control de precios y la dedicada a los delitos tributarios y aduaneros, las he podido trabajar gracias a una estancia de investigación realizada a principios de este año en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn. En este lugar quisiera dejar expresado mi especial agradecimiento al Prof. Günther Jakobs por haber aceptado dirigir esta estancia de investigación financiada por la Fundación Alexander von Humboldt, a la que debo manifestar su reiterado apoyo en mis labores de investigación.

La exposición de los delitos económicos utilizada en este libro no sigue la sistemática del Código penal, sino que procura ordenarse en función de los aspectos esenciales sobre los que se estructura el sistema económico. Por ello, este libro está dividido en dos grandes partes: El libre mercado y la intervención estatal en la economía. Dentro de cada una de estas partes se encuentran diversos títulos que a su vez agrupan, en capítulos, el estudio de los concretos delitos económicos. Como podrá apreciarse, en este tomo II no se agotan todos delitos económicos, de manera tal que quedo comprometido a elaborar un tercer tomo que permita abarcar toda la Parte Especial del Derecho penal económico.

Piura, 11 de julio de 2007

Percy García Cavero
Profesor de Derecho penal
Universidad de Piura

Primera Parte
EL LIBRE MERCADO

Bibliografía

Abanto Vásquez, *El Derecho de la libre competencia*, Lima, 1997 [cit. *El Derecho*]. / Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, Parte Especial, Lima, 2000 [cit. *Derecho penal económico*, PE]. / Arroyo Zapatero, "Los delitos contra el orden socioeconómico en el neuvo Código penal de 1995", *RPCP* 7-8, p. 623 y ss. / Bottke, "Wirtschafsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland – Lösungen und Defizite", *wistra* 1991, p. 1 y ss. / Caro Coria, «Los delitos societarios y de "cuello blanco" en las modernas "sociedades de riesgo"», en Contexto socio-económico de la magistratura, Academia de la Magistratura, p 23 y ss. [cit. *Contexto socio-económico*]. / Lampe, J., Wirtschaftsstrafrecht, en Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft, Albers y otros (Hrsg.), 1981 [cit. *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft*, Albers y otros (Hrsg.)]. / Luhmann, Die Wirtschaft der Gesellschaft, Frankfurt a.M., 1994 [cit. *Die Wirtschaft*]. / Schall, "Probleme der Zurechnung von Umweltdelikten in Betrieben", en Deutsche Wiedervereinigung, Unternehmenskriminalität, T. III, Köln, 1996, p. 99 y ss. [en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III]. / Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten, Köln, 2004 [cit. *Einführung*]. / Tiedemann, Lecciones de Derecho penal económico, Barcelona, 1993 [cit. *Lecciones*]. / Tiedemann, "Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Übersicht", *JuS* 1989, p. 691 y ss. / Tiedemann, Die Neuordnung des Umweltstrafrechts, Berlin, 1980 [cit. *Die Neuordnung*]. / Tineo, "Acceso a los mercados e integración económica en América Latina: Consideraciones de política de competencia", *Thémis* 36, p. 17 y ss. / Weber, "Konzeption unnd Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz)", *ZStW* 96 (1984), p. 381 y ss.

La partición del mundo económico en economía de mercado y economía planificada ha dejado de tener vigencia a partir de la caída del sistema socialista[1]. Muchos países de la Europa oriental han ido dejando de lado paulatinamente políticas planificadoras de la economía e incluso los países que se han mantenido en un régimen político de corte marxista reconocen, sin mayores cuestionamientos, la importancia del mercado en la economía[2]. Bajo estas circunstancias se ha llegado prácticamente a una aceptación generalizada de la necesidad de mantener ciertas condiciones mínimas del mercado para el óptimo funcionamiento del sistema económico. Si bien se puede ser más o menos controlista en la constitución de las condiciones para el desarrollo del mercado, lo que no se puede hacer es restar importancia completamente al mercado como elemento constitutivo del sistema económico. El buen desenvolvimiento de la economía depende del aseguramiento de ciertas condiciones de idoneidad del mercado. Precisamente en esta línea de pensamiento, nuestra Constitución Política señala en su artículo 58 que la libre iniciativa privada se ejerce en una economía social de mercado.

La existencia del mercado significa, como idea fundamental, que el precio de los bienes y servicios se determina espontáneamente por la oferta y la demanda existentes en el mismo, a diferencia de la fijación estatal de precios propia del sistema de economía planificada. En este sentido, debe evitarse que factores ajenos a la oferta de

---

(1) Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *El Derecho*, p. 21.

(2) Sobre el fenómeno de la transición, TINEO, *Thémis* 36, p. 17 y s.

los productores y la demanda de los consumidores influyan en las decisiones de adquisición de bienes y servicios. Es evidente que esta simplificación conceptual no puede soslayar otros aspectos característicos de la configuración actual del mercado tales como la conformación de un sistema de créditos o la intervención preponderante de personas jurídicas en las relaciones económicas, así como tampoco la formación de sectores específicos con particulares criterios de ordenación. Todos estos aspectos forman parte del libre mercado y constituyen, por tanto, el ámbito en el que se presenta una parte importante de los delitos económicos.

El libre mercado se sustenta, en primer lugar, en la institución de la competencia, cuyos aspectos esenciales deben ser resguardados por el Derecho penal. Esta protección penal se materializa a través de los delitos que protegen la libre competencia, la competencia leal y la propiedad industrial. Pese a la estrecha relación de estos delitos, nuestro Código penal no ha procedido a sistematizarlos con base en la institución de la competencia, sino que los ha regulado en títulos y capítulos diversos de la parte especial sin ningún tipo de vinculación sistemática. Así, por ejemplo, los delitos contra la libre competencia se regulan, por un lado, bajo la denominación de abuso de poder económico dentro del título referido a los delitos contra el orden económico y, por otro, con la figura delictiva de los cárteles de licitación. También el delito de competencia desleal se tipifica dentro del título general de delitos contra el orden económico, pero en un capítulo a parte referido a "otros delitos económicos", en el que se agrupan figuras delictivas de carácter completamente heterogéneo. Finalmente, los delitos contra la propiedad industrial se encuentran regulados fuera del ámbito de los delitos contra el orden económico, concretamente en el título referido a los delitos contra los derechos intelectuales, lo que muestra que la sistemática del Código penal no ha tenido una clara determinación sobre el carácter económico de estos delitos. Pese a estas deficiencias sistemáticas del texto punitivo, consideramos que lo acertado es tratar de manera conjunta todos los delitos referidos a la competencia, por lo que nuestra línea de exposición no se mantendrá fiel a la desordenada ubicación realizada por el Código penal.

Otro aspecto del mercado que resulta relevante para el Derecho penal económico es el carácter monetario de la economía. En la medida que el sistema económico requiere resolver el problema de la escasez que genera el aprovechamiento actual y efectivo de los bienes y servicios, resulta necesario crear una escasez artificial con la que compensar la escasez producida por el consumo. Esta escasez artificial es la escasez del dinero[3], la cual solamente se puede cubrir dejando que otro cubra su escasez de bienes y servicios. Bajo este orden de ideas, la economía de mercado se configura como una economía monetaria, en la que la necesidad de bienes y servicios se cubre por medio del pago. Ahora bien, este pago no tiene que hacerse siempre con dinero metálico, sino que, por razones de orden comercial, puede recurrirse a otros mecanismos de pago como el cheque o los títulos valores. Es lógico que el dinero o los otros medios de pago cuenten con un nivel de confianza en el mercado, de manera tal que el ofertante de los bienes o servicios requeridos los reciba sin reparos como contraprestación. Para el aseguramiento de este aspecto constitutivo del mercado, el Código penal prevé un conjunto de delitos económicos que tampoco se agrupan en un único título referido a la protección de la confianza en los medios de pago. Se trata del delito de falsificación de moneda, el delito de libramiento indebido y la falsificación de títulos valores o títulos de créditos transmisibles por endoso.

El carácter dinámico de la economía de mercado requiere, por otro lado, asegurar un sistema de créditos que permita movimientos económicos rápidos y aseguren las ganancias a futuro de los diversos agentes económicos. Esta estructura del mercado solamente podrá asegurarse si los agentes económicos ven garantizada normativamente la expectativa de cobro de sus acreencias frente a sus deudores reales o potenciales. Mecanismos extrapenales como el reporte en centrales de riesgo o los mecanismos de recuperación que ofrece el Derecho civil o concursal resultan claramente insuficientes, por lo que se recurre al Derecho penal para

---

[3] Vid., Luhmann, *Die Wirtschaft*, p. 64.

reforzar el sistema de créditos en el mercado. Esta protección se realiza por medio de la tipificación de los llamados atentados contra el sistema crediticio, en donde se castiga a los deudores que defrauden de forma grave los intereses patrimoniales de sus acreedores.

Otro rasgo actual del mercado es que las personas jurídicas se muestran como el agente económico preponderante, lo cual encuentra explicación no sólo en la distribución funcional del trabajo para optimizar los beneficios de su actividad social, sino también en la limitación del riesgo económico que su participación en el mercado genera como sucede, por ejemplo, con la responsabilidad limitada de las sociedades mercantiles. El hecho es que esta preponderancia de las personas jurídicas en el terreno económico determina que diversos intereses económicos dependan de una correcta administración del ente colectivo. Así, pues, no sólo las ganancias de los socios se ponen en juego con una administración indebida del patrimonio de la persona jurídica, sino también los intereses de terceros (acreedores, inversionistas, etc.) e incluso del propio Estado (administración tributaria, por ejemplo). La necesidad de asegurar una administración de las personas jurídicas leal y transparente ha llevado a la incorporación en el Código penal de los delitos de fraude en la administración de las personas jurídicas, dentro de los cuales se encuentran la administración fraudulenta de persona jurídica y el delito de contabilidad paralela.

El libre mercado se caracteriza, además, por exigir que la circulación de los bienes se deba a causas lícitas. En consecuencia, existe especial interés en asegurar que solamente puedan circular bienes en el mercado si los títulos de transferencia o circulación se encuentran arreglados a Derecho. Es evidente que, por razones de *ultima ratio*, no debe recurrirse directamente al Derecho penal para asegurar esta condición general del mercado, sino que la sanción penal tendrá que reservarse para las conductas más graves. En este contexto, se entiende la incorporación como delito económico del delito de lavado de activos, en el que se castiga los actos de conversión, transferencia, ocultación y tenencia de activos de procedencia delictiva.

Parte esencial del mercado son los consumidores, esto es, aquéllos que necesitan cubrir las necesidades de bienes y servicios que se ofrecen en el mercado[4]. Los actos dirigidos a perjudicar a este sector importante del mercado dan lugar a los delitos contra los consumidores, entre los que se destacan los llamados delitos económicos de consumo (el delito de adulteración, el delito de especulación de peso y medida, el delito de acaparamiento), los delitos contra los delitos de información de consumidores (el delito de publicidad engañosa, el delito de especulación del segundo y cuarto párrafo del artículo 234 del CP y la especulación del artículo 239 del Código penal) y, finalmente, los delitos contra la salud pública en su modalidad de responsabilidad por el producto. Respecto de la inclusión de los dos primeros grupos de delitos dentro del Derecho penal económico, no existe mayor discusión en la doctrina penal, apareciendo las discrepancias de opinión, más bien, respecto de los delitos contra la salud pública por la comercialización de productos defectuosos. Pese al reparo de un sector de las doctrina, no apreciamos una razón suficiente para sacar este grupo de delitos del ámbito del Derecho penal económico, pues la salud de los consumidores recibe la protección penal en el marco de la actividad económica de producción, distribución y consumo de productos. Las estructuras de imputación de estos delitos recurren a los criterios desarrollados en el Derecho penal económico, mientras que la imputación tradicional se mantiene en los tipos penales de homicidio y lesiones.

En lo que respecta a la actividad industrial que se desarrolla por los productores y fabricantes para la elaboración de bienes que luego se ofrecen en el mercado, hay que dejar precisado que esta actividad no se puede llevar a cabo de cualquier forma. En la medida que, por un lado, se requiere el uso racional de los insumos naturales y que, por el otro, la explotación respete el orden natural del entorno, el medio ambiente se presenta como una condición esencial del mercado que requiere de un refuerzo penal. En este sentido, tam-

---

[4] Vid., Tiedemann, *Einführung*, p. 8.

bién determinados delitos contra el medio ambiente se incardinan dentro de los delitos económicos[5], en la medida que pretenden preservar el medio ambiente de una actividad industrial desaforada que solamente puede traer consigo una peor situación económica en el futuro. La depredación de los recursos naturales es el ejemplo más claro de los efectos económicos que puede ocasionar en el futuro una explotación irracional y desaforada.

Resulta conveniente destacar finalmente la existencia de ciertos sectores específicos de oferta de bienes o servicios, en los que se presentan ciertas particularidades que los hace especialmente sensibles a determinadas conductas defraudatorias. Por esta razón, el Derecho penal incorpora algunos tipos penales especiales para preservar la confianza de las estructuras de expectativas que se derivan del funcionamiento de estos sectores específicos del sistema económico. Desde esta perspectiva se entiende, por ejemplo, la creación de los tipos penales que regulan el delito de fraude en la obtención de créditos, la intermediación bursátil no autorizada y el abuso de información privilegiada.

---

(5) En el mismo sentido, TIEDEMANN, *Die Neuordnung*, p. 11 y s.; EL MISMO, *JuS* 1989, p. 693; EL MISMO, *Lecciones*, p. 42; WEBER, *ZStW* 96 (1984), p. 376; LAMPE, en *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft*, Albers y otros (Hrsg.), p. 310 y ss.; SCHALL, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 100; BOTTKE, *wistra* 1991 p. 3; ARROYO ZAPATERO, *RPCP* 7-8, p. 622; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 30; CARO CORIA, en *Contexto socioeconómico*, p. 28.

TÍTULO I
DELITOS CONTRA LA COMPETENCIA

BIBLIOGRAFÍA DEL PRESENTE TÍTULO

ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, Parte Especial, Lima, 2000 [cit. *Derecho penal económico*, PE]. / ABANTO VÁSQUEZ, *El Derecho de la libre competencia*, Lima, 1997 [cit. *El Derecho*]. / ABANTO VÁSQUEZ, "La protección penal de la competencia", *Thémis* 36, p. 143 y ss. / ACHENBACH, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 2004, III 4 [cit. *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.)]. / ÁGUILA-REAL, "La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia", *InDret* 253, noviembre de 2004, p. 1 y ss. / ALCOCER POVIS, "Requisitos de procedibilidad en los delitos económicos y el principio del non bis in idem", *Actualidad Jurídica*, T. 138, mayo 2005, p. 121 y ss. / ANGULO PAULET, *Delitos contra el orden económico*, Arequipa, 1995 [cit. *Delitos*]. / ARACANA ZORRAQUÍN, "Esquema del nombre comercial", en *Los retos de la Propiedad Industrial en el Siglo XXI*, Lima, 1996, p. 201 y ss. / ARANA COURREJOLLES, "Observancia de la protección de la marca notoriamente conocida", en *Gaceta Jurídica*, edición especial: Propiedad industrial, Lima, 1997, p. 14 y ss. / ARANA COURREJOLLES, "La cancelación de la marca por falta de uso", *Thémis* 36, p. 195 y ss. / AREÁN LALÍN, "Las marcas notorias y la piratería marcaria", en *Los retos de la Propiedad Industrial en el Siglo XXI*, Lima, 1996, p. 178 y ss. / BACIGALUPO ZAPATER, "La protección penal de los derechos industriales", RECPC 03-07 (2001), www.criminet.ugr.es/recpc / BACIGALUPO ZAPATER, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, 2ª ed., Madrid, 1994 [cit. *Estudios*]. / BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGUESSE, *Derecho penal económico*, Madrid, 2001 [cit. *Derecho penal económico*]. / BAJO FERNÁNDEZ/SUÁREZ GONZÁLEZ/PÉREZ MANZANO, *Manual de Derecho penal*, PE, 2ª ed., Madrid, 1993 [cit. *Manual*]. / BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978 [cit. *Actividad empresarial*]. / BANGARD, "Aktuelle Probleme der Sanktionierung von Kartellabsprachen", *wistra* 1997, p. 161 y ss. / BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho*

industrial, Madrid, 1993 [cit. *Tratado*] / BENDER, *Sonderstraftatbestände gegen Submissionsabsprachen*, Herbolzheim, 2005 [cit. *Sonderstraftatbestände*]. / BENÉYTEZ MERINO, "Delitos relativos a la propiedad industrial", en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (ed.), Buenos Aires, 2000, p. 411 y ss. [cit. *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (ed.)]. / BENLLOCH PETIT, "El principio del non bis in idem en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario", *PJ* 51, p. 303 y ss. / BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Introducción a las marcas y otros signos distintivos en el tráfico económico*, Navarra, 2002 [cit., *Introducción a las marcas*]. / BERCOVITZ, "La biotecnología y su aplicación industrial", en *Los retos de la Propiedad Industrial en el Siglo XXI*, Lima, 1996, p. 78 y ss. / BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, "Las reivindicaciones de la patente de invención", *Derecho* 47 (1993), p. 163 y ss. / BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "La competencia desleal", en *Derecho de los negocios*, 20 (1992), p. 1 y ss. / BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Algunas nociones preliminares para el estudio del Derecho de patentes", *RDM*, 105-106 (1967), p. 109 y ss. / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, "La tutela de la competencia en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal", en *Los delitos socio-económicos*, Barbero Santos (ed.), Madrid, 1985, p. 396 y ss. [cit. *Los delitos socio-económicos*, Barbero Santos (ed.)]. / BLUME FORTÍN, "La Constitución Económica Peruana y el Derecho de la competencia", *Thémis* 36, p. 36 y ss. / BORINSKY, *Derecho penal económico y de la empresa*, Buenos Aires, 2004 [cit., *Derecho penal económico*]. / BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código penal anotado*, 4ª ed., Lima, 2001 [cit. *Código penal anotado*]. / BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal*, Parte especial, 2ª ed., Lima, 1996 [cit. *Manual*]. / BULLARD GONZÁLEZ, "La resolución huachafa. O de cómo usar el legalismo para matar la legalidad", *Diálogo con la Jurisprudencia*, 60, septiembre 2003, p. 41 y ss. / BULLARD GONZÁLEZ, *Derecho y Economía*, Lima, 2003 [cit. *Derecho y economía*]. / BULLARD/PATRÓN, "El otro Poder Electoral: Apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal", *Thémis* 39, p. 433 y ss. / BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal*, Parte especial, Barcelona, 1986 [cit. *Manual*] / CARO CORIA, "La intervención previa del INDECOPI en el proceso penal: Un modelo para desarmar", *Thémis* 27-28, p. 217 y ss. / CASADO CERVIÑO, "Reforma de la Ley de Marcas de 1988 por exigencia de nuestra pertenencia a la Unión Europea", en *Propiedad Industrial y Competencia Desleal*, Madrid, 1995, p. 333 y ss. / CASTIÑEIRA PALAU, "Sobre el alcance de la protección penal de la propiedad industrial", en *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Silva Sánchez (dir.), p. 267 y s. [cit.*¿Libertad económica o fraudes punibles?* Silva Sánchez (dir.)]. / COHEN, G. M., The Collusion Problem in Agency Law, 2000, (www.ssrn.com) [cit. *The Collusion Problem in Agency Law*] / CORGATELLI, "Competencia desleal en la ley penal uruguaya", en *Cursillo sobre Derecho penal económico*, Montevideo, 1990, p. 65 y ss. [cit. *Cursillo de Derecho penal económico*]. / DANNECKER, "Sanciones y principios de la Parte General del Derecho de la Competencia en las Comunidades Europeas", en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Madrid, 1995, p. 545 y ss. [cit. en *Hacia un Derecho penal económico europeo*]. / DANNECKER, "Kartellstraf- und -ordnungswidrigkeitesnrecht", *Handbuch Wirtschaftsstrarecht*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 2004, 16 [cit. *HbWiStR*,

Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl.]. / DÍAZ VELASCO, "Delitos contra la propiedad industrial", en *Estudios sobre la propiedad industrial*, Barcelona, 1978, p. 700 y ss. [cit. Estudios]. / DIEZ CANSECO, "Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica", *Thémis* 36, p. 47 y ss. / EBERT-WEIDENFELLER, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 2004, III 3 [cit. *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.)]. / ESCUDERO, "La protección de la información no divulgada", en *Los retos de la Propiedad Industrial en el Siglo XXI*, Lima, 1996, p. 320 y ss. [cit. *Los retos*]. / EZAINE RAMÍREZ, "La confusión y la explotación de la reputación ajena como actos de competencia desleal", *Revista Peruana de Jurisprudencia*, 59, enero de 2006, p. 119 y ss. / FEDERMANN, *Kriminalstrafen im Kartellrecht*, Baden-Baden, 2006 [cit. *Kriminalstrafen im Kartellrecht*]. / FERNÁNDEZ LÓPEZ, "El nuevo marco de la competencia desleal. La cláusula general de la LCD", en *Propiedad Industrial y Competencia Desleal*, Madrid, 1995, p. 25 y ss. [cit. *Propiedad Industrial y Competencia Desleal*]. / FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado sobre Derecho de Marcas*, Madrid, 2001 [cit. *Tratado*]. / FERNÁNDEZ/PARET/VENTURA, "¿Pueden ir a prisión los directivos españoles por la comisión de conductas anticompetitivas llevadas a cabo por su empresa?", *GJ* 218 (2002), p. 35 y ss. / FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, *El Derecho de la Competencia*, Pamplona, 1994 [cit. *El Derecho*] / FERREYROS CASTAÑEDA, "A propósito del pisco peruano", en *Cuadernos Jurisprudenciales* 20 (febrero 2003), Marcas y Signos distintivos, Lima, 2003, p. 4 y ss. / FLINT BLANCK, *Tratado de defensa de la libre competencia*, Lima, 2002 [cit. *Tratado*]. / FLINT BLANCK, "Implicancias de la aplicación de la regla de la razón en el caso de las empresas aseguradoras", *Diálogo con la Jurisprudencia* 60, septiembre 2006, p. 19 y ss. / FLIT STERN, "La patente: fuente de derechos y de información tecnológica", en *Gaceta Jurídica*, Edición especial: Propiedad industrial, Lima, 1997, p. 32 y ss. / GAGLIUFFI PIERCECHI, "Derecho de la competencia: ¿Cómo debe evaluarse una concertación de precios según la legislación peruana?", *Diálogo con la Jurisprudencia*, 60, Septiembre 2003, p. 55 y ss. / GARCÍA CAVERO, *El actuar en lugar de otro en el Derecho penal peruano*, Lima, 2003 [cit. *El actuar*]. / GARRIDO DE LA GRANA, "Las denominaciones de origen", en *Los retos de la Propiedad Industrial en el Siglo XXI*, Lima, 1996, p. 229 y ss. [cit. *Los retos*]. / GARRIGUES, *Temas de Derecho vivo*, Madrid, 1978 [cit. *Temas*]. / GIMBERNAT ORDEIG, "El bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad industrial", en Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Navarra, 2005, p. 1411 y ss. [cit. *LH-Rodríguez Mourullo*]. / GRÜTZNER, *Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen*, Frankfurt a. M., 2003 [cit. *Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen*]. / GUINARTE CABANA, en *Comentarios al Código penal de 1995*, Vives Antón (coord.), V. II, Valencia, 1996, artículos 273, 274. / GÜNTHER, H-L, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, Köln, 1983 [cit. *Strafrechtswidrigkeit*]. / HALPERIN GROBMAN, "El modelo de utilidad", *Derecho* 47 (1993), p. 198 y ss. / HEINE, en *Schönke/Schröder StGB*, 26. Aufl., München, 2001, §§ 298 y ss. / HELLMANN/BECKEMPER, *Wirtschaftsstrafrecht*, Stuttgart, 2004 [cit. *Wirtschaftsstrafrecht*]. / ILLESCAS RUS, "El ejercicio de las acciones civiles que propicia la LCD", *Propiedad Industrial y Competencia Desleal*, Madrid, 1995, p. 201 y ss. [cit. *Propiedad industrial y Competencia Desleal*]. / IÑIGO CORROZA, "La relevancia del fraude en los delitos contra la competencia", en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez

(dir.), Barcelona, 2003, p. 283 y ss. / JAÉN VALLEJO, *Cuestiones actuales del Derecho penal económico*, Buenos Aires, 2004 [cit. *Cuestiones actuales*]. / JORGE BARREIRO, en *Comentarios al Código penal*, Rodríguez Mourullo (dir.), Madrid, 1997, artículo 273. / KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, Berlin, 2003 [cit. *Kartellstrafrecht*]. / KOSCHMANN, *Der Kredit als strafrechtlich geschütztes Rechtsgut; insbesondere die Kreditgefährdung als Beleidigung*, Freiburg a.B., 1931 [cit. *Der Kredit als strafrechtlich geschütztes Rechtsgut*]. / KOUKER, "Patent- und Gebrauchsmusterstrafrecht", *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 2004, XI 3 [cit. *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.)]. / KRESALJA ROSELLÓ, "Bienes inmateriales y derechos intelectuales", en *Gaceta Jurídica*, Edición especial: Propiedad industrial, Lima, 1997, p. 7 y ss. / KRESALJA ROSELLÓ, "Los objetivos del derecho de patentes: notas sobre su evolución", *Thémis* 36, p. 156 y ss. / KRESALJA ROSELLÓ, "Comentarios al Decreto Ley 26122 sobre Represión de la Competencia Desleal", *Derecho* 47 (1993), p. 13 y ss. / KRESALJA ROSELLÓ, "Modificaciones al régimen común sobre propiedad industrial", *Thémis*, 27-28, p. 8 y ss. / KRESALJA ROSELLÓ, "La Decisión 313", *Thémis* 23, p. 104 y ss. / LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, 2ª ed., Lima, 1996 [cit. *Derecho penal económico*]. / LAMPE, "Geschäfts- und Kreditverleumdung", Festschrift für Dietrich Oehler, Köln, 1985, p. 283 y ss. [cit. *FS-Oehler*] / LANDES/POSNER, "El contenido económico del Derecho de marcas", (trad. Delmar), *Ius et Veritas*, 13, p. 71 y ss. / LEHMANN, "La teoría de los property rights y la protección de la propiedad intelectual e industrial", *Revista General de Derecho*, 544-545 (1990), p. 274 y ss. / LEMA DEVESA/GÓMEZ MONTERO, "Actos de competencia desleal por imitación y explotación de la reputación ajena", en *Propiedad Industrial y Competencia Desleal*, Madrid, 1995, p. 60 y ss. [cit. Propiedad industrial y Competencia Desleal]. / LÓPEZ PEREGRÍN, *La protección penal del honor de las personas jurídicas y colectivos*, Valencia, 2000 [cit. *La protección penal*]. / MALAMUD GOTI, *Derecho penal de la competencia*, Buenos Aires, 1984 [cit. *Derecho penal de la competencia*]. / MALCA, *Exégesis de la Ley de Industrias*. Ley 23407, Lima, 1983 [cit. *Exégesis*]. / MARTÍN TIRADO, "El procedimiento administrativo trilateral y su aplicación en la nueva Ley del Procedimiento administrativo General", en *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, VVAA, Lima, 2003, p. 461 y ss. / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, Parte especial, Valencia, 1998 [cit. *Derecho penal económico*, PE] / MASCAREÑAS, *Los delitos contra la propiedad industrial*, Barcelona, 1962 [cit. *Los delitos*]. / MASSAGUER, "La acción de competencia desleal en el Derecho español", *Thémis* 36, p. 103 y ss. / MAZUELOS COELLO, Lecciones de Derecho penal, Lima, 1995 [cit. *Lecciones*]. / MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, Madrid, 1988 [cit. *La competencia desleal*] / MÖLLER, "Produkts und Markenpiraterie", *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 2004, 15 [cit. *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.)]. / MOLINA BLÁZQUEZ, *Protección jurídica de la lealtad en la competencia*, Madrid, 1993 [cit. *Protección jurídica*]. / MORENO Y BRAVO, "Delitos relativos al mercado y a los consumidores", en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), Buenos Aires, 2000, p. 406 y ss. [cit. *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.)]. / MORENO Y BRAVO, *Delitos contra la Propiedad industrial*, Madrid, 1999 [cit. *Delitos*]. / MOSCHEL, "Fines de protección del Derecho de la competencia", (trad. Abanto), *Thémis* 36, p. 9 y ss. / MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, Parte especial, 11ª ed., Valencia, 1996 [cit. *Derecho*

penal, PE] / NESTORUK, *Strafrechtliche Aspeckte des unerlaubten Wettbewerbs*, 2004 [cit. *Strafrechtliche Aspeckte*]. / NORABUENA CASANOVA, *La protección de la propiedad industrial en el Perú*, Lima, 1994 [cit. *La protección*]. / OCAMPO VÁSQUEZ, "La posición de dominio en el mercado: entre el uso y el abuso", *Ius et Veritas*, 10, p. 305 y ss. / ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca en el Derecho español*, Lima, 2006 [cit. *La protección penal de la marca*]. / PACÓN LUNG, "Las patentes en el Convenio de París y el Acuerdo de los ADPIC. Principales disposiciones", en *Gaceta Jurídica*, Edición especial: Propiedad industrial, Lima, 1997, p. 21 y ss. / PACÓN, "Marcas notorias, marcas renombradas, marcas de alta reputación", *Derecho* 47 (1993), p. 306 y ss. / PAREDES CASTAÑÓN, "Los delitos de usurpación de marcas y otros signos distintivos: ¿Protección del derecho, protección del patrimonio o protección del consumidor?", en Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Navarra, 2005, p. 1647 y ss. [cit. *LH-Rodríguez Mourullo*]. / PAREDES CASTAÑÓN, *La protección penal de las patentes e innovaciones tecnológicas*, Madrid, 2001 [cit. *La protección penal*]. / PAZOS HAYASHIDA, "Consideraciones generales sobre marcas", en *Cuadernos jurisprudenciales*, 20, febrero de 2003, Marcas y Signos distintivos, Lima, 2003, p. 8 y ss. / PAZOS HAYASHIDA, "Secondary Meaning: Aproximaciones a la Teoría de la Distintividad adquirida", en *Gaceta Jurídica*, Número especial: propiedad industrial, Lima, 1997, p. 35 y ss. / PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal*, Parte especial, II-B, Lima, 1995 [cit. *Tratado*, PE, II-B] / PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal*, Parte especial, III, Lima, 1994 [cit. *Tratado*, PE, III]. / PEÑA CABRERA FREYRE, "La prejudicialidad en los delitos de abuso de poder económico", *Actualidad Jurídica* T. 144, nov. 2005, p. 107 y ss. / QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español*, 3ª ed., Barcelona, 1996 [cit. *Derecho penal español*] / QUINTERO OLIVARES, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Quintero Olivares (dir.), 2ª ed., Pamplona, 2001, artículos 262, 284. / RANGEL ORTIZ, "La protección contra la competencia desleal" y "Las denominaciones de origen", en *Los retos de la Propiedad Industrial en el Siglo XXI*, Lima, 1996, pp. 211 y ss, 308 y ss. [cit. *Los retos*]. / REYNA ALFARO, *Manual de Derecho penal económico*, Lima, 2002 [cit. *Manual*]. / ROSASCO DULANTO, *Evolución del Derecho marcario peruano (1985-1994)*, Lima, 1996. / RUBÍ PUIG, "Competencia desleal y libertad de expresión", *InDret* 291, julio 2005. / RUIZ DÍAZ, "El concepto de abuso de posición de dominio y sus implicancias sobre el bienestar", en *Documento de Discusión*, 3, Área de Estudios Económicos del INDECOPI, Lima, 1998. / SACK, "Probleme des Markenschutzes im Ähnlichkeitsbereichs", WPR 1998, p. 1127 y ss. / SALAS LOZADA, "Los delitos contra la propiedad industrial en el nuevo Código penal de 1991", *Thémis* 23, p. 107 y ss. / SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, I, 2ª ed., Lima, 2003 [cit. *Derecho procesal penal*, I]. / SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El delito contable tributario*, Pamplona, 1995 [cit. *El delito contable tributario*]. / SCHULZ, *Das deutsche Markenstrafrecht*, Berlin, 2004 [cit. *Das deutsche Markenstrafrecht*] / SEGURA GARCÍA, "Los delitos contra la propiedad industrial", en *Estudios sobre el nuevo Código penal de 1995*, Del Rosal Blasco (ed.), Valencia, 1997, p. 219 y ss. / SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, Madrid, 1995 [cit. *Derecho penal*]. / SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., Madrid, 2001 [cit. *La expansión*]. / SILVA SÁNCHEZ, "¿Política criminal "moderna"? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español", *AP*

24 (1998), p. 435 y ss. / SORIANO GARCÍA, *Derecho público de la competencia*, Madrid, 1998 [cit. *Derecho público*]. / SPOLANSKY, *El delito de competencia desleal y el mercado competitivo*, Buenos Aires, 1997 [cit. *El delito de competencia desleal*]. / SUÁREZ GONZÁLEZ, en *Comentarios al Código penal*, Rodríguez Mourullo (dir.), Madrid, 1997, artículos 262, 284. / TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, Madrid, 1995 [cit. *Derecho penal de la empresa*] / TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, Besonderer Teil mit wichtigen Gesetzes- und Verordnungstexten, Köln, 2006 [cit. *Wirtschafsstrafrecht*, BT]. / TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*, München, 2004 [cit. *Einführung*]. / TIEDEMANN, en *Temas de Derecho penal económico y ambiental*, Lima, 1999 [cit. *Temas*]. / TIEDEMANN, "Wettbewerb als Rechtsgut des Strafrechts", Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, München, 2001, p. 905 y ss. [cit. *FS-Müller-Dietz*] / TRABALLINI DE AZCONA, "Delitos contra la propiedad industrial", en *Derecho penal económico*, Balcarce (dir.), Córdova 2004 [cit. *Derecho penal económico*, Balcarce (dir.)]. / TRABALLINI DE AZCONA, "Delitos contra la propiedad industrial", en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), Buenos Aires, 2004 [cit. *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.)]. / UCULMANA SUÁREZ, *Nueva Ley General de Industrias*, Lima, 1982 [cit. *Nueva Ley General de Industrias*] / UGARTECHE VILLACORTA, "El derecho de autor y las nuevas tecnologías", *Thémis* 36, p. 208 y ss. / VALLDECABRES ORTIZ, en *Comentarios al Código penal de 1995*, Vives Antón (coord.), V. II, Valencia, 1996, artículo 262. / VALLE MUÑIZ, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Quintero Olivares (dir.), 2ª ed., Pamplona, 2001, artículos 273, 274. / VEGA VILLACORTA, *Las sanciones a los actos de competencia desleal en el sistema legislativo peruano*, en www.asesor.com.pe/teleley/bull8000, (consulta 27 de febrero de 2004). / VENERO AGUIRRE, "La protección legal de las invenciones", en *Los retos de la Propiedad Industrial en el Siglo XXI*, Lima, 1996, p. 147 y ss. [cit. *Los retos*]. / VILLAVICENCIO TERREROS, *Código Penal Comentado*, Lima, 2002 [cit. *Código penal comentado*].

El artículo 58 de la Constitución Política del Perú establece que la iniciativa privada se ejerce en una economía social de mercado, siendo así un rasgo esencial del sistema económico peruano el libre mercado. De manera general, podría decirse que la asunción del libre mercado significa que el tráfico de los bienes y servicios se determina por la oferta y la demanda existentes. En esta configuración del mercado adquiere especial relevancia la natural disputa concurrencial entre los ofertantes de bienes y servicios para recibir la elección de los demandantes o consumidores. Esta lucha entre competidores no puede dejarse al margen del Derecho, pues el afán de lucro podría llevar a una encarnizada disputa que perjudicaría finalmente a todos. Sin una adecuada regulación protectora de la competencia se pasaría a una economía similar a la planificada, en la que ya no sería el Estado el encargado de fijar las condiciones de adquisición de los bienes o servicios, sino unos cuantos particulares deseosos de aumentar de cualquier forma sus beneficios económicos. Por esta razón, el ordenamiento jurídico debe ofrecer los mecanismos adecuados para asegurar las condiciones de vigencia de una competencia que se base en el propio esfuerzo.

La competencia encuentra su origen en el principio decimonónico de la libertad de industria y comercio, el cual fue entendido en términos absolutos con el triunfo de la revolución francesa y la caída del viejo régimen gremial y corporativo[1]. El libre acceso de los diversos sujetos económicos al mercado constituía un imperativo propio del proclamado principio de igualdad. El sistema económi-

---

(1) Vid., SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 49.

co se sustentó en la llamada libre competencia, la cual se autorregulaba a sí misma sin necesidad de que el Estado interviniese. Sólo excepcionalmente podía aceptarse una intervención particular del Estado en los casos en los que se hubiese violado algún derecho subjetivo de otro sujeto económico. Precisamente esta comprensión del rol del Estado, sumado al hecho de que la propiedad industrial (patentes y marcas) fuese entendida en un primer momento como derecho subjetivo, explican el temprano castigo penal que en países europeos recibieron los atentados contra la propiedad industrial[2]. En cuanto a la generación de monopolios, por el contrario, la tradición europea decimonónica no los consideró en sí ilegales, en la medida que constituían expresión de la libertad de empresa que no podía conculcarse con la prohibición de pactos. El objeto de la prohibición se limitó únicamente a los casos de abuso de la posición monopólica. La protección de la libre competencia, como puede verse, tuvo en ese entonces un alcance bastante limitado.

Con el desarrollo de la economía de mercado y la creación de fuertes grupos empresariales, comenzó a producirse una cierta profesionalización en la competencia que trajo consigo la aparición de ciertos códigos morales entre los competidores. Además del respecto básico a la propiedad industrial del competidor, la "relación de competencia" obligó a observar un conjunto de usos entre los competidores cuya infracción significaba un acto de deslealtad entre los mismos no tolerable por el ordenamiento jurídico[3]. De esta manera, empezó a formarse una nueva materia general de Derecho privado, la llamada competencia desleal, la cual se diferenció del Derecho industrial[4]. Esta nueva rama jurídica se caracterizó por proteger en general la posición del empresario frente a los actos de deslealtad de sus competidores. Un hito histórico de esta etapa de formación del Derecho de la competencia fue el artículo 10 bis del Convenio de la Unión de París, incorporado por primera vez en Bruselas en 1900 y

---

(2) Vid., con mayores referencias, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, p. 34; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGUESSE, *Derecho penal económico*, p. 453 y s.; SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 50; MORENO Y BRAVO, *Delitos*, p. 7.

(3) Vid., en este sentido, SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 78.

(4) Vid., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, p. 61.

revisado en La Haya en 1925. En dicho artículo se estableció una cláusula de prohibición general de la competencia desleal[5].

Después de la segunda guerra mundial y con la experiencia de la caída de la bolsa de valores de Nueva York en 1929, se produjo un cambio en la comprensión de la competencia. El dogma de la mano invisible ordenadora de la economía se dejó de lado y se empezó a justificar la intervención del Estado en la economía para evitar llegar a los excesos indeseados que la historia había mostrado. Esta intervención estatal en la configuración del sistema económico se manifestó tanto en la disciplina de la libre competencia como en la disciplina de la competencia desleal. En la primera mediante la aceptación del principio de la prohibición en los acuerdos restrictivos de la libre competencia y en la segunda mediante la inclusión de supuestos que, si bien afectaban sólo indirectamente a los competidores, incidían directamente sobre los consumidores (actos de confusión, por ejemplo)[6]. De esta manera, la regulación jurídica dejó de entender la competencia como perfecta y como una cuestión particular entre los competidores, para verla en un sentido más funcional dentro de la economía de mercado[7]. Los intereses públicos (y, en primera línea, los intereses de los consumidores) pasaron a ser considerados en la regulación de la competencia, llegándose así al llamado modelo social de competencia.

En la actualidad el modelo social de competencia sigue vigente en nuestro sistema económico, lo cual puede apreciarse con suma facilidad con una mirada a toda la normativa administrativa orientada a proteger las condiciones necesarias para el óptimo funcionamiento de la competencia. El Derecho penal, por su parte, no ha permanecido inactivo frente a esta evolución de la competencia y,

---

(5) Vid., SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 79; MORENO Y BRAVO, *Delitos*, p. 14 y s.

(6) Vid., TIEDEMANN, *Einführung*, p. 8.

(7) Vid., sobre la idea de competencia funcional o eficaz (*workable competition*), con mayor detalle, BAYLOS CORROZA, *Tratado*, p. 285 y s.; BAJO FERNÁNDEZ, *Actividad empresarial*, p. 236; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal económico*, p. 428 y ss.; FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, *El Derecho*, p. 138 y s.; MAZUELOS COELLO, *Lecciones*, p. 128.

en este sentido, ha ido ampliando su ámbito de protección más allá de los delitos contra la propiedad industrial. Hay que indicar, sin embargo, que la protección penal tiene sus propias particularidades que lo distinguen de otras ramas del Derecho. Por un lado, la protección penal, fiel a su vocación de mínima intervención, no alcanza a todos los aspectos constitutivos de la competencia, sino solamente a aquellos que considera esenciales. Pero además hay que precisar que no se protege en sí el funcionamiento de la competencia, pues la competencia puede verse perjudicada por la propia constitución del mercado sin que el Derecho penal tenga que intervenir por ello. La protección penal se dirige, más bien, a las expectativas de conducta que la instauración de la competencia ha generado en los agentes económicos. El Derecho penal restablece la vigencia de las expectativas de conducta que se derivan de los aspectos esenciales de la competencia en el mercado, las cuales han sido puestas en tela de juicio por la incorrecta actuación de determinados sujetos económicos.

Los aspectos esenciales de la actual configuración de la competencia son fundamentalmente tres: la libertad, la lealtad y la propiedad industrial[8]. Estos aspectos esenciales de la competencia son efectivamente protegidos por la actual legislación penal, aunque debe indicarse que se ha hecho de manera sistemáticamente desordenada. Las diversas conductas contrarias a la ordenación básica de la competencia no se encuentran agrupadas en un único título del Código penal o en una ley penal especial de defensa de la competencia, sino que están esparcidas, más bien, en diversos títulos y capítulos del Código penal. En lo que sigue, nos ocuparemos de estudiar estas conductas, sistematizándolas en función del aspecto de la competencia en el que se enmarcan. Con base en esta perspectiva, abordaremos primeramente los delitos contra la libre competencia, luego los delitos de competencia desleal y, finalmente, los delitos contra la propiedad industrial.

---

(8) Aspectos en el fondo coincidentes con los señalados por BAYLOS CORROZA, *Tratado*, p. 255 y s.: a) la formación autónoma de los precios; b) la libertad de elección de los consumidores; y c) la imposibilidad de que las empresas concurrentes basen exclusivamente en decisiones propias su política industrial, comercial y de ventas.

CAPÍTULO I

LOS DELITOS CONTRA LA LIBRE COMPETENCIA

I. INTRODUCCIÓN

La economía nacional ha abandonado el sistema estatal de fijación de precios, de manera tal que los precios de los bienes y servicios han dejado de ser establecidos por los organismos estatales para ser determinados actualmente por la competencia en el mercado[1]. La competencia significa que los precios de los bienes y servicios se determinan conforme a la oferta y la demanda que se presentan en las condiciones normales del mercado. Esta finalidad de la competencia se afecta si alguna persona o grupo de personas se aprovechan de la libertad de organización y actuación económica que se les reconoce para impedir o dificultar la participación de otros agentes económicos o aprovecharse injustificadamente de los consumidores[2]. Cuando se produce esta manipulación de la libertad económica en el mercado, se perjudica un aspecto esencial del modelo

---

(1) Como idea del mercado competitivo, MALAMUD GOTI, *Derecho penal de la competencia*, p. 17 y s., señala que no existen precios inherentes a las cosas, sino valores resultantes de la compaginación de voluntades individuales.

(2) Vid., MAZUELOS COELLO, *Lecciones*, p. 130; LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, p. 206 y s.

económico: la libre competencia[3], lo que debe dar lugar a la intervención del Estado en cumplimiento del artículo 61 de la Constitución Política, el cual impone el deber de combatir las prácticas que afectan la libre competencia. El cumplimiento de este deber de represión de los actos contra la libre competencia se materializa a través del recurso a mecanismos jurídicos de reacción como las sanciones administrativas y/o penales[4].

II. LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA

En el Derecho comparado pueden apreciarse diversos modelos para hacer frente a los llamados atentados contra la libre competencia. En este apartado nos ocuparemos de hacer, a modo de introducción, una exposición general de los diversos modelos de protección jurídica de la libre competencia. Luego de ello, precisaremos brevemente cuál de estos modelos ha sido asumido por nuestro ordenamiento jurídico, de manera tal que podamos tener una idea clara que permita hacer, en los apartados siguientes, un análisis más completo de las particularidades de nuestro ordenamiento jurídico de protección de la libre competencia.

1. Modelos de protección jurídica de la libre competencia

A. Protección limitada al Derecho administrativo sancionador

Una protección limitada al Derecho administrativo sancionador se presenta cuando las prácticas restrictivas de la libre competencia se castiguen sólo con sanciones administrativas. Así fue, por ejemplo, el sistema de protección asumido por el Derecho alemán hasta antes de 1997, año en el que se dio la Ley de lucha contra la corrupción. Mediante esta ley se incluyó en el Código penal alemán un capítulo de delitos contra la competencia en

---

(3) Es usual considerar a la libre competencia como la ley fundamental de la economía de mercado. Vid., así, TIEDEMANN, *Einführung*, p. 2.

(4) Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *El Derecho*, p. 21 y s.

donde se criminalizó concretamente la figura de los cárteles de licitación[5]. Hasta antes de esa reforma, la represión de las prácticas restrictivas de la libre competencia se había limitado a medidas administrativas que contemplaba la ley contra las restricciones de la competencia (GWB)[6]. Igualmente en el Reino Unido las infracciones contra la competencia no fueron criminalizadas sino hasta el 2002 con la *Enterprise Act* de ese año[7].

Para que pueda mantenerse un sistema de protección limitado al Derecho administrativo sancionador, resulta necesario un alto grado de eficiencia de la Administración, de manera tal que se haga innecesaria la intervención penal o, cuando menos, su ausencia sea socialmente tolerable[8]. En cualquier caso, esta protección de la competencia limitada al Derecho administrativo sancionador sólo resulta posible mantener mientras la conciencia colectiva lo considere una mera infracción de las reglas de juego en el mercado, pues en la medida en que comience a destacarse el efecto nocivo que estas prácticas producen en el mercado y finalmente en el bienestar de los consumidores, la persecución puramente administrativa, por más severa que sea, no bastará para satisfacer las demandas sociales de castigo. Esta situación se ha presentado precisamente en Alemania y el Reino Unido, lo que ha llevado a que en la actualidad se haya abandonado el sistema de represión limitado al Derecho administrativo sancionador.

---

(5) Vid., Heine, en *Schönke/Schröder StGB*, preliminares a los §§ 298 y ss., n.m. 1; Achenbach, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), III 4, n.m. 3; Dannecker, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 16, n.m. 3.

(6) Vid., la referencia a que esta ley contempla solamente infracciones administrativas y no tipos penales, Tiedemann, *Einführung*, p. 7. Sobre los argumentos alegados para no recurrir al Derecho penal en el caso de conductas contra la libre competencia, Vid., Kohlhoff, *Kartellstrafrecht*, p. 116 y ss.

(7) Hacían notar la falta de criminalización de las prácticas contra la libre competencia en el Reino Unido, Fernández/Paret/Ventura, *GJ* 218 (2002), p. 48; Federmann, *Kriminalstrafen im Kartellrecht*, p. 157. Sobre las particularidades de esta normativa y sus antecedentes, Federmann, *op. cit.*, p. 54 y ss.

(8) Vid., así, en referencia al Derecho alemán, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 29.

B. Protección limitada al Derecho penal

La protección de la libre competencia puede, por otra parte, limitarse sólo a sanciones penales, como sucedió, por ejemplo, en Chile y Argentina en un primer momento[9]. Este recurso exclusivo a sanciones penales se entiende con facilidad en momentos históricos caracterizados por la ausencia de leyes especiales de defensa de la competencia y de una autoridad administrativa con suficientes facultades de persecución y sanción. No obstante, cabe resaltar que, por lo general, esta incriminación penal cumple en estos contextos históricos una función puramente simbólica, es decir, se castigan prácticas contra la libre competencia sólo para dejar constancia de su prohibición, pero no para llevar a cabo una efectiva represión de las mismas. En la actualidad, el desarrollo extendido de legislaciones administrativas protectoras de la libre competencia y la creación de organismos encargados de velar por el cumplimiento de esas normas, han reducido la posibilidad de una protección exclusivamente penal de la libre competencia. La tendencia general está orientada hacia una protección tanto penal como administrativa de la libre competencia.

C. Protección conjunta

El rasgo común de los ordenamientos jurídicos modernos es la protección conjunta de la competencia, esto es, que las prácticas restrictivas de la libre competencia se sancionen tanto administrativa como penalmente[10]. El principal problema de este modelo de protección reside en las posibles superposiciones entre los ámbitos administrativo y penal, lo que terminaría produciendo una sobrerreacción del sistema jurídico. Precisamente para evitar este resultado indeseable se han propuesto diversas variantes con criterios de delimitación propios.

---

(9) Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *El Derecho*, p. 358. Vid., sobre esta situación de la legislación argentina a la que califica de "primer modelo", BORINSKY, *Derecho penal económico*, p. 199 y s.

(10) Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 29.

a. Identidad de ilícitos

En esta variante del modelo de protección conjunta el ilícito administrativo y el ilícito penal tienen los mismos elementos constitutivos. Por esta razón, se requiere establecer un criterio especial de delimitación entre ambos ilícitos. Este criterio puede ser de carácter cuantitativo o cualitativo.

aa) Criterio de delimitación cuantitativo

Conforme a este criterio, se reservan para el ámbito penal los supuestos más graves en términos cuantitativos. Esto quiere decir que los elementos configuradores del ilícito penal y administrativo son los mismos, aumentando únicamente la intensidad de uno o algunos de ellos para la intervención del Derecho penal. Esta diferenciación cuantitativa se expresa, por lo general, en la mayor gravedad cuantitativa del resultado. En efecto, cuando el perjuicio ocasionado resulta de gran entidad, se castiga al autor con sanciones de carácter penal. Como podrá concluirse, de capital importancia será determinar en este modelo cuándo el resultado tiene la suficiente gravedad como para ser castigado penalmente, así como el órgano encargado de hacer tal determinación (los jueces penales o las agencias de competencia).

bb) Criterio de delimitación cualitativo

Cuando el criterio de delimitación asume una configuración cualitativa, la infracción penal sigue constituyendo una infracción administrativa, pero contiene un elemento adicional de desvalor que justifica su calificación como ilícito penal. Este elemento adicional puede encontrarse en la concreta afectación de los intereses protegidos (por ejemplo, la alteración de precios en perjuicio de los consumidores), en la importancia de los bienes o servicios afectados (por ejemplo, bienes de primera necesidad), o en la afectación de otro bien jurídico penalmente relevante (como el buen funcionamiento de la Administración Pública). Precisamente en esta última línea discurrió la reforma alemana de 1997, en donde se estableció

el castigo penal de las licitaciones colusorias en el marco de la lucha contra la corrupción (§ 298 StGB)[11].

b. Identidad parcial de los ilícitos

Otra variante de la protección conjunta de la libre competencia es la identidad parcial de ilícitos. En este modelo, los hechos penalmente castigados pueden tener en algunos casos incidencia administrativa, pero en otros no. Así fue, por ejemplo, el sistema asumido por la anterior regulación española del delito de maquinaciones para alterar los precios (artículo 540 del Código penal español de 1973), en donde se castigaba formas administrativamente no previstas de afectación de la libre competencia. En efecto, con este tipo penal se castigaba la alteración de los precios realizada mediante violencia, coacción o engaño, pero también el uso de otras maquinaciones, en donde podían entrar perfectamente los supuestos de prácticas restrictivas de la libre competencia[12]. Los problemas de delimitación en un sistema como éste se ubican en el ámbito común, para cuya solución se puede recurrir a los criterios cuantitativo o cualitativo antes expuestos.

c. Diferencia absoluta entre los ilícitos

En esta variante de la protección conjunta se tipifican los atentados contra la libre competencia con criterios completamente diferentes tanto en el ámbito administrativo como penal. No existe identidad entre la regulación administrativa y la realizada en sede penal. Como consecuencia de esta estructuración del modelo, no puede haber una accesoriedad administrativa de la ley penal, sino una completa autonomía de los tipos penales. Así es el caso, por ejemplo, de la actual regulación española del delito de alteraciones de los precios del mercado (artículo 284 del Código penal)[13], en tanto

---

(11) Vid., HEINE, *Schönke/Schröder StGB*, § 298, n.m. 1.

(12) Vid., en este sentido, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 41, nota 22. En contra de esta inclusión, BAJO FERNÁNDEZ, *Actividad empresarial*, p. 326.

(13) Vid., la referencia ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 41.

recoge como modalidades de la acción típica el engaño, la violencia, la intimidación y el uso de información privilegiada[14], dejando fuera del ámbito del Derecho penal los atentados contra la libre competencia que provienen de los acuerdos colusorios o del abuso de una posición de dominio[15].

2. La protección de la libre competencia en el Perú

En nuestro país, la regulación positiva asume el modelo de protección conjunta, lo que significa tener una protección tanto administrativa como penal de la libre competencia. La protección administrativa se materializa en la Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia (Decreto Legislativo 701), mientras que la penal se lleva a cabo mediante el delito de abuso de poder económico contemplado en el artículo 232 del Código penal. El análisis de ambas normativas muestra que nuestro ordenamiento jurídico ha asumido un sistema de protección conjunta con identidad de ilícitos. En efecto, la identidad de los ilícitos se pone de manifiesto con la remisión que hace el artículo 232 del Código penal a la regulación administrativa para precisar las conductas prohibidas.

Para diferenciar la infracción administrativa y el ilícito penal, la redacción original del artículo 19 del Decreto Legislativo 701 recurría a un criterio de diferenciación mixto (cualitativo-cuantitativo), en tanto se establecía que la infracción sería considerada delito si se hubiese cometido dolosamente (cualitativo) y generado un perjuicio

---

(14) Vid., con mayor detenimiento, Suárez González, en *Comentarios*, Rodríguez Mourullo (dir.), p. 819 y s.; Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PE, p. 129 y s.; Bajo Fernández/Bacigalupo Sagesse, *Derecho penal económico*, p. 560; Iñigo Corroza, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 292 y ss.; Moreno y Bravo, en Derecho penal económico, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 406 y ss.

(15) Vid., en este sentido, Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PE, p. 125; Quintero Olivares, en *Comentarios*, Quintero Olivares (dir.), p. 1305; Iñigo Corroza, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 294.

grave al interés económico general (cuantitativo). El encargado de señalar en cada caso concreto si se presentaban estos elementos cualificadores de la infracción era el órgano administrativo de protección de la competencia. Este criterio de delimitación ha sido, sin embargo, suprimido por el nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957), el cual ha contemplado una serie de modificaciones a normas procesales contenidas en leyes no procesales, dentro de las cuales se encuentra la modificación al artículo 19 del Decreto Legislativo 701 (inciso 8 de la Segunda Disposición Modificatoria y Derogatoria). La nueva redacción del artículo 19 abandona cualquier referencia a un criterio específico de delimitación, precisando solamente que el ejercicio de la acción penal es de oficio y que el órgano administrativo de protección de la competencia (la Comisión de Libre Competencia) pondrá en conocimiento del Ministerio Público los hechos que *considere* vulneran el artículo 232 del Código penal. Esta nueva situación va a traer serios problemas operativos, pues si bien la Comisión de Libre Competencia podrá mantenerse en el criterio de delimitación cualitativo-cuantitativo de la anterior redacción del artículo 19 del Decreto Legislativo 701, el Ministerio Público puede no seguir este criterio de delimitación y desarrollar uno propio, generándose, de esta manera, graves problemas de comunicación entre ambas instituciones. En atención a ello, consideramos de fundamental importancia que la nueva redacción del artículo 19 retome un criterio de delimitación de los ilícitos penales y administrativos, mejorando incluso el criterio utilizado en la redacción original del artículo 19 del Decreto Legislativo 701.

La protección conjunta de la libre competencia asumida por nuestro ordenamiento jurídico no termina en el delito de abuso de poder económico del artículo 232 del Código penal. Si se analiza el Código penal podrá también encontrarse otros tipos penales igualmente relevantes para proteger la libre competencia. En primer lugar aparece el delito de cárteles de licitación (artículo 241 del Código penal), en el que se tipifican conductas específicas que coinciden con la infracción administrativa del artículo 6 literal i) del Decreto Legislativo 701. No obstante, la redacción típica de este artículo del Código penal incluye supuestos no englobados por la prohibición

administrativa, como, por ejemplo, el hecho de alejar a los postores en un remate público, licitación pública o concurso público de precios mediante amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio. Del mismo modo, cabe señalar que si bien el delito de acaparamiento del artículo 233 del Código penal castiga hechos no necesariamente vinculados con atentados contra la libre competencia, determinados supuestos de abuso de posición de dominio y ciertas prácticas colusorias podrían ser relevantes para este tipo penal, en la medida que lleven a una limitación injustificada de la oferta, a una disminución de la producción o a un reparto del mercado, con la finalidad de alterar los precios[16]. En consecuencia, puede decirse que en el sistema de protección conjunta asumido por nuestro sistema jurídico existen también supuestos de identidad parcial entre los ilícitos penales y las infracciones administrativas.

III. LA PROTECCIÓN ADMINISTRATIVA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1. Antecedentes

Nuestro país estuvo durante mucho tiempo sujeto a un sistema estatal de fijación de precios, lo que significó limitar la protección legal del mercado a los supuestos que implicaban una alteración de los precios establecidos por el Estado. Si bien ya desde la Constitución Política de 1933 se contaba con una prohibición de los monopolios[17], la alterada política económica de nuestro país mantuvo una situación beneficiosa para los monopolios privados y, luego, para los estatales[18]. Pese a estos condicionamientos históricos, la Constitución Política de 1979 permaneció en la misma línea de prohibición de los monopolios de su antecesora, aunque admitiendo excepcionalmente la creación de monopolios por causa de interés social o

---

(16) Similarmente, respecto del Derecho penal español, Fernández/Paret/Ventura, *GJ* 218 (2002), p. 38 y s.

(17) Vid., Angulo Paulet, *Delitos*, p. 49.

(18) Vid., en este sentido, Abanto Vásquez, *El Derecho*, p. 343.

seguridad nacional[19]. Sin embargo, esta formulación de principio no fue luego desarrollada por leyes especiales durante la vigencia de la mencionada Constitución, a pesar de la demanda de ciertos sectores políticos por un desarrollo legal de la norma constitucional y de contarse incluso con un proyecto de ley antimonopolios[20]. La política económica siguió vinculada al sistema de control general de precios con las devastadoras consecuencias económicas que todos conocemos. Si acaso cabe destacar algo positivo en esta época, debemos hacer referencia al Decreto Supremo 407-85 EF del 5 de noviembre de 1985, mediante el cual se sometió a control de precios a empresas con una posición dominante en el mercado del 75 al 100 por ciento[21].

A partir del Gobierno de Fujimori operó un giro radical en la política económica del Estado, abandonándose el sistema de control de precios y pasándose a una configuración espontánea de los mismos según la oferta y la demanda[22]. Muy descriptivo es el artículo 1 del Decreto Supremo 226-90-EF que establecía: "A partir de las 00:00 horas del 9 de agosto de 1990 los bienes y servicios se fijarán de acuerdo al comportamiento de la oferta y la demanda, quedando comprendidos aquellos bajo el régimen de precios supervisados"[23]. El Decreto Supremo 234-90-EF operó el mismo cambio respecto de los productos alimenticios[24]. Este marco ofrecido por el modelo económico asumido propició la aparición del Decreto Supremo 296-90-EF, en el que por primera vez se prohibían el abuso de posiciones de dominio en el mercado y las prácticas colusorias contra la libre competencia[25]. No obstante, este Decreto

---

(19) Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *El Derecho*, p. 343. Críticamente por prohibir los monopolios en lugar de las prácticas monopólicas, BULLARD GONZÁLEZ, *Derecho y Economía*, p. 652.

(20) Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *El Derecho*, p. 345 y s.

(21) Vid. ABANTO VÁSQUEZ, *El Derecho*, p. 347.

(22) Vid., BULLARD GONZÁLEZ, *Derecho y Economía*, p. 640.

(23) Vid., FLINT BLANCK, *Tratado*, p. 339.

(24) Vid., FLINT BLANCK, *Tratado*, p. 340.

(25) Vid. ABANTO VÁSQUEZ, *El Derecho*, p. 347; FLINT BLANCK, *Tratado*, p. 337; LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, p. 208.

Supremo nunca se llevó a la práctica, entre otras cosas, debido a su falta de jerarquía legal[26].

En 1991 se expidió el Decreto Legislativo 701, el cual dio el marco legislativo para la regulación jurídica de la competencia y que un año después, junto con la creación del INDECOPI, ha permitido el desarrollo de un sistema administrativo de control de la libre competencia. Este Decreto Legislativo con sus modificatorias (especialmente el Decreto Legislativo 807), sigue siendo la norma vigente en cuanto a la regulación jurídica de la libre competencia. En él se establecen las conductas prohibidas que afectan la libre competencia, así como también ciertos supuestos excepcionales en los que no rige la prohibición. En caso de realizarse alguna de las conductas prohibidas, la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI está facultada para imponer las sanciones administrativas que la propia ley contempla. A esta norma de protección de la libre competencia hay que agregar la entrada en vigencia de la ley 26876, la cual introdujo en 1997 un sistema administrativo de control de fusiones en el sector eléctrico[27].

2. El Decreto Legislativo 701

A. Fin de protección

El Decreto Legislativo 701 establece en su artículo 1 que "la presente ley tiene por objeto eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores". Como puede verse, la citada norma sustenta la prohibición de las prácticas restrictivas de la competencia primeramente en un factor individual como

(26) Vid. Abanto Vásquez, *El Derecho*, p. 347.

(27) En el Derecho alemán, por el contrario, las disposiciones de control de fusiones se encuentran la ley contra prácticas restrictivas de la competencia. Vid., al respecto, Kohlhoff, *Kartellstrafrecht*, p. 34 y s.

es la libre iniciativa privada[28], pero seguidamente lo vincula con un criterio de carácter general: el mayor beneficio para los usurarios y consumidores. Precisamente la discusión sobre la preponderancia de uno de estos dos factores ha motivado la polémica doctrinal sobre el carácter puramente privado de los actos contra la libre competencia o el carácter, más bien, público del tema. Si se tratase de actos que quedan en la sola lesión de la libre iniciativa privada, todo debería terminar en el cese de la actividad lesiva y, de ser el caso, en una indemnización por el daño producido. La intervención del Estado sería, en el mejor de los casos, en el papel de árbitro dentro de un procedimiento trilateral[29]. Por el contrario, si el sustento de la legislación de protección de la libre competencia se encontrase en intereses colectivos como el mercado o los consumidores, no será el Derecho privado el autorizado para solventar estos conflictos, sino el Derecho administrativo. El mercado sería ocupación del Estado, lo que daría pie a hablar de un orden público económico cuya salvaguarda estaría en manos de una función de policía específica[30].

Atendiendo a las actuales circunstancias económicas y sociales, así como a las particularidades de nuestra legislación, creemos que resulta completamente válido sostener que la protección de la libre competencia tiene en nuestro país un carácter administrativo. Si bien la participación de los privados en el procedimiento administrativo es todavía relevante, se ha comenzado a aceptar cada vez más la intervención oficiosa del Estado[31]. En este sentido, puede sostenerse que la línea de evolución apunta hacia una publicitación de los conflictos suscitados por los actos dirigidos a eliminar o restringir la libre competencia. En la medida que los usuarios y los consumido-

---

(28) Vid., la competencia en su función de aseguramiento de la libertad, KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht*, p. 135 y ss.

(29) En este sentido, la opinión de MARTÍN TIRADO, en *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, p. 468 y s.

(30) Vid., SORIANO GARCÍA, *Derecho público*, p. 20.

(31) Vid., en este sentido, BAYLOS CORROZA, *Tratado*, p. 287.

res son considerados en la finalidad de protección de la norma, no cabe más que reconocer un interés general difícilmente reducible a un conflicto entre privados[32].

Una vez establecido que el Decreto Legislativo 701 se asienta en un interés general, conviene precisar, sin pretender tampoco un tratamiento exhaustivo, cuál es ese aspecto general. En la protección jurídica de la competencia pueden apreciarse fundamentalmente dos orientaciones diferenciadas[33]. Por un lado se encuentra el modelo surgido en los Estados Unidos de América, muy influenciado por las escuelas y teorías económicas. Esta influencia de los estudios económicos ha hecho que durante buen tiempo la discusión sobre el fin de protección de la regulación de la competencia gire en este país fundamentalmente en torno a la idea de la eficiencia económica y sus criterios de determinación[34]. Si bien el criterio de la eficiencia ha perdido actualmente en los propios Estados Unidos su casi exclusividad para fundamentar la protección de la competencia, como lo acredita la expedición de medidas que buscan reforzar otros intereses en el mercado[35], no puede desconocerse que este sistema sigue asentado en la eficiencia como interés social legitimante de la regulación de la competencia. Muestra de la importancia aún hoy dominante de la eficiencia en el sistema norteamericano es la actual discusión sobre la forma de apreciarla y si ésta se encuentra referida a los cárteles o, por el contrario, siempre a los consumidores.

En el sistema europeo, por el contrario, más que seguirse un criterio que atienda exclusivamente a los resultados económicos, se ha optado por un modelo de protección institucional de la compe-

---

(32) En la misma línea, Baylos Corroza, *Tratado*, pp. 284, 287.

(33) Vid., Kohlhoff, *Kartellstrafrecht*, p. 37.

(34) Sobre los criterios de la eficiencia (Pareto débil, Pareto óptimo y Kaldor-Hicks), Moschel, *Thémis* 36, p. 12 y ss.; Abanto Vásquez, *El Derecho*, p. 261 y ss.

(35) Por ejemplo, protección de la pequeña empresa, control de adquisiciones de empresas nacionales por extranjeras, etc. Vid., la referencia, Moschel, *Thémis* 36, p. 10 y s.; Abanto Vásquez, *El Derecho*, p. 259 y s.

tencia[36]. En efecto, se protege la competencia como institución que favorece la mejor asignación de recursos en la economía y consiguientemente el bienestar de los consumidores, pero también el aseguramiento de la libertad de los intervinientes en el mercado[37]. De esta manera, la libre concurrencia en el mercado se constituye en la finalidad de protección de la regulación legal, sancionándose con medidas administrativas las conductas dirigidas a afectar este elemento estructural del mercado[38]. Desde esta lógica de la protección, el solo hecho de que la afectación de las condiciones normales del mercado pueda resultar económicamente eficiente, no autoriza la realización de prácticas contra la competencia. La institución de la competencia se protege a pesar de la rentabilidad económica que pudiesen generar determinadas prácticas restrictivas, pues existen otros intereses, como el crecimiento del mercado común o la protección de la pequeña y mediana empresa, que también son merecedores de protección[39].

En nuestro país, se ha seguido, en líneas generales, el modelo europeo de protección de la competencia. El Decreto Legislativo 701 se refiere expresamente a la finalidad de eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, mientras que en la jurisprudencia administrativa se reconoce como bien jurídico tutelado el proceso competitivo en sí mismo[40]. Si bien la competencia misma se fundamenta en la eficiencia económica y finalmente en el bienestar de los consumidores, su protección se ha

---

(36) Vid. ABANTO VÁSQUEZ, *El Derecho*, p. 210; KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht*, p. 146. Sobre las llamadas doctrinas pluralistas en la protección de la competencia en los países europeos, MOSCHEL, *Thémis* 36, p. 9 y ss.

(37) Vid., en este sentido, KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht*, p. 135 y ss.

(38) Vid., SORIANO GARCÍA, *Derecho público*, p. 24.

(39) Vid., así MOSCHEL, *Thémis* 36, p. 10; BULLARD GONZÁLEZ, *Derecho y Economía*, p. 736, nota 59.

(40) Vid., así expresamente la Resolución de la Comisión de Libre Competencia 054-2003-INDECOPI/CLC de 10 de diciembre de 2003, p. 24/53; la Resolución de la Sala de Defensa de la Competencia N° 0224-2003/TDC-INDECOPI, p. 22/68.

institucionalizado con cierta independencia de estos conceptos. Esta afirmación no significa hacer impermeable la protección de la competencia a consideraciones económicas[41], pero se reconoce que las consideraciones económicas deben pasar necesariamente por el filtro valorativo de la *libertad de competencia* en el mercado.

B. Conductas prohibidas

En el artículo 3 del Decreto Legislativo 701 se declaran prohibidos y sancionados administrativamente los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general en el territorio nacional. Como puede verse, nuestra legislación administrativa ha seguido la distinción entre actos de abuso de posición de dominio y prácticas colusorias[42]. Si bien ambas formas de conductas prohibidas afectan la condición esencial de la libre competencia, resulta necesario hacer una exposición diferenciada de cada una de estas modalidades de conductas anticompetitivas para poder determinar los elementos constitutivos de cada tipo de infracción. No obstante, antes de entrar en una disposición diferenciada conviene hacer unas consideraciones generales sobre la forma de configuración de estas infracciones, pues se trata de un tema discutido no sólo en los diversos sistemas jurídicos, sino también en el propio desarrollo de la jurisprudencia administrativa nacional.

---

(41) Así la Resolución 0224-2003/TDC-INDECOPI de la Sala de Defensa de la Competencia de fecha 16 de junio de 2003 ha establecido que excepcionalmente, y siempre que puedan acreditarse en forma suficiente, precisa y coherente, efectos beneficios en la conducta cuestionada que superen el perjuicio a los consumidores y el instituto jurídico de la competencia, dicha conducta será calificada como restrictiva de la libre competencia, pero exenta de reproche y sanción debido a su balance positivo respecto de la afectación del interés económico general.

(42) Vid., Bullard González, *Derecho y Economía*, p. 657.

El modelo *antitrust* norteamericano parte del principio de la prohibición, es decir, de la ilegalidad de las prácticas restrictivas de la libre competencia[43]. No obstante, debido a la rigidez de este principio, se intentó atenuar la prohibición mediante la llamada regla de la razón (*rule of reason*)[44], la cual levantaba la prohibición de la conducta concreta por la preponderancia de las ventajas que dicha conducta traía consigo[45]. El reconocimiento de esta posibilidad de romper la prohibición general con una ponderación en el caso concreto dio lugar, sin embargo, a que los demandados alegasen de manera generalizada la "razonabilidad" de su conducta, lo que produjo una excesiva carga probatoria de los elementos necesarios para el juicio de ponderación. Ante esta situación, los tribunales optaron por simplificar la prohibición, en determinados casos, a la sola verificación de la conducta prohibida, lo que dio lugar a las llamadas prohibiciones *per se*[46]. Estos desarrollos han llevado finalmente a que en el actual Derecho *antitrust* norteamericano exista una convivencia entre reglas de la razón y prohibiciones *per se*[47], desarrollándose incluso ciertas formas intermedias como la llamada regla de la razón cortada o rápida, la cual prescinde del análisis del mercado y del poder de mercado[48].

En Europa, el desarrollo de las prohibiciones de los actos contra la libre competencia ha seguido un camino distinto. Después de haber acabado con los monopolios del Estado y las corporaciones,

---

(43) Vid., GARRIGUES, en *Temas*, p. 147 y s.

(44) Vid. GARRIGUES, en *Temas*, p. 153; FEDERMANN, *Kriminalstrafen im Kartellrecht*, p. 65. Sobre la incorporación de las reglas de la razón en la Robinson Patman Act (1936), BORINSKY, *Derecho penal económico*, p. 199.

(45) Vid., con mayor detalle, MALAMUD GOTI, *Derecho penal de la competencia*, 50 y s.; ABANTO VÁSQUEZ, *El Derecho*, p. 268.

(46) Vid., en este sentido, ABANTO VÁSQUEZ, *El Derecho*, p. 272; FEDERMANN, *Kriminalstrafen im Kartellrecht*, p. 65; GAGLIUFFI PIERCECHI, *Diálogo con la Jurisprudencia*, 60, Septiembre 2003, p. 60.

(47) Admite la convivencia de ambas reglas en un mismo sistema, BULLARD GONZÁLEZ, *Derecho y economía*, p. 656.

(48) Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *El Derecho*, p. 270.

la ideología decimonónica estaba fuertemente determinada por el respeto irrestricto de la libertad[49], lo que llevado al terreno económico significó el enarbolamiento de la libertad de empresa, industria y asociación[50]. A diferencia de los Estados Unidos que no tuvieron una edad media con fuerte control estatal, el pasado europeo no podía tolerar una negación al dogma de la libertad a través de prohibiciones a la libertad de pactos; y precisamente la prohibición de los cárteles implicaba tal negación[51]. No obstante, la rigidez de este esquema de interpretación quedó sin piso con la falsación de los presupuestos teóricos del liberalismo económico y principalmente con el reconocimiento de una competencia imperfecta, pues, a partir de ello se aceptó, entre otras cosas, que la competencia no podía ser enteramente libre. Es así que la crisis económica producida luego de la primera guerra mundial llevó al legislador alemán, por ejemplo, a crear la primera ley sobre cárteles[52], aunque debe precisarse que no se inspiró en el principio estadounidense de la prohibición, sino, más bien, en el principio del abuso[53]. En efecto, esta norma no estableció una prohibición general de los cárteles, sino que instituyó un control estatal para evitar los abusos. De esta manera, se reconocía la libertad de pacto, limitándose únicamente en caso de abuso de esta libertad.

La regulación de los cárteles desde la lógica del abuso no trajo consigo un efecto de inhibición en la conformación de los cárteles, sino que produjo, más bien, un efecto de legalización[54]. Esta legalización de los cárteles alcanzó su punto de mayor consolidación con las leyes de emergencia expedidas en Alemania entre los años 1930 y 1932, las cuales fueron creadas para efectivizar un proceso de carterización forzosa acorde con la organización económica de producción

---

(49) Vid., así, Garrigues, en *Temas*, p. 149.

(50) Vid., Tiedemann, en *Temas*, p. 285.

(51) Vid., Dannecker, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (hrsg.), 2. Aufl., 16, n.m. 9.

(52) Vid., Grützner, *Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen*, p. 99.

(53) Vid., la referencia Tiedemann, en *Temas*, p. 286; Garrigues, en *Temas*, p. 150.

(54) Vid., así, Grützner, *Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen*, p. 100.

de guerra de ese entonces. Después de la segunda guerra mundial, los aliados impulsaron en la Alemania occidental un proceso de decartelización de acuerdo con el principio americano de prohibición de los cárteles[55]. Esta convivencia de visiones distintas sobre la protección de la competencia ha hecho que las regulaciones posteriores de la competencia terminen por asumir una posición ecléctica entre el principio de la prohibición y el del abuso[56], tal como lo muestra la regulación comunitaria europea. Es así que la posición de dominio en el mercado no se encuentra prohibida, sino el abuso de tal posición, mientras que si bien se prohíben los acuerdos que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia, se admiten varias excepciones a los mismos[57]. En relación con la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia, la reforma de 2004 ha cambiado sustancialmente su configuración, pues actualmente la regla es la libertad y la prohibición ha pasado a ser la excepción (*hardcore* cárteles)[58].

En nuestro país, la tipificación de las infracciones administrativas contra la libre competencia ha asumido el modelo europeo actual[59]. El artículo 5 del Decreto Legislativo 701 prohíbe el abuso de la posición de dominio en el mercado, mientras que el artículo 6 hace lo propio con las prácticas colusorias. En lo que no ha habido tanta claridad es en la posibilidad de aceptar, como en la regulación europea, supuestos de excepción a la prohibición de las prácticas colusorias. En la redacción original del Decreto Legislativo 701 tal situación no ofrecía mayores dudas, ya que el artículo 7 contemplaba

---

(55) Vid., GRÜTZNER, *Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen*, p. 100.

(56) Vid., TIEDEMANN, *Wirtschaftstrafrecht*, BT, § 5, n.m. 158.

(57) Vid., BAYLOS CORROZA, *Tratado*, p. 301 y s.

(58) Vid., con mayores referencias, ÁGUILA-REAL, *InDret* 253, noviembre de 2004, p. 6 y s.

(59) Aunque ABANTO VÁSQUEZ, *El Derecho*, p. 358; FLINT BLANCK, *Diálogo con la Jurisprudencia* 60, septiembre 2003, p. 23 y ss., destacan que la influencia no ha sido directa, sino indirecta a través de la legislación argentina de la materia. Igualmente la Resolución de la Sala de Defensa de la Competencia N° 0224-2003/TDC-INDECOPI, p. 21/68.

de manera expresa ciertos supuestos de excepción[60]. Sin embargo, la derogación en 1994 de este artículo dio pie a que la jurisprudencia administrativa afirmara la incorporación de prohibiciones *per se* en el marco de las infracciones contra la libre competencia[61]. Evidentemente no se afirmaba que todas las prácticas colusorias fuesen a partir de entonces prohibiciones *per se*, pero se dejaba al juicio de la Comisión de Libre Competencia precisar en qué casos la práctica colusoria se configuraba como una prohibición *per se*. Esta interpretación de las prácticas colusorias tuvo, sin embargo, que sortear el tenor literal del artículo 3 del Decreto Legislativo 701 que exige que los actos restrictivos de la libre competencia "generen perjuicios para el interés económico general"[62]. Si este efecto perjudicial se entiende como un resultado de lesión[63], no quedará espacio posible para la aceptación de prohibiciones *per se*. No obstante, la Comisión de Libre Competencia no siguió esta interpretación estricta en un primer momento y, apoyada en la lógica de que la exigencia efectiva de un resultado de lesión económica limitaría considerablemente la sanción administrativa, entendió el perjuicio, más bien, como una afectación normativa al proceso competitivo que no requería de la determinación de un daño específico[64]. Con esta interpretación del

---

(60) Vid., la Resolución de la Sala de Defensa de la Competencia N° 0224-2003/TDC-INDECOPI, p. 26/68.

(61) Vid., así la Resolución N° 276-97-TDC-INDECOPI, de la Sala de Defensa de la Competencia que estableció como precedente de observancia obligatoria la existencia de una regla *per se* en el caso de *las concertaciones de precios, reparto de mercado, reparto de cuotas de producción y limitación o control de la producción*.

(62) A diferencia de la legislación argentina anterior, en donde la normativa requería solamente "que pueda resultar perjuicio sobre el interés económico general", lo que llevó a la jurisprudencia a discutir si se trataba de un peligro abstracto o concreto. Vid., al respecto, Borinsky, *Derecho penal económico*, p. 211 y ss.

(63) Vid. Abanto Vásquez, *El Derecho*, p. 353.

(64) En este sentido, con concretas referencias, Abanto Vásquez, *El Derecho*, p. 354. De una afectación abstracta habla Bullard González, *Diálogo con la Jurisprudencia*, 60, septiembre 2003, p. 50.

"perjuicio al interés económico general" no se impedía el reconocimiento de prohibiciones *per se*.

El panorama antes expuesto cambió considerablemente con la Resolución 0224-2003/TDC-INDECOPI de la Sala de Defensa de la Competencia[65]. Esta resolución sentó el precedente de observancia obligatoria, según el cual las prácticas restrictivas de la competencia, para que sean ilegales, deben ser capaces de generar un efecto restrictivo de la competencia y ser ejecutadas en el mercado[66], pero además admitió también que estas prácticas restrictivas de la competencia debían quedar exentas de reproche y sanción si es que se acreditaba en forma suficiente, precisa y coherente, ciertos efectos beneficios de la conducta cuestionada que superarían el perjuicio a los consumidores y al instituto jurídico de la competencia. Sobre la base de esta nueva línea jurisprudencial, el reconocimiento de prohibiciones *per se*, a lo que se llegó de alguna manera con la eliminación de los ámbitos de excepción del artículo 7[67], tendría apenas sustento, pues si bien se eliminó la posibilidad de control de la razonabilidad *ex ante*, se mantuvo la posibilidad de un control *ex post* con la exigencia del perjuicio general del artículo 3 del D. Leg. 701[68]. En este orden de ideas, una empresa incursa en un procedimiento administrativo sancionador podría evitar la sanción si demuestra que su conducta ha generado efectos beneficiosos preponderantes[69], adquiriendo las infracciones contra la libre competencia de esta forma un carácter fundamentalmente de regla de la razón.

---

(65) Con fuertes críticas, BULLARD GONZÁLEZ, *Diálogo con la Jurisprudencia*, 60, septiembre 2003, p. 41 y ss.

(66) Así, con opinión favorable, GAGLIUFFI PIERCECHI, *Diálogo con la Jurisprudencia*, 60, Septiembre 2003, p. 68.

(67) Vid. ABANTO VÁSQUEZ, *El Derecho*, p. 357.

(68) Vid., así, FLINT BLANCK, *Diálogo con la Jurisprudencia* 60, septiembre 2003, p. 26.

(69) Vid., la Resolución de la Sala de Defensa de la Competencia N° 0224-2003/TDC-INDECOPI, p. 26/68.

a. El abuso de posición de dominio en el mercado

La primera modalidad de atentado contra la libre competencia es el abuso de posición de dominio en el mercado. Presupuesto para poder cometer esta modalidad de práctica restrictiva de la libre competencia es poseer una posición de dominio en el mercado[70], la cual solamente puede determinarse a partir de un mercado relevante[71]. En el plano conceptual se afirma la posición de dominio cuando la empresa cuenta con poder económico e independencia de comportamiento en el mercado relevante[72]. En nuestro ordenamiento administrativo se destaca especialmente el elemento de la independencia de comportamiento, el cual se manifiesta en diversos factores como "la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución". Hay que precisar que esta enumeración legal de los factores sobre los que puede sustentarse la posición de dominio no es cerrada, de manera tal que la Comisión de Libre Competencia podría desarrollar jurisprudencialmente otros factores que evidencien igualmente una posición de dominio[73].

---

(72) Vid., Bullard González, *Derecho y Economía*, p. 712.

(71) En este sentido, Dannecker, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., n.m. 61; Hellmann/Beckemper, *Wirtschaftsstrafrecht*, n.m. 702; Borinsky, *Derecho penal económico*, p. 207, señalan que el primer paso para determinar la posición de dominio es delimitar el mercado relevante.

(72) Vid., Fernández-Lerga Garralda, *El Derecho*, pp. 179, 181 y ss.; Bullard González, *Derecho y Economía*, p. 699 y ss.; Abanto Vásquez, *El Derecho*, p. 360; Hellmann/Beckemper, *Wirtschaftsstrafrecht*, n.m. 703; Borinsky, *Derecho penal económico*, p. 207. En la jurisprudencia administrativa del INDECOPI puede citarse la Resolución 0078-1999/TDC-Indecopi de 5 de marzo de 1999 (publicada en *Actualidad Jurídica*, T. 109, diciembre 2002, p. 152 y ss.).

(73) En este sentido, Abanto Vásquez, *El Derecho*, p. 360.

En la regulación administrativa referida al abuso de posición de dominio vale la pena analizar brevemente el supuesto de posición de dominio colectiva. Esta situación de dominio se presenta en los casos en los que el dominio en el mercado no pertenece a una empresa en concreto, sino a varias empresas[74]. Hay que precisar que este supuesto especial de dominio no se refiere, como parecería ser, al caso de empresas que se encuentran económicamente vinculadas, sino al caso de empresas independientes que conjuntamente y sin acuerdo entre ellas, tienen una posición de dominio colectiva por la estructura singular del mercado[75]. En estos casos, la posición de dominio no recae en una de las empresas, sino en el conjunto de empresas, las cuales pueden aprovecharse de esa situación colectiva para excluir competidores o explotar a los consumidores.

Como puede desprenderse del tenor de la ley, la infracción administrativa no se configura con la sola posición de dominio, sino que es necesario que se abuse de esa posición de dominio[76]. El artículo 5 señala que "existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio". Se trata, pues, de una descripción bastante general que precisa muy poco la conducta prohibida[77]. Por esta razón, resulta lógico que este mismo

---

(74) Vid., igualmente en el Derecho comunitario europeo, FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, *El Derecho*, pp. 180, 202 y ss.

(75) Vid., así, en la Resolución 0225-2004-TDC-INDECOPI de 4 de junio de 2004, p. 42 de 50, respecto del mercado de las AFPs.

(76) Vid., BULLARD GONZÁLEZ, *Derecho y Economía*, p. 667; ABANTO VÁSQUEZ, *El Derecho*, p. 359; PEÑA CABRERA FREYRE, *Actualidad Jurídica* T. 144, nov. 2005, p. 110. En el Derecho comunitario europeo, FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, *El Derecho*, p. 176. Frente a la constitución de una posición de dominio podría procederse sólo preventivamente mediante un control de fusiones (Vid., en este sentido, TIEDEMANN, en *Temas*, p. 269 y s.).

(77) La Resolución 0225-2004-TDC-INDECOPI de 4 de junio de 2004, p. 11 de 50, considera, sin embargo, que el artículo 5 del D. Leg. 701 precisa suficientemente la conducta prohibida.

artículo busque concretar la conducta prohibida con la ejemplificación de casos a través de la técnica de los "ejemplos regulares o típicos" usual en el Derecho alemán[78]. No obstante, debe señalarse que siempre se deja abierta la posibilidad de que la Comisión determine otros supuestos de abuso de posición de dominio aunque no estén específicamente descritos en el artículo 5, como lo pone de manifiesto el propio literal f) al admitir "otros casos de efecto equivalente"[79]. La decisión sobre si un caso no previsto constituye abuso de una posición de dominio en el mercado quedará en manos de la Comisión, aunque ciertamente con la obligación de demostrar su equivalencia normativa con los casos ejemplificados en la ley.

La descripción general del abuso de posición de dominio establece ciertos aspectos que convienen ser destacados brevemente. En primer lugar, el agente con posición de dominio debe actuar de manera indebida, lo que significa producir un daño distinto al mero daño concurrencial, es decir, al daño derivado de una competencia leal y libre por medio de precios, calidad y condiciones de comercialización[80]. En cuanto al aspecto subjetivo del autor, se exige que el agente tenga la finalidad de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, lo que implicaría castigar solamente los supuestos dolosos[81]. Esta conclusión parece perfectamente plausible, ya que el concepto de abuso conlleva, por definición, la intención de excederse en el ejercicio de un derecho o posición jurídica para beneficiarse o perjudicar a un tercero. Sin embargo, a pesar de que podría interpretarse este requisito como un elemento subjetivo, estamos, en realidad, ante

---

(78) Vid., Abanto Vásquez, *El Derecho*, p. 365 y s.

(79) Vid., Bullard González, *Derecho y Economía*, p. 714.

(80) Vid., Baylos Corroza, *Tratado*, p. 257y ss.; Bullard González, *Derecho y Economía*, p. 710 y s.

(81) Vid, Bullard González, *Derecho y Economía*, p. 745. Por el contrario, entiende que hay supuestos de configuración únicamente objetiva, Flint Blanck, *Tratado*, p. 533. Vid., el origen comunitario de este requisito general, Fernández-Lerga Garralda, *El Derecho*, p. 179. En el Derecho alemán la sanción administrativa alcanza a los comportamientos culposos; Vid., así, Dannecker, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 16, n.m. 28.

un elemento normativo que deberá precisar la Comisión de Libre Competencia, en la medida que debe determinarse si esos beneficios o perjuicios sobre terceros hubieran sido posibles de no existir la posición de dominio. Se trata de un aspecto objetivo de la conducta y no de un elemento subjetivo del autor.

Si la obtención de beneficios y causación de perjuicios a otros se constituye en un elemento objetivo, resulta necesario establecer cómo se verifica. En líneas generales, la opinión mayoritaria se inclina a entender que tal determinación no es *ex post*, sino que se trata de un juicio sobre su idoneidad *ex ante*[82]. Esta idoneidad general se afirma, sin mayores inconvenientes, en los supuestos de abuso expresamente establecidos en el artículo 5, tal como lo ha admitido igualmente la Comisión de Libre Competencia al aceptar automáticamente el abuso una vez subsumida la conducta en alguno de los ejemplos típicos[83]. Por el contrario, en el caso de las llamadas conductas de efecto equivalente, tal juicio de idoneidad *ex ante* resultará constitutivo de la infracción, por lo que de no verificarse en el procedimiento administrativo, la prohibición de esta conducta carecerá de sustento. Hay que agregar, sin embargo, que la Resolución 0224-2003/TDC-INDECOPI de la Sala de Defensa de la Competencia admite, con base en la interpretación del artículo 3 del Decreto Legislativo 701, que un juicio *ex post* puede eximir de reproche y sanción administrativas a una conducta anticompetitiva, siempre que se demuestre la falta de afectación al interés general.

En cuanto a las distintas conductas constitutivas de abuso de posición de dominio, la doctrina y la jurisprudencia internacionales han distinguido dos grupos: las conductas exclusorias y las explotativas[84]. Mientras las primeras implican un abuso de posición de dominio con efecto exclusorio de competidores, las segundas constituyen una explotación abusiva de la posición de dominio en bene-

---

(82) Vid., similarmente BULLARD GONZÁLEZ, *Derecho y Economía*, p. 714; ABANTO VÁSQUEZ, *El Derecho*, p. 161.

(83) Vid., con opinión favorable, ABANTO VÁSQUEZ, *El Derecho*, p. 365.

(84) Vid., DANNECKER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., n.m. 63 y ss.; BORINSKY, *Derecho penal económico*, p. 204.

ficio propio. Respecto de las conductas exclusorias, existe acuerdo en los distintos sistemas de protección de la competencia sobre su ilegalidad, mientras que las explotativas solamente son pasibles de sanción, bajo determinadas circunstancias, en algunos sistemas jurídicos (de tradición europea continental)[85]. En nuestro país, la Comisión de Libre Competencia ha asumido una interpretación restrictiva de la regulación legal, conforme a la cual se niega la ilegalidad de las conductas explotativas[86]. Los supuestos de abuso de posición de dominio expresamente prohibidos por la legislación nacional estarían constituidos solamente por conductas exclusorias de la competencia. Por su parte, la Sala de Defensa de la Competencia ha asumido una interpretación distinta, en la medida que considera posible incluir también en el ámbito de prohibición administrativa a las conductas explotativas[87].

Expuestas las características generales del abuso de posición de dominio que se encuentra administrativamente sancionado, resultaría pertinente entrar en el análisis detallado de los supuestos específicos que la normativa administrativa califica de abuso de posición de dominio. Sin embargo, no vamos a llevar a cabo este análisis en este lugar, pues resulta mucho más adecuado para los fines de nuestra exposición referirnos a ellos en el contexto de los delitos contra la libre competencia.

b. Prácticas colusorias

Las prácticas colusorias están reguladas en el artículo 6 del Decreto Legislativo 701. De manera general se les define como "los acuerdos,

---

(85) Así, en el Derecho de cárteles alemán, Dannecker, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., n.m. 66.

(86) Vid., la Resolución de la Comisión de Libre Competencia 046-2003-INDECOPI/CLC. Con base en esta idea, la Resolución de la Comisión de Libre Competencia 054-2003-INDECOPI/CLC de 10 de diciembre de 2003, p. 39, de 53, le niega el carácter de conducta con efecto equivalente a los llamados "precios abusivos", en la medida que no generan un efecto exclusorio.

(87) Vid, la Resolución 0225-2004-TDC-INDECOPI, aunque no se ha constituido como precedente de observancia obligatoria.

decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia". En esta descripción se trata de incluir las distintas formas de manifestación de la confabulación entre competidores o de actuaciones unilaterales que apuntan a afectar la competencia[88]. El elemento colusorio se puede apreciar con facilidad en el caso de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas. Sin embargo, resulta menor el grado de acuerdo que se presenta en las recomendaciones y actuaciones paralelas[89]. El primero es una forma sutil de ir generalizando una decisión[90], mientras que el segundo constituye un indicio de acuerdo que permite aceptar, junto con otros indicios, su demostración procesal[91]. De cualquier forma, resulta necesario que en ambos casos pueda sustentarse un cierto concierto expreso o tácito entre las empresas, aunque no se haya manifestado en ningún acuerdo formal[92].

En la descripción general de las prácticas colusorias destaca el resultado exigido por la prohibición: "produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia". Como puede verse, nuestra legislación ha seguido la teoría del efecto en lugar de la teoría del fin, en la que solamente se requiere que el acuerdo tenga el efecto de restringir la competencia[93]. Pese a que la legis-

---

(88) Esta equiparación no impide, sin embargo, el mayor reproche a la conducta que resulta de la cooperación de varios individuos que la que es resultado de un actuación unilateral [Vid., al respecto, COHEN, G.M., *The Collusion Problem in Agency Law*, p. 11 (www.ssrn.com)].

(89) Vid., PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, III, p. 227 y s.

(90) La prohibición de recomendación en el Derecho de cárteles alemán se sustentó en el carácter de fraude a la ley de conductas que si bien no constaban de un acuerdo producían el mismo efecto restrictivo de la competencia, Vid., DANNECKER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 16, n.m. 23, 56.

(91) Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *El Derecho*, p. 212 y s.; FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, *El Derecho*, p. 118 y s.

(92) Vid., así, FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, *El Derecho*, p. 87; BULLARD GONZÁLEZ, *Derecho y Economía*, p. 766; FLINT BLANCK, *Tratado*, p. 614.

(93) La teoría del fin es asumida en el Derecho de cárteles alemán, tal como lo pone de manifiesto DANNECKER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 16, n.m. 49.

lación nacional hace referencia al efecto de la conducta, hay que indicar que la redacción utilizada no exige necesariamente un efecto perjudicial sobre la competencia, sino que basta con la potencialidad para ello ("pueda producir")[94]. En este sentido, la infracción administrativa se configurará con la sola idoneidad de la conducta para afectar la libre competencia, con independencia de si efectivamente se ha producido tal efecto restrictivo. Si bien el término "impedir" evidencia la necesidad de un perjuicio sobre la competencia, los términos "restringir" o "falsear" permiten graduar la intensidad del impacto que tiene la conducta sobre el mercado y facilitan, de esta manera, la aplicación de la norma a los distintos supuestos[95].

Pese al tenor de la ley, el desarrollo de la jurisprudencia administrativa ha sido más restrictivo en la interpretación del efecto restrictivo de la competencia de las prácticas colusorias. La Resolución 0224-2003/TDC-INDECOPI de la Sala de Defensa de la Competencia requiere que, además de la idoneidad de la conducta para afectar la competencia, ésta debe haberse ejecutado en el mercado, de manera tal que el solo acuerdo no ejecutado no daría pie aún para imponer una sanción administrativa. Esta resolución agrega incluso que, al igual que el abuso de posición de dominio, un juicio *ex post* que demuestre la no afectación del interés económico general permitiría eximir de sanción administrativa a pesar de la ilegalidad de la conducta[96]. Como puede verse, no basta la simple posibilidad de afectar la competencia, sino que es necesaria la generación de un peligro concreto de afectación de la competencia mediante la ejecución del acuerdo.

En cuanto a los supuestos específicos de prácticas colusorias, hay que señalar que el artículo 6 del Decreto Legislativo 701 hace una descripción detallada de los mismos, aunque debe precisarse

---

[94] Sobre la determinación de este elemento de las prácticas colusorias con un baremo objetivo en el ámbito administrativo, Hellmann/Beckemper, *Wirtschaftsstrafrecht*, n.m. 686.

[95] Vid., Fernández-Lerga Garralda, *El Derecho*, p. 145.

[96] Vid., Resolución 0224-2003/TDC-INDECOPI de la Sala de Defensa de la Competencia, p. 31/68.

que no se trata de una lista cerrada, sino que también aquí se ha seguido la técnica legislativa de los "ejemplos regulares o típicos". En este sentido, la Comisión de Libre Competencia está facultada para castigar otros casos que no estén descritos específicamente, pero que tengan efecto equivalente respecto de la libre competencia[97]. Al igual que los supuestos de abuso de posición de dominio, consideramos más conveniente para nuestra exposición dejar el tratamiento de los supuestos específicos de prácticas colusorias también para el examen de los delitos contra la libre competencia.

C. Sanciones administrativas

Para determinar si una o varias empresas han realizado alguna de las conductas prohibidas por el Decreto Legislativo 701 debe seguirse un procedimiento administrativo normado en sus artículos 15 y siguientes. De resultar probada la existencia de una infracción administrativa, la Comisión de Libre Competencia podrá imponer la sanción administrativa de multa[98]. La multa debe recaer sobre la empresa que ha realizado la conducta restrictiva de la competencia. Además de la sanción que a criterio de la Comisión corresponda imponer a la empresa o entidad, se podrá imponer una multa de hasta cien (100) UITs a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas.

La cuantía de la multa se impone en función de la gravedad de la infracción. Si la infracción es muy grave, la sanción pecuniaria podrá ser superior a mil UITs, mientras que si es grave o leve no podrá superar dicho monto. La multa a imponer tiene como tope en ambos casos el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor en el ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión. En cuanto a los criterios para determinar la gravedad de la infracción, el artículo 23 del Decreto Legislativo 701 establece un

---

(97) Críticamente, ABANTO VÁSQUEZ, *El Derecho*, p. 389.

(98) Vid., sobre el efecto disuasorio de la multa, BULLARD GONZÁLEZ, *Derecho y Economía*, p. 797 y s.

conjunto de criterios referidos al hecho: la modalidad y alcance de la restricción de la competencia; la dimensión del mercado; la cuota del mercado de la empresa correspondiente; los efectos de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos y potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usurarios; la duración de la restricción de la competencia; y la reiteración en la realización de las conductas prohibidas. Esta enumeración de criterios de determinación de la gravedad de la infracción no es cerrada, por lo que puede considerarse aspectos referidos al autor como, por ejemplo, los motivos del autor, el grado de dolo, etc.[99]. En caso de reincidencia, la Comisión podrá duplicar las multas impuestas, incrementándolas sucesiva e ilimitadamente.

IV. LA PROTECCIÓN PENAL DE LA LIBRE COMPETENCIA

1. El bien jurídico penalmente protegido

Como ya lo dijimos al iniciar este capítulo, el artículo 58 de la Constitución Política del Estado reconoce que la economía de mercado constituye uno de los pilares sobre los que se asienta nuestro modelo económico. No obstante, la efectiva vigencia de una economía de mercado no se consigue por una especie de ordenación natural de la economía, sino que es necesario que el Estado asuma cierta actividad garantizadora de las condiciones del mercado a través de los diversos mecanismos de corrección de los que dispone. Uno de esos mecanismos de corrección es el ordenamiento jurídico, al cual se le asigna concretamente la misión de asegurar normativamente la vigencia de las condiciones del mercado. Dentro de las diversas condiciones del mercado destaca especialmente la llamada libre competencia, tal como se desprende del artículo 61 de la Constitución Política que impone al Estado el deber de facilitar y vigilar la libre competencia, castigando toda práctica que la limite[100].

---

(99) Vid., así, Dannecker, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 16, n.m. 96.

(100) Vid., en este sentido, Blume Fortín, *Thémis* 36, p. 36; Peña Cabrera, *Tratado*, PE, III, p. 222; Bramont-Arias Torres/García Cantizano, *Manual*, PE, p. 393.

Si la determinación del bien jurídico penalmente protegido se ubica en el nivel de exposición general acabado de hacer, entonces no cabrá más que admitir una identidad funcional entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Ambos ordenamientos protegerían, con sus propios mecanismos de reacción, la libre competencia en el mercado[101]. Esta perspectiva general, sin embargo, resulta aún insuficiente para determinar lo propiamente protegido por las concretas prohibiciones penales, pues en este nivel de exposición no se diferencia la forma de protección del Derecho administrativo sancionador y la forma de protección del Derecho penal.

Como ya lo hemos precisado (Tomo I, Cap. II, punto III, 3), al Derecho administrativo sancionador le corresponde una función de mantenimiento de la funcionalidad global de la competencia, lo que hace que el ilícito administrativo se encuentre configurado por la afectación al sistema competitivo global. En efecto, el perjuicio a la funcionalidad del sector no es apreciado por el Derecho administrativo desde la particularidad del hecho infractor, sino desde una perspectiva institucional, es decir, bajo la óptica de lo que sucedería con el sistema competitivo si ese hecho se generalizara[102]. Por el contrario, el Derecho penal no se centra en el funcionamiento global de la competencia, sino en las concretas afectaciones que produce el ilícito en la constitución de la sociedad. En este sentido, la reacción penal no recurre a una perspectiva globalizada, sino, más bien, a una perspectiva individual que atiende a lo concretamente defraudado por el ilícito penal[103]. En este sentido, solamente podrá hablarse

---

(101) Así lo hacen quienes entienden que el bien jurídico es la libre competencia: ANGULO PAULET, *Delitos*, p. 53 y ss.; PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, III, p. 221; MAZUELOS COELLO, *Lecciones*, p. 130; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 27 y ss.; BRAMONT-ARIAS/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 393; FLINT BLANCK, *Tratado*, p. 796; REYNA ALFARO, *Manual*, p. 465; PEÑA CABRERA FREYRE, *Actualidad Jurídica* T. 144, noviembre 2005, p. 110. En esta línea se encuentra también la Exposición de Motivos del Código Penal, Vid., VILLAVICENCIO TERREROS, *Código Penal Comentado*, p. 18.

(102) Vid., de manera general, SILVA SÁNCHEZ, *AP* 24 (1998), p. 443; EL MISMO, *La expansión*, p. 126.

(103) Vid., SILVA SÁNCHEZ, *AP* 24 (1998), p. 442.

de fin de protección de la norma administrativa o bien jurídico penalmente protegido en un nivel más específico de desarrollo de la reacción estatal.

A partir de la decisión del legislador penal de incriminar determinados actos contra la libre competencia, hay que precisar el bien jurídico protegido por las normas penales. Como la regulación penal no se centra en estos casos en afectaciones individuales, un sector de la doctrina penal recurre a la figura del bien jurídico colectivo o supraindividual para determinar el fin de protección de los delitos contra la libre competencia[104]. Este parecer presupone que el Derecho penal, además de proteger bienes jurídicos individuales, protege también bienes jurídicos supraindividuales. Cuál es concretamente este bien colectivo protegido en los delitos contra la competencia, es objeto de discusión en la doctrina: el bienestar común, el mercado mismo, los intereses económicos generales, etc.[105]. A esta propuesta de interpretación se le han formulado diversas críticas, las cuales podrían resumirse en dos ideas: la vaguedad conceptual del bien jurídico supraindividual y la falta de lesividad de la conducta delictiva respecto de dicho bien jurídico protegido. Sin entrar en detalle sobre la certeza o no de ambas críticas, lo que queda claro es que no puede usarse un mismo concepto de bien jurídico para legitimar la protección penal y la imposición concreta de una pena. El bien jurídico penalmente protegido debe encontrarse en el concreto aspecto que busca ser garantizado con la imposición de la sanción penal.

El panorama puede presentarse diferente si el delito deja de interpretarse como la lesión un objeto valorado positivamente y se

---

(104) Vid., Peña Cabrera, *Tratado*, PE, III, p. 221; Abanto Vásquez, *Thémis* 36, p. 143 y s. En Argentina, Malamud Goti, *Derecho penal de la competencia*, p. 28 y ss. En España igualmente Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PE, p. 126. En la misma línea aunque acercando el bien jurídico supraindividual a las expectativas de conducta, Iñigo Corroza, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 292.

(105) Vid., con mayores referencias, Malamud Goti, *Derecho penal de la competencia*, p. 26 y s.

entiende más bien como la defraudación de una expectativa normativa esencial de la organización social. Desde esta segunda forma de comprensión, la defraudación que produce el delito puede tener lugar tanto en el ejercicio de ciertos derechos individuales como en ciertas estructuras sociales de participación, siendo lo realmente importante determinar la concreta expectativa normativa de conducta que resulta afectada por la conducta del autor. En este orden de ideas, puede afirmarse que en los delitos contra la libre competencia lo que se protege concretamente es la expectativa normativa que tienen los agentes económicos de poder participar en el mercado sin restricciones artificiales creadas por otros participantes y sin ser objeto de explotación por medio del abuso de una posición de dominio en el mercado. Esta defraudación penalmente relevante requiere cierto nivel de afectación del esquema de orientación de los intervinientes en el mercado por parte de quienes cuentan con el poder de imponer sus propios intereses[106]. Con la imposición de la sanción penal se apunta a restablecer la vigencia social de la norma puesta en tela de juicio por el delito cometido, esto es, la norma que garantiza las condiciones normales de acceso y de obtención de beneficios en el mercado.

2. Delimitación del delito respecto de la infracción administrativa

En la medida que nuestro sistema jurídico asume una protección conjunta de la libre competencia con identidad de criterios, se hace necesario delimitar la infracción administrativa de la conducta delictiva. El artículo 19 del Decreto Legislativo 701 asumió, en un primer momento, esa función, definiendo el injusto penal a partir de dos elementos de la prohibición: el dolo y el perjuicio producido. Sin embargo, la modificación de este artículo de la ley de represión de las conductas anticompetitivas operada con la entrada en vigencia del Código procesal penal, ha dejado sin ningún referente legal para hacer la delimitación de los injustos. Por esta razón, resulta

(106) Sobre el poder como elemento neutral del sistema económico, KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht*, p. 99.

necesario determinar si es conveniente mantenernos con los criterios de la anterior regulación o desarrollar una nueva propuesta de delimitación.

A. Los criterios de delimitación establecidos por la versión original del artículo 19 del Decreto Legislativo 701

Tal como lo acabamos de decir, la redacción anterior del artículo 19 de la ley contra las prácticas restrictivas y limitativas de la libre competencia establecía como criterio de determinación del ilícito penal el dolo especial y el grave perjuicio. A este criterio de delimitación se le criticó no mostrarse con la claridad deseable, lo que motivó que la jurisprudencia administrativa emprendiera la labor de concretar la formulación general de estos dos elementos. Los desarrollos jurisprudenciales llegaron a las siguientes conclusiones:

- *El dolo especial*: El dolo requerido para el ilícito penal no debía entenderse como el simple conocimiento y la voluntad de realización del tipo penal, sino que debía tratarse de un dolo especial que se manifestaba por el hecho de continuar realizando prácticas restrictivas de la libre competencia a pesar de haberse recibido una orden de cese de la Comisión[107]. Este parecer resultaba sumamente cuestionable, en la medida que abandonaba la perspectiva de la competencia y entraba en el buen funcionamiento de la Administración Pública. El incumplimiento de las órdenes expedidas por la Comisión debía configurar en todo caso un delito de desobediencia a la autoridad del artículo 368 del Código penal[108], del mismo modo que cualquier otro acto de desobediencia a una orden expedida por la autoridad pública. La única alternativa dogmáticamente viable para hacer valer esta configuración especial del dolo habría sido afirmar que en los delitos contra la competencia, o en los económicos en general, no basta un dolo natural, sino que se requiere además el

(107) Vid., Abanto Vásquez, *El Derecho*, p. 394.

(108) Vid., Abanto Vásquez, *El Derecho*, p. 395.

dolus malus[109]. Este dolo malo se vería confirmado precisamente por el hecho de que el agente económico recibió una orden de cese de la Comisión. No obstante, nuestra regulación del error (artículo 14) presenta dificultades para poder admitir tal comprensión sin un cambio en las reglas generales[110]. Por esta razón, el elemento del dolo especial perdería su idoneidad para delimitar el ilícito penal.

- *El perjuicio producido*: El ilícito penal requería un perjuicio con "graves consecuencias para el interés económico general". Pese a la extrema vaguedad de este elemento de delimitación[111], quedaba claro que este criterio implicaba un *plus* cuantitativo de la infracción penal, de manera tal que no constituía un daño solamente normativo, sino un daño empíricamente medible. En este orden de ideas, aspectos como el perjuicio para los consumidores, la pluralidad de afectaciones o la entidad económica de los daños, debían ser tomados en cuenta para afirmar la mayor gravedad cuantitativa del ilícito penal. La falta de idoneidad del elemento del dolo especial para delimitar el ilícito administrativo y el ilícito penal, provocaba que el requisito de la grave afectación se constituyera en el criterio más adecuado para poder llevar a cabo tal delimitación, pese a su carácter excesivamente indeterminado.

B. Propuesta de interpretación

La actual redacción del artículo 19 del Decreto Legislativo 701, tal como ya lo hemos indicado, no hace referencia a criterio alguno de delimitación entre la infracción administrativa y el delito. Si bien podría mantenerse el criterio de delimitación de la regulación anterior, nada impide que la Comisión o el Ministerio Público opten por un criterio de delimitación distinto. Lo deseable habría sido que la nueva redacción del artículo 19 del Decreto Legislativo 701 hubiese incorporado un criterio preciso de delimitación y evitar así niveles

---

(109) Vid. ABANTO VÁSQUEZ, *El Derecho*, p. 395 y s.

(110) Vid., así, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, T. I, p. 529.

(111) Así en la normativa argentina, BORINSKY, *Derecho penal económico*, p. 223.

intolerables de inseguridad en la labor de interpretación. Dadas estas circunstancias, corresponde a la doctrina y especialmente a los tribunales desarrollar un criterio adecuado de delimitación entre la infracción administrativa y el ilícito penal. Por esta razón, vamos a proceder a esbozar una propuesta de interpretación de los aspectos que deben definir los delitos contra la competencia frente a las infracciones administrativas del Decreto Legislativo 701.

Desde nuestra concepción del delito, el ilícito penal contra la libre competencia requiere un nivel de afectación del modelo de orientación de los intervinientes en el mercado. En este sentido, resulta necesario que la conducta típica haya producido una limitación del ámbito de libre actuación o de las posibilidades de elección de dichos sujetos[112]. En el caso de las conductas de abuso de posición de dominio, la afectación de la libertad se presenta con la exclusión de otros competidores (libertad de participación en el mercado) o con la explotación del consumidor (libertad de elección en el mercado). En el caso de las prácticas colusorias, la afectación tiene lugar en la medida que se limita el ámbito de libre actuación de los intervinientes en el mercado mediante la configuración artificial de las condiciones de adquisición de los bienes o servicios. La necesidad de constatar estas afectaciones en los delitos contra la libre competencia excluye la posibilidad de admitir en el ámbito penal prohibiciones *per se*.

En lo que respecta al elemento subjetivo, los delitos contra la libre competencia requieren necesariamente la presencia del dolo del autor. Las conductas restrictivas de la libre competencia culposas, por más reprochables que puedan parecer, no pueden dar pie a una imputación de carácter penal[113], pues la regla del artículo 12 del Código penal limita la imputación de los tipos penales a la actuación dolosa, a no ser que se establezca expresamente una punición de la conducta culposa, lo cual no sucede en los delitos contra la libre competencia. En cuanto al dolo, hay que indicar que los

---

(112) Vid., así, Kohlhoff, *Kartellstrafrecht*, p. 164.

(113) Igualmente, de *lege ferenda*, Kohlhoff, *Kartellstrafrecht*, p. 182.

delitos contra la libre competencia pueden realizarse tanto con dolo directo como con dolo eventual[114], salvo el caso de la modalidad de prácticas colusorias, pues el tipo penal requiere tener por objeto la restricción de la libre competencia. Esta exigencia típica trae como consecuencia que el delito solamente pueda tener lugar con dolo directo del autor.

Con base en lo anteriormente expuesto, puede concluirse que como delito contra la libre competencia solamente podrá castigarse la realización dolosa de conductas anticompetitivas que produzcan un efecto limitador de la libertad de actuación o elección de los intervenientes en el mercado, sea en la calidad de competidores, sea en la calidad de consumidores. Por lo tanto, en el ámbito administrativo quedarán las actuaciones culposas, así como aquellas que simplemente afectan las reglas de ordenación de la libre competencia sin producir (aún) una afectación efectiva de la libertad de los otros intervinientes en el mercado. Si el criterio material que proponemos puede ajustarse al tenor de los tipos penales, requiere entrar en el estudio de las figuras delictivas correspondientes.

3. Figuras típicas

La configuración de los tipos penales ha seguido en nuestro Código penal una tipificación amplia y otra específica. Con la tipificación amplia utilizada por el delito de abuso de poder económico del artículo 232 del Código penal, se castiga penalmente todos los ilícitos administrativos contra la libre competencia siempre que alcancen la gravedad del ilícito penal. Por consiguiente, todos los casos seguidos en sede administrativa podrían tener eventualmente una relevancia penal. Esta particularidad de la tipificación de los delitos contra la libre competencia tiene consecuencias importantes en el trabajo de la Comisión de Libre Competencia, pues dicha Comisión estaría obligada a investigar en todos los hechos si se dan los niveles de gravedad penal, incluso en los casos, si es que cabe admitirlos, de prohibiciones *per se*. En efecto, por mandato del artículo 19 del

[114] Así, la opinión de KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht*, p. 182.

Decreto Legislativo 701, la Comisión tendría la obligación de determinar si no se presentan los elementos de agravación del injusto penal para ponerlo en conocimiento del Ministerio Público, perdiendo, de alguna manera, utilidad el aligeramiento de prueba que producen las prohibiciones *per se*[115]. Bajo estas circunstancias, hubiese sido más conveniente hacer una descripción específica de las conductas penalmente relevantes (por ejemplo, las licitaciones colusorias o la fijación concertada de precios), de manera tal que sólo se penalicen aquellas prácticas restrictivas de la libre competencia que contienen usualmente un desvalor propiamente penal. Con una tipificación específica de los ilícitos penales, la Comisión tendría que investigar los criterios de gravedad penal solamente en los supuestos específicamente tipificados en el Código penal.

Por el contrario, en el artículo 241 inciso 3 del Código penal se ha seguido una tipificación específica del supuesto de las licitaciones colusorias. No obstante, las modificaciones hechas al Decreto Legislativo 701 han generado ciertos problemas interpretativos en la configuración de este delito. Esta conducta no estuvo originalmente regulada de manera expresa como infracción administrativa en el Decreto Legislativo 701. Por el contrario, el Código penal sí la tipificó desde un principio como un supuesto punible de los llamados cárteles de licitación (artículo 241 inciso 3). En este contexto legislativo, la única interpretación coherente era entender que esta práctica colusoria se encontraba, por su gravedad, tipificada sólo penalmente. Sin embargo, el Decreto Legislativo 807 incorporó posteriormente las licitaciones colusorias dentro del artículo 6 literal i) del Decreto Legislativo 701, lo que ha originado la necesidad de determinar si la licitación colusoria debe castigarse con el delito de abuso de poder económico o con el delito de licitaciones colusorias. En nuestra opinión, el castigo de las licitaciones colusorias debe hacerse preferentemente con el artículo 241, pero no por un criterio de especialidad[116], sino porque la conducta prohibida se encuentra descrita en el propio tipo penal, a diferencia de la tipificación con

---

[115] En el mismo sentido, Kohlhoff, *Kartellstrafrecht*, p. 41.

[116] Como lo sostiene Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 96.

base en el artículo 232. No obstante, las licitaciones colusorias quedarán en manos del artículo 232 en dos casos. En primer lugar, cuando la práctica colusoria sea cometida en una subasta pública, pues este proceso de selección no se encuentra contemplado en el artículo 241 del Código penal. En segundo lugar, cuando la colusión en la licitación, concurso o remate públicos se haya ejecutado con un efecto restrictivo del ámbito de libertad de actuación de los agentes económicos, pues, en estos casos, el artículo 232 del CP recoge el desvalor de resultado de dicha práctica restrictiva de la libre competencia.

A. Delito de abuso de poder económico (artículo 232)

El delito de abuso de poder económico castiga de manera general las conductas restrictivas de la libre competencia especialmente graves. Al igual que la regulación administrativa, se diferencian la modalidad de abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias. La descripción contenida en el tipo penal resulta, sin embargo, tan general que podría cuestionarse su compatibilidad con el mandato de determinación o certeza. Para evitar precisamente este cuestionamiento, el tipo penal se remite a la normativa de la materia para la determinación de ambas modalidades del tipo penal, estableciéndose así una relación de accesoriedad administrativa mediante una ley penal en blanco[117].

Al exigir que la conducta se realice "infringiendo la ley de la materia", el artículo 232 establece que el ilícito penal debe ser contrario a la normativa que protege la libre competencia. En este sentido, la conducta típica debe constituir previamente una infracción del Decreto Legislativo 701[118]. Hay que señalar, sin embargo, que esta remisión a la normativa administrativa no implica esperar, como

---

[117] Igualmente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Actualidad Jurídica*, T. 144, nov. 2005, p. 110.

[118] En este sentido, la doctrina dominante califica al tipo penal del delito de abuso de poder económico como una ley penal en blanco. Vid., así, LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, p. 209; ANGULO PAULET, *Delitos*, p. 56 y s.; MAZUELOS COELLO, *Lecciones*, p. 132; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 393; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 40; REYNA ALFARO, *Manual*, p. 466.

cuestión prejudicial, a que la Comisión de Libre Competencia se pronuncie sobre la existencia o no de una infracción administrativa, sino que, en la medida que se trata de una accesoriedad de leyes, el juez penal podrá interpretar de manera autónoma si el hecho ha infringido o no la ley de la materia[119]. Hay que tener presente que conforme a la nueva redacción del artículo 19 del Decreto Legislativo 701, el fiscal podrá ejercer la acción penal sin que se requiera una previa calificación de la infracción como delito por parte de la Comisión.

Un aspecto concreto que debe destacarse es que la remisión a la regulación administrativa no debe hacerse a todos los supuestos administrativamente relevantes, sino solamente a los supuestos específicamente descritos en la normativa administrativa. Esta conclusión tenía como apoyo la redacción original del artículo 19 del Decreto Legislativo 701 que permitía denunciar penalmente sólo por las infracciones administrativas graves expresamente descritas en dicha ley[120]. Por el contrario, los llamados casos "de efecto equivalente", cuya sanción administrativa resulta procedente, no podían dar lugar a un ilícito penal. La situación ha cambiado, sin embargo, con el nuevo tenor del artículo 19, en la medida que autoriza a la Comisión de Libre Competencia a comunicar al fiscal los hechos que considera constituyen delito de abuso de poder económico. Desde el punto de vista del tenor literal de este dispositivo, no habría ninguna limitación para que la Comisión considere que algunas conductas de "efecto equivalente" puedan constituir una conducta delictiva.

Pese a la apertura de la nueva redacción del artículo 19, el castigo penal a las conductas de "efecto equivalente" no resulta conforme con el mandato de determinación penal, el cual exige que la conducta delictiva esté precisada previamente en la ley. Admitir la penalización de conductas de "efecto equivalente" implicaría permitir, de alguna manera, una determinación jurisprudencial mediante analogía de nuevos supuestos de prácticas restrictivas de la libre competencia. Si bien tanto la Comisión de Libre Competencia como la Sala de Defensa de Competencia entienden que la tipificación

---

(119) En el mismo sentido, Bajo Fernández, *Actividad empresarial*, p. 344.

(120) Vid. Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 44.

administrativa de las conductas de "efecto equivalente" respecta el principio de legalidad en el ámbito administrativo, en tanto los primeros párrafos de los artículos 5 y 6 del Decreto Legislativo 701 hacen ya una descripción general del ilícito administrativo[121], un traslado de este razonamiento al ámbito penal no parece ser un procedimiento correcto, pues el nivel de certeza que exige el principio de legalidad penal resulta mucho más estricto que la determinación de la infracción en el ámbito administrativo. La vaguedad de la descripción típica no puede tolerar normas administrativas de concreción igualmente difusas.

a. Sujeto activo

El sujeto activo del delito del artículo 232 solamente podrá ser una persona natural, a diferencia del ámbito administrativo sancionador, en donde puede responder también la persona jurídica (artículo 2 del Decreto Legislativo 701). En este sentido, habrá que individualizar dentro de la organización empresarial quiénes resultan competentes originarios o secundarios por los hechos cometidos desde la persona jurídica. Para este proceso de individualización de las competencias penalmente relevantes resulta fundamental precisar si el tipo penal bajo análisis constituye un delito común o especial. Una primera lectura del artículo 232 podría llevar a la conclusión de que se trata de un delito común[122], pero un análisis más detallado nos mostrará que, en realidad, se trata de un delito especial.

El tipo penal en su modalidad de abuso de posición de dominio, exige que una persona abuse de *su* posición de dominio[123]. En este

---

(121) Vid., la Resolución 054-2003-INDECOPI/CLC de 10 de diciembre de 2003, p. 40 y ss. de 53, y la Resolución 0225-2004-TDC-INDECOPI de 4 de junio de 2004, p. 34, de 50.

(122) Así, PEÑA CABRERA, *Tratado*, III, p. 229; ANGULO PAULET, *Delitos*, p. 59; MAZUELOS COELLO, *Lecciones*, p. 134; BRAMONT-ARIAS/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, 134.

(123) Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 47. Sobre la necesidad de la posición de dominio para la autoría, MALAMUD GOTI, *Derecho penal de la competencia*, p. 85.

sentido, por ejemplo, el administrador de la empresa que en posición de dominio se niega injustificadamente a contratar con otros, no abusará de "su" posición de dominio, sino de la posición de la empresa. Por esta razón, la imposición de una sanción penal al administrador de la empresa solamente podrá justificarse si se recurre al artículo 27 del Código penal que regula el instituto jurídico-penal del actuar en lugar de otro[124]. La necesidad de contar con el artículo 27 para no infringir el principio de legalidad, obliga, por otra parte, a limitar el círculo de posibles autores del delito, ya que, como se sabe, el artículo 27 asume la teoría de la representación. En este sentido, solamente podrán responder penalmente los representantes de la persona jurídica que posee la posición de dominio en el mercado[125].

La modalidad de prácticas colusorias constituye igualmente un delito especial, ya que quien participa en las prácticas o acuerdos colusorios es la empresa y no, por ejemplo, el administrador[126]. Pero, a diferencia de la modalidad de abuso, en las prácticas colusorias no resulta necesario acudir al artículo 27 del CP, sino que basta, para poder justificar la imputación penal al administrador o a cualquier miembro de la empresa, una interpretación fáctica de los elementos del tipo penal. Desde esta perspectiva, la participación en el acuerdo colusorio, como elemento del tipo penal, dejaría de entenderse en un sentido jurídico y se haría, más bien, en un sentido fáctico, por lo que podría hacerse responsable sin mayores problemas a las personas naturales que actuaron en lugar de la empresa. Se trata de los llamados supuestos de actuar en lugar de otro impropios y que pueden perfectamente solventarse con la perspectiva fáctica de análisis[127]. Este proceder interpretativo permite ampliar el círculo de autores a todos lo que posean el dominio social del hecho sin infringir el principio de legalidad, al contrario de los casos que solamente

---

(124) Vid., Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 73

(125) Vid., con mayor detalle, García Cavero, *El actuar*, p. 88 y ss.

(126) Igualmente en el Derecho alemán, Achenbach, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), III 5, n.m. 15.

(127) Vid., sobre estos supuestos, García Cavero, *El actuar*, p. 86 y s.

pueden solucionarse con base en el artículo 27 del CP. En este sentido, en la modalidad de prácticas colusorias podrá hacerse responsable penalmente a las diversas personas naturales que han participado en el hecho mediante la infracción de competencias penalmente relevantes, lo cual no podrá hacerse en la modalidad de abuso de posición de dominio. Si bien esta solución no parece muy justa, no cabe otra solución con la actual regulación de la fórmula del actuar en lugar de otro[128].

b. Conducta típica

La conducta típica del delito de abuso de poder económico está compuesta por dos modalidades distintas: el abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias. En la medida que cada una de estas modalidades tiene sus propias particularidades, resulta conveniente hacer un análisis diferenciado.

aa) Abuso de posición de dominio

El artículo 232 del Código penal no castiga, al igual que la regulación administrativa, la posición monopólica u oligopólica en el mercado, sino el abuso de esta posición[129]. No obstante, la conducta típica presupone la posición de dominio, por lo que resulta necesario determinarla en la imputación penal. Para determinar el concepto de dominio debe seguirse los criterios de determinación del ámbito administrativo[130], aunque con un nivel de exigencia probatoria distinta, pues en el ámbito penal la quiebra del principio de presunción de inocencia exige una suficiencia probatoria más rigurosa. Por otra parte, el concepto de dominio colectivo desarrollado

---

[128] Situación que propone cambiarse en el Anteproyecto de la Parte general del Código penal peruano de 2004.

[129] Vid., así, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 394 y s.

[130] Por el contrario, KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht*, p. 176 y s., considera que no es posible formular un tipo penal de abuso de posición de dominio, en la medida que no es posible describir típicamente la posición de dominio, por lo que considera que estas conductas deben quedarse en el ámbito puramente administrativo.

en la protección administrativa no podría ser de recibo en sede penal, pues podría dar entrada, de forma encubierta, a una responsabilidad penal por el hecho de otro sin un dominio funcional del riesgo. La única manera de justificar una responsabilidad penal en estos casos sería aceptar una incriminación de cada conducta individual como delito de acumulación[131], pero para ello sería necesario que esta conducta esté claramente tipificada en la ley penal, lo cual no sucede en la actual regulación del delito de abuso de poder económico en su modalidad de abuso de posición de dominio.

Los supuestos específicos que constituyen la modalidad de abuso de posición de dominio están regulados expresamente en la ley administrativa, a los que el tipo penal se remite. Se trata concretamente de la negativa injustificada a contratar, la discriminación en las condiciones y la imposición de cláusulas de atadura. No obstante, hay que tener en cuenta que la regulación penal no puede asumir plenamente la configuración administrativa de estas formas de abuso de posición de dominio, sino que deben ser apreciados desde una perspectiva jurídico-penal. Veamos esto en cada una de las modalidades.

aaa) La negativa injustificada a contratar

Por negativa a contratar debe entenderse la conducta unilateral de no satisfacción de las demandas de compra o adquisición o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios. Como puede verse, la contratación que se niega puede ser de compra o venta, tanto respecto de bienes, como de servicios. En cuanto a la configuración de la conducta prohibida hay que señalar que la negativa a contratar no requiere ser clara y abierta, sino que puede entenderse ya como tal la falta de respuesta a los pedidos o la formulación de excusas objetivamente insubsistentes[132].

Si bien podría objetarse a la prohibición de la negativa a contratar que todas las empresas tienen libertad de contratar con quien

---

[131] Vid., en general, García Cavero, *Derecho penal económico*, PG, T. I, p. 391.

[132] Vid., así, Bullard González, *Derecho y Economía*, p. 732.

quieran, este argumento no resulta correcto en el caso de empresas con posición de dominio. La razón de este cambio de criterio radica en el hecho de que la libertad de comercio presupone un cierto equilibrio de fuerzas, el cual no se presentan si una parte tiene una posición de dominio en el mercado[133]. Por ello, el margen de la libertad resulta limitado en el caso de empresas con posición de dominio, ya que no pueden negarse a contratar injustificadamente[134]. Si no se impusiese esta limitación el mercado no podría seguir funcionando y estaría sometido a la decisión discrecional de un particular. El interés del mercado se superpone a la libertad de contratación del particular, siempre que, claro está, no implique para el particular un daño económico[135].

En cuanto a la configuración de la conducta típica, debemos señalar que no toda negativa a contratar se encuentra prohibida. Ante todo debe indicarse que la negativa que se deriva de la imposibilidad de cubrir la demanda solicitada no puede castigarse penalmente, ya que en estos casos no existe la capacidad fáctica de cumplir con lo solicitado[136]. Pero aun en los casos en los que existe una posibilidad fáctica de cumplimiento, no toda negativa a contratar se encuentra sancionada. La propia normativa administrativa requiere que la negativa a contratar sea injustifica, de manera que cabrá ponderar si en el caso concreto se presentan razones económicas que justifiquen dicha negativa[137]. Por ejemplo, no cabrá sancionar el hecho si la negativa se fundamenta en la evitación de un posible perjuicio económico para la empresa, como sería la insolvencia de la empresa solicitante o la falta de condiciones mínimas de un buen

---

(133) Vid., en este sentido, MALAMUD GOTI, *Derecho penal de la competencia*, p. 63.

(134) Vid., FLINT BLANCK, *Tratado*, p. 534. De manera general BULLARD GONZÁLEZ, *Derecho y Economía*, p. 733, sostiene: "(...) una conducta prohibida para una empresa en esta situación (posición de dominio), es perfectamente permitida para todos los demás".

(135) Vid. ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 50.

(136) Vid., igualmente, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 49.

(137) Vid., BULLARD GONZÁLEZ, *Derecho y Economía*, p. 739; FLINT BLANCK, *Tratado*, p. 535; MALAMUD GOTI, *Derecho penal de la competencia*, p. 87.

servicio de la empresa oferente[138]. Se sostiene incluso que un análisis puramente económico sobre la eficiencia de la negativa podría excluir el carácter prohibido del hecho. En estos casos habría que proceder como en la "rule of reason" de la ley *antitrust* norteamericana, para demostrar que la conducta que niega la venta o compra de bienes o servicios ofrece finalmente una mayor eficiencia para el mercado[139].

bbb) La discriminación en las condiciones

Se considera un supuesto de abuso de posición de dominio en el mercado "la aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros". Si bien la prohibición hace referencia a las condiciones comerciales en general, lo usual es que la discriminación recaiga sobre el precio. Lo primero que debe precisarse es que el trato diferenciado no se deba a cuestiones referidas al costo del producto o servicio (diferenciación de precios)[140]. En la discriminación de precios, la empresa en posición de dominio se aprovecha de esta posición para poder sacar a los distintos sectores de consumidores el máximo precio posible, lo que significaría dejar de lado el precio establecido por la oferta y la demanda.

Al exigir la normativa administrativa que la discriminación de condiciones en las relaciones comerciales coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros, cabe concluir que no estarán sujetos a sanción los casos de discriminación de precios dirigidos a consumidores finales, ya que, en estos casos, no se colocará a ningún competidor en situación desventajosa frente a otros[141].

---

(138) Vid., Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 49.

(139) Vid., Ruiz Díaz, en *Documento de Discusión*, 3 (1998), *passim*.

(140) Vid., Bullard González, *Derecho y Economía*, p. 725; Borinsky, Derecho penal económico, p. 217.

(141) Vid., en este sentido, la Resolución de la Comisión de Libre Competencia 004-98-INDECOPI-CLC, en la que no se castigó una conducta de discriminación de precios que no puso en situación de desventaja a un competidor

Pero incluso en relación con intermediarios puede que una discriminación de condiciones no constituya un abuso de posición de dominio, siempre que el trato diferente por prestaciones equivalentes se sustente, como lo reconoce el propio literal b) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, en el otorgamiento de "descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones"[142].

Especialmente discutible es la cuestión de si puede incluirse los casos de precios predatorios dentro del supuesto de discriminación de precios[143]. Por precios predatorios se entiende la práctica realizada por una empresa con posición de dominio que reduce sus precios por debajo de sus costos con la intención de generar pérdidas a sus competidores y así eliminarlos del mercado[144]. Parte de la doctrina entiende, con razón, que esta inclusión no resulta posible en la medida que no se ha comprendido dentro del supuesto de discriminación de precios los casos de "entorpecimientos" u "obstaculizaciones"[145]. La falta de contemplación expresa de estos casos lleva a

---

respecto de otros. En el mismo sentido, BULLARD GONZÁLEZ, *Derecho y Economía*, p. 722.

[142] Vid. BULLARD GONZÁLEZ, *Derecho y Economía*, p. 727; ABANTO VÁSQUEZ, *El Derecho*, p. 369; EL MISMO, *Derecho penal económico*, PE, p. 51. Vid., en el ámbito de la jurisprudencia administrativa la Resolución 0078-1999/TDC-Indecopi de 5 de marzo de 1999 (publicada en Actualidad Jurídica, T. 109, diciembre 2002, p. 152 y ss.).

[143] Vid., BULLARD GONZÁLEZ, *Derecho y Economía*, p. 721 y s., con apreciaciones críticas.

[144] Vid. BULLARD GONZÁLEZ, *Derecho y Economía*, p. 716; FLINT BLANCK, *Tratado*, p. 543 y s.; BORINSKY, *Derecho penal económico*, p. 216. No obstante, como lo indica MALAMUD GOTI, *Derecho penal de la competencia*, p. 88, resulta difícil precisar el parámetro para determinar cuándo un precio es predatorio y, por otro lado, cuándo es perjudicial para la competencia.

[145] En este sentido, ABANTO VÁSQUEZ, *El Derecho*, p. 369.

su exclusión del ámbito de lo penalmente prohibido[146], aunque cabe señalar que ello no impide la sanción administrativa, pues podría recurrirse perfectamente a la cláusula de equivalencia del artículo 5 literal f) del Decreto Legislativo 701 y sustentar desde allí su prohibición[147]. De cualquier forma, la poca probabilidad de éxito de esta práctica y la posibilidad de desalentar con su sanción políticas empresariales agresivas que favorecerían al consumidor, llevan a tener que ser muy cuidadosos con la calificación de esta conducta como prohibida[148].

ccc) Imposición de cláusulas de atadura

La ley peruana recoge como último supuesto específico de abuso de posición de dominio los casos en los que una empresa dominante subordina "la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos". En este supuesto de abuso debe existir una cierta coerción por parte de la empresa con posición de dominio para que la otra parte contractual adquiera otro producto o servicio diferente[149]. Por el contrario, si existe una justificación económica de la atadura comercial (mantenimiento idóneo de maquinarias, por ejemplo), la prohibición dejará de tener efecto[150].

Algunos autores incluyen dentro de este supuesto los casos de convenio de exclusividad[151]. Tales convenios se encuentran, en principio, admitidos por la legislación civil (artículos 1616 y s. del Código civil). No obstante, en caso de ser realizados por una empresa

---

(146) Vid., Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 53.

(147) Vid., así, expresamente la Resolución de la Comisión de Libre Competencia 054-2003-INDECOPI/CLC de 10 de diciembre de 2003, p. 37 de 53.

(148) Vid., con mayor detalle, Bullard González, *Derecho y Economía*, p. 716 y s.

(149) Vid., Malamud Goti, *Derecho penal de la competencia*, p. 106 y s.

(150) Vid., así, Bullard González, *Derecho y Economía*, p. 741; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 52.

(151) Vid. Abanto Vásquez, *El Derecho*, p. 371.

con posición de dominio en el mercado, podrían restringir la libre competencia en la medida que se limitaría la entrada al mercado de otros productos hasta que se desarrollen otros canales de distribución[152]. Por esta razón, la doctrina no niega la necesidad de castigar este supuesto de abuso de posición de dominio. Sin embargo, la necesidad jurídico-penal de una tipificación previa de la conducta prohibida impide su castigo en sede penal, lo cual no perjudica la posibilidad de una sanción administrativa con base en el literal f) del artículo 5 del D. Leg. 701 que sanciona casos de abuso con efecto equivalente a los específicamente descritos[153].

bb) Prácticas colusorias

La modalidad de prácticas colusorias contemplada por el artículo 232 del Código penal consiste en participar en prácticas y acuerdos restrictivos de la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia. Por prácticas restrictivas de la actividad productiva, mercantil o de servicios deben entenderse la ejecución de conductas idóneas para afectar la libre competencia en el mercado. Conforme a la regulación administrativa, estas prácticas pueden tener su origen en un acuerdo previo entre los competidores, pero puede también que no exista un acuerdo explícito de por medio, sino que la colusión se haya ido formando por la adhesión a una decisión o recomendación, o por la reproducción de ciertas actuaciones en el mercado. En estos casos, se podría decir que la colusión surge implícitamente entre los competidores, aunque no se haya llegado a cerrar ningún acuerdo.

Pese a la amplitud de la regulación administrativa, el tipo penal requiere que el autor del delito no sólo participe en una práctica restrictiva, sino también en el acuerdo que le dio origen. En efecto, el tipo penal utiliza la preposición conjuntiva "y" y no, más bien, la

---

(152) Vid., FLINT BLANCK, *Tratado*, p. 558; BORINSKY, *Derecho penal económico*, p. 218 y s.

(153) Vid., así, FLINT BLANCK, *Tratado*, p. 556. Admite esta posibilidad expresamente la Resolución de la Comisión de Libre Competencia 054-2003-INDECOPI/CLC de 10 de diciembre de 2003, p. 38 de 53.

disyuntiva "o", lo que significa que solamente las prácticas colusorias que tienen como base un acuerdo podrán sancionarse penalmente. Por acuerdo colusorio debe entenderse la indudable manifestación de voluntad de los competidores en el sentido de actuar concertadamente con la finalidad de evitar la normal disputa concurrencial. Si bien la norma administrativa recurre a otras formas de configuración de la práctica colusoria para liberar de la difícil prueba del acuerdo[154], en el ámbito penal no se puede actuar con inversiones de la carga de la prueba o con indicios insuficientes para acreditar el elemento colusorio. En el proceso penal debe constar que se ha realizado una práctica restrictiva de la competencia en virtud de un acuerdo colusorio entre ciertos intervinientes en el mercado.

> Un aspecto concreto que resulta necesario esclarecer es que dentro del concepto de acuerdo colusorio no entran los acuerdos de coordinación entre empresas vinculadas en las que existe una unidad de control[155]. El fundamento para sacar esta coordinación del ámbito de las prácticas colusorias radica en que la libertad de organización al interior de un grupo económico no puede limitarse de una manera tan sustancial que impida la propia realización de una política económica común.

De la redacción del tipo penal se puede inferir, por otra parte, que no basta la celebración de acuerdo para limitar la competencia, sino que es necesaria la ejecución del acuerdo colusorio, es decir que se realice la práctica colusoria. Esta apreciación del delito de abuso de poder económico coincide, por otra parte, con las ideas vertidas en el ámbito administrativo por la Resolución de la Sala de Defensa de la Competencia 0224-2003/TDC-INDECOPI. Conforme al tenor de esta decisión, la conducta restrictiva de la competencia, para ser ilegal, debe haber sido ejecutada en el mercado, lo cual implica exigir cuando menos el inicio de ejecución de acuerdo. Si esto es exigible en el ámbito administrativo, con mucha mayor razón deberá serlo en el penal.

---

(154) Vid., así en la regulación alemana, Grützner, *Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen*, p. 105 y s.

(155) Vid., con detalle, Bullard González, *Derecho y Economía*, p. 757 y ss.

La descripción general de las prácticas colusorias en el tipo penal requiere una precisión a través de la ley de represión de conductas anticompetitivas. Estas prácticas colusorias se encuentran especificadas en el artículo 6 literales a), b), c), d), e), f), g), h) e i) del Decreto Legislativo 701. Fuera del ámbito de lo punible quedarán las llamadas conductas de efecto equivalente, pues si bien administrativamente se cumple con los niveles de determinación, en el ámbito penal no cuentan con una determinación suficiente de la conducta prohibida. En lo que sigue, vamos a señalar los aspectos penalmente relevantes de las prácticas colusorias previstas en la normativa administrativa.

aaa) Concertación de precios u otras condiciones de comercialización

El Decreto Legislativo 701 prohíbe en su artículo 6 literal a) la fijación concertada entre competidores de precios o de otras condiciones comerciales o de servicios[156]. Se trata de una concertación entre varias empresas sobre el precio o las condiciones de comercialización de bienes o servicios, sin que sea necesaria, aunque sea lo usual, la obtención de alguna ganancia mediata o inmediata[157]. La última modificatoria del artículo 6 amplió los supuestos a los llamados casos de concertación indirecta, de manera tal que en la actualidad se castigan administrativamente también las actuaciones unilaterales que han terminado efectivamente en una práctica común (recomendaciones exitosas, por ejemplo)[158]. Esta ampliación del ámbito de lo prohibido en el plano administrativo no puede trasladarse sin más al ámbito penal, pues el tipo penal, tal como lo hemos indicado, requiere la existencia de un acuerdo. En este sentido, los casos de concertación indirecta quedarían fuera del ámbito penal.

---

(156) En un primer momento no se incluyeron la concertación sobre servicios, lo cual ha sido corregida mediante una modificación del dispositivo administrativo bajo comentario. Vid., al respecto, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 55 y s.

(157) Vid., sobre este aspecto en la regulación anterior argentina, MALAMUD GOTI, *Derecho penal de la competencia*, p. 115.

(158) Vid. ABANTO VÁSQUEZ, *El Derecho*, p. 379.

En una orientación restrictiva, por el contrario, la modificatoria administrativa ha limitado la concertación de precios u otras condiciones de comercialización a los competidores, lo que daría pie a sostener que se excluiría del ámbito de prohibición administrativa de las concertaciones de precios u condiciones de comercialización los llamados acuerdos o concertaciones verticales[159]. Si este tipo de acuerdos no se encuentra administrativamente prohibido, la regulación penal tampoco podrá someter estos casos a represión penal, pues de hacerlo se produciría una afectación al principio de ausencia de contracción del sistema jurídico.

En cuanto a la determinación de la conducta prohibida, cabe señalar que hasta antes de la reforma del artículo 6, la concertación de precios no se prohibía administrativamente si la misma resultaba justificada. Este elemento de ponderación constituía una especie de "rule of reason" que permitía la concertación si traía consigo un beneficio para el mercado[160]. Posteriormente, sin embargo, se eliminó la posibilidad de una justificación de la concertación de precios o condiciones de comercialización, de forma tal que esta prohibición pasó a interpretarse como una regla *per se*[161]. De esta manera, la infracción se presentaría por el solo hecho de darse la concertación, aun cuando contuviese, por ejemplo, precios razonables para el mercado. No obstante, a partir de la anteriormente citada Resolución 0224-2003/TDC-INDECOPI se le ha negado a este supuesto colusorio el carácter de regla *per se* y se ha admitido nuevamente que, en casos muy excepcionales, esta conducta podría quedar exenta de reproche y sanción administrativas si trae consigo

---

(159) En la normativa alemana, por el contrario, se prohíben expresamente las limitaciones de la competencia a través de concertaciones verticales (§§ 14-18 y 22,23 GWB). Vid., Kohlhoff, *Kartellstrafrecht*, p. 31 y s.

(160) Similarmente, Abanto Vásquez, *El Derecho*, p. 378.

(161) Así lo aclara la Resolución 276-97-TD INDECOPI, Exp. 0077-95-CLC/INDECOPI, en el caso de la Asociación Peruana de Avicultores y Otros. En el mismo sentido, Bullard González, *Derecho y Economía*, p. 754; El Mismo, *Diálogo con la Jurisprudencia*, 60, septiembre 2003, p. 46; Abanto Vásquez, *El Derecho*, p. 378; Flint Blanck, *Tratado*, p. 608.

efectos beneficiosos que superen el perjuicio causado a los consumidores y a la competencia.

Como resulta lógico, en el ámbito penal no podemos seguir ciegamente los criterios desarrollados en el Derecho administrativo sancionador. Si bien existe una accesoriedad administrativa de la ley penal, el juez penal no debe determinar la responsabilidad penal a partir de las reglas de atribución utilizadas en el Derecho administrativo sancionador. La accesoriedad administrativa en Derecho penal solamente exige una ausencia de contradicción entre ambos ámbitos jurídicos, pero no una identidad de los criterios de imputación. Sostener lo contrario significaría romper la idea de diferenciación funcional al interior del sistema jurídico. Por esta razón, y atendiendo a las propias particularidades del Derecho penal, una concertación de precios no puede ser una prohibición penal *per se* (algo que se niega incluso en el propio ámbito administrativo), pues siempre resulta posible desvirtuar la antijuridicidad del hecho recurriendo a causas de justificación jurídico-penales como, por ejemplo, un estado de necesidad. Los rasgos particulares de la prohibición administrativa podrán influir en los elementos típicos de la conducta, pero no adelantar un juicio sobre el injusto jurídico-penal. La antinormatividad penal de la conducta se puede levantar por razones propias de la regulación administrativa (eficiencia) o por razones propiamente penales (competencia por el hecho)[162].

bbb) Reparto del mercado y de las fuentes de aprovisionamiento

Algunos autores señalan que el reparto del mercado y fuentes de aprovisionamiento estaría ya incluido en la prohibición de la concertación sobre condiciones de comercialización del literal a) del artículo 6[163], por lo que se trataría de una especificación un tanto innecesaria la hecha por el artículo 6 literal b). En cualquier caso, su reiteración expresa como práctica colusoria tampoco perjudica al

[162] Así, el planteamiento de GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 251 y ss., en el sentido de que la antijuridicidad no sólo recoge normas permisivas de otros ordenamientos, sino que incluye las permisiones de carácter jurídico-penal.

[163] Vid., así, ABANTO VÁSQUEZ, *El Derecho*, p. 386; FLINT BLANCK, *Tratado*, p. 643.

sistema de protección de la libre competencia. La repartición del mercado puede suceder de tres maneras: geográfica, funcional y técnicamente[164]. Mediante la primera se asigna a cada uno de los miembros del cártel una región o territorio. La repartición funcional, por su parte, tiene lugar cuando se dividen las distintas categorías de compradores (p.e. mayoristas, minoristas) y se conviene que cada participante contrate con miembros de una de estas categorías con exclusión de los competidores. Por último, la división técnica se produce cuando se concede a cada uno de los concurrentes un producto diferenciado.

Un punto importante resulta la discusión sobre su carácter de regla *per se* en el ámbito administrativo[165], sobre todo a partir de la derogación de los ámbitos de excepción en las prácticas colusorias. En la jurisprudencia de otros países ha terminado por imponerse el parecer que sostiene que el reparto del mercado o de fuentes de aprovisionamiento no tiene que ser ilegal *per se*, sino que podría admitirse cuando se deriva de un contrato legítimo y favorece las condiciones de competencia[166]. En este sentido, se estaría permitiendo el uso de una regla de la razón para excluir su prohibición[167]. Esta línea jurisprudencial puede tener en la actualidad respaldo en nuestro sistema jurídico, en la medida que la reciente jurisprudencia de la Sala de Defensa de la Competencia ha admitido supuestos excepcionales en los que la conducta prohibida se encuentra exenta de sanción administrativa. En el ámbito penal, por el contrario, la existencia de reglas *per se* significaría negar la categoría de la antijuridicidad penal, por lo que tales reglas no resultan de recibo en la fundamentación de la imputación penal.

---

[164] Vid., al respecto, Malamud Goti, *Derecho penal de la competencia*, p. 121 y s.

[165] Vid, Bullard González, *Derecho y Economía*, p. 757.

[166] Vid., con referencia a casos en el sistema norteamericano, Flint Blanck, *Tratado*, p. 643 y s.

[167] Vid., así, la Resolución 206-97-TDC/INDECOPI que decide el caso Civa vs Mariscal Cáceres, y en donde acepta mediante una regla de la razón un reparto del mercado. Con apreciaciones críticas sobre esta decisión, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 57, nota 51

En nuestra realidad nacional, conviene resaltar que el reparto del mercado ha venido teniendo lugar desde ciertos organismos estatales como los gobiernos municipales[168]. No obstante, y aunque se trate de hechos que afectan igualmente la competencia, parece ser que el Decreto Legislativo 701 no los incluye dentro de su ámbito de aplicación, pues su artículo 2 establece que "la presente ley es de aplicación a todas la personas naturales o jurídicas, sean de Derecho público o privado, que realicen *actividades económicas*" (el subrayado es nuestro)[169]. En este sentido, la actual conformación de una Comisión de Acceso al Mercado encargada de controlar las barreras burocráticas que impidan u obstaculicen el acceso o permanencia en el mercado de los agentes económicos[170], resultaría el lugar más adecuado para cuestionar los repartos de mercado que puedan imponer determinadas instituciones públicas[171]. En el ámbito penal cabrá la posibilidad de plantear si la autoridad pública, al excederse de sus funciones, ha cometido o no delito de abuso de autoridad conforme al artículo 376 del Código penal.

ccc) Reparto de las cuotas de producción

El reparto de cuotas de producción, previsto como práctica colusoria en el artículo 6 literal c), presupone un control de la oferta y, por tanto, una alteración anticompetitiva de los precios[172]. En el ámbito administrativo parecería tratarse de una prohibición *per se*[173]. Sin embargo, la experiencia de las agencias de competencia en otros países muestra cómo a veces un reparto de cuotas de producción

---

[168] Vid., con menciones específicas, ABANTO VÁSQUEZ, *El Derecho*, p. 385 y s.

[169] Por regla general la normativa de protección de la libre competencia no se aplica a los actos soberanos del Estado o de las administraciones locales. Vid., en este sentido, DIEZ CANSECO, *Thémis* 36, p. 47.

[170] BAYLOS CORROZA, *Tratado*, p. 283, considera ajenas al Derecho de la competencia las normas de acceso al mercado.

[171] En el mismo sentido, ABANTO VÁSQUEZ, *El Derecho*, p. 363 y s.

[172] Vid., FLINT BLANCK, *Tratado*, p. 654.

[173] Vid., BULLARD GONZÁLEZ, *Derecho y Economía*, p. 757.

permite salvar del colapso a un determinado sector de producción que ve peligrar su capacidad de generar beneficios. En la Unión Europea, por ejemplo, se ha recurrido, en casos como éstos, a normas excepcionales que permiten eventualmente un "cártel de crisis"[174]. En nuestro país, habría que considerar la introducción de similares normas excepcionales en el ámbito administrativo y no dejar la decisión únicamente en el buen criterio de la Comisión. Por el contrario, las normas generales del Derecho penal permiten hacer siempre una ponderación en sede de antijuridicidad de la conducta juzgada para decidir si, en casos excepcionales (por ejemplo, estado de necesidad), el reparto de cuotas de producción configura un injusto penalmente relevante o no.

ddd) Concertación de la calidad de los productos

Si bien el artículo 6 literal d) prohíbe la concertación sobre la calidad de los productos, resulta lógico también añadir que no toda concertación sobre la calidad de los productos constituye una conducta que afecte la libre competencia. En primer lugar, la propia norma administrativa señala que si la concertación de calidad se ajusta a normas técnicas nacionales o internacionales, tal concertación no estará prohibida[175]. Pero aun limitándonos al ámbito de las concertaciones que no se correspondan con estándares técnicos, no cabe afirmar de manera general su carácter anticompetitivo. A esta conclusión, sin embargo, llevó la eliminación de los ámbitos de excepción en nuestra legislación, convirtiendo la prohibición, al menos formalmente, en una regla *per se*[176]. Para evitar precisamente los efectos excesivos de la prohibición, la última reforma de 1996 agregó un elemento de valoración adicional (la afectación negativa al consumidor) con cuya ayuda se ha limitado el castigo sólo a los casos realmente perjudiciales de la libre competencia[177]. De vital

---

(174) Vid., Flint Blanck, *Tratado*, p. 654.

(175) Vid., Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 59.

(176) Vid., así, Abanto Vásquez, *El Derecho*, p. 388.

(177) Vid., Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 59; Reyna Alfaro, *Manual*, p. 471.

importancia será precisar aquello que debe entenderse como una afectación negativa al consumidor. Lo que, en cualquier caso, debe quedar claro es que tal criterio no puede reducirse a la calidad del servicio, sino que tiene que tener en cuenta otros factores como, por ejemplo, el precio.

eee) Discriminación concertada en las condiciones

El artículo 6 literal e) prohíbe en el ámbito de las prácticas colusorias la aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. Como puede verse, se trata de una discriminación de precios o condiciones que no lo hace una empresa en posición de dominio, sino varias empresas que conjuntamente pueden influir en la configuración de la competencia. De esta manera, se reemplaza la posición de dominio por la concertación entre los agentes económicos[178].

Los supuestos de excepción en esta práctica colusoria son los mismos que en el abuso de posición de dominio, en tanto se establece que "no constituye práctica restrictiva de la libre competencia el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones". Sólo la discriminación sustentada en factores ajenos a los estrictamente comerciales configura esta modalidad del delito de abuso de poder económico.

fff) Imposición concertada de cláusulas de atadura

La descripción de esta práctica colusoria en el artículo 6 literal f) del Decreto Legislativo 701 resulta idéntica a la modalidad de abuso de posición de dominio del artículo 5 literal c) del mismo cuerpo legal. Esta similitud permite concluir que la conducta prohibida es,

[178] Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 60.

en principio, la misma[179]. No obstante, una interpretación sistemática debe llevar a concluir que en los casos de imposición concertada no debe exigirse que el autor tenga una posición de dominio en el mercado, sino solamente la existencia de una práctica concertada por varias empresas con la finalidad de distorsionar la libre competencia[180]. Esta diferencia tiene especiales repercusiones en el ámbito administrativo, en la medida que, como lo sostiene cierta línea jurisprudencial en los Estados Unidos, la imposición de cláusulas de atadura solamente resulta una prohibición *per se* en los casos en los que existe una posición de dominio en el mercado[181]. Por el contrario, en los supuestos de imposición concertada habrá que determinar si la conducta concreta ha podido distorsionar desfavorablemente la competencia. Si bien esta configuración de las infracciones administrativas tiene repercusión en el tipo penal, tal situación no debe llevar a aceptar prohibiciones penales *per se* que renuncien a un juicio sobre la antijuridicidad del hecho.

ggg) Negativa acordada e injustificada a contratar

La negativa concertada a contratar es un supuesto que no estaba incorporado originalmente en la redacción del artículo 6 del Decreto Legislativo 701. Ha sido el Decreto Legislativo 807 el que lo ha añadido a los supuestos de prácticas colusorias, asumiendo la redacción utilizada en el abuso de posición de dominio en el mercado. En estos casos, el perjuicio producido a aquéllos a los que se les ha negado injustificadamente a contratar, no se debe al monopolio que una empresa tiene sobre determinados bienes o servicios, sino al efecto limitador de la competencia que tiene un acuerdo entre varias empresas para negarse a comerciar injustificadamente con otra empresa[182].

---

[179] En este sentido, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 61; Reyna Alfaro, *Manual*, p. 471.

[180] Vid., Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 61.

[181] Vid. Flint Blanck, *Tratado*, p. 675.

[182] Como lo precisa Malamud Goti, *Derecho penal de la competencia*, p. 65 y s., la negativa a contratar se prohíbe tanto cuando proviene de una empresa con posición de dominio, como si es consecuencia de un cártel.

Se trata de una forma de boicot cometido por varias empresas que acuerdan conjuntamente no comerciar con determinada compañía[183]. Para la configuración del delito, no basta con la llamada a boicotear, sino que es necesario que el boicot tenga éxito[184]. Pero hay que recordar que no toda negativa a contratar resulta prohibida, pues, al igual que la regulación del supuesto de abuso de posición de dominio, cabrán supuestos en los que la negativa de varias empresas se sustente en razones económicas plausibles[185].

Un caso bastante sonado de boicot colectivo se produjo en los Estados Unidos cuando la Asociación de diseñadores textiles (*National Designers Guiad*) en forma concertada declaró públicamente que no venderían sus diseños a aquellas tiendas de ropa que vendieran sus vestidos a precios de descuento o realización[186]. En el Perú, puede citarse el caso de la Federación Nacional de Vendedores de Diarios, Revistas, y Loterías del Perú que acordaron no aceptar vender el diario "La Mañana", ya que este diario había decidido comercializar parte de su tiraje por otra vía de distribución[187].

hhh)La limitación o control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones

Este nuevo supuesto de práctica colusoria ha sido agregado al Decreto Legislativo 701 por la reforma de 1996 (Decreto Legislativo 807). La razón de esta inclusión se debe a que la regulación del supuesto de reparto de cuotas de producción no incluía los supuestos de control concertado sobre las cuotas de producción, como se hace en otros países[188]. No obstante, la nueva regulación no se ha limitado

---

(183) Así, FLINT BLANCK, *Tratado*, p. 678; KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht*, p. 173.

(184) En este sentido, KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht*, p. 174.

(185) Vid., la referencia, FLINT BLANCK, *Tratado*, p. 681; KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht*, p. 174.

(186) Vid., con mayores referencias, FLINT BLANCK, *Tratado*, p. 681.

(187) Vid., BULLARD GONZÁLEZ, *Derecho y Economía*, p. 733; OCAMPO VÁSQUEZ, *Ius et Veritas*, 10, p. 305 y ss.

(188) Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *El Derecho*, p. 387.

al aspecto de la producción, sino que ha incluido otros aspectos igualmente importantes para el aumento y mejoramiento de la oferta de bienes y servicios tales como la distribución, el desarrollo técnico y las inversiones.

En el ámbito de la jurisprudencia administrativa, un control concertado de la producción se presentó, por ejemplo, en el tan citado caso del "cártel del pollo", en donde las empresas avícolas y la Asociación Peruana de Avicultura concertaron, entre otras cosas, los volúmenes y otros aspectos de la producción del pollo con la finalidad de influir en su precio[189]. Desde el punto de vista penal, esta concertación habría podido configurar un ilícito penal, aunque habría sido necesario demostrar en el caso concreto los aspectos propios del injusto penal y no proceder a determinar la conducta prohibida con reglas *per se*.

iii) Licitaciones colusorias

El artículo 6 literal i) del Decreto Legislativo 701 considera como una práctica colusoria el establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas. Sobre la ilicitud de esta conducta no cabe la menor duda, ya que niega la competencia en los procesos de selección para contrataciones y adquisiciones del Estado, así como en las ofertas o subastas públicas[190]. No obstante, su tratamiento dentro del delito de abuso de poder económico presenta serias dificultades, en la medida que el artículo 241 inciso 3 del Código penal contempla expresamente este supuesto. Ante esta duplicidad regulativa, deberá precisarse el tipo penal que resulte más adecuado para reprimir las licitaciones colusorias. En nuestra opinión, el artículo 241 inciso 3 del Código penal resulta aplicable sólo en los casos en los que la colusión haya quedado en el plano del acuerdo sobre el precio. Ahora bien, si el acuerdo colusorio en la licitación, concurso o remate públicos se ejecuta, produciendo

---

(189) Vid., Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 63.

(190) Vid., Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 64.

una afectación a la libertad de otros postores (exclusión) o a la entidad convocante (libertad de elección), el tipo penal aplicable será el artículo 232 del CP, ya que este tipo penal contempla el desvalor del resultado de este supuesto, consumiendo la conducta prevista en el artículo 241 inciso 3 del CP.

c. Tipo subjetivo

El delito previsto en el artículo 232 del Código penal requiere, en concordancia con el artículo 12, el dolo del autor. En este sentido, debe imputársele al autor el conocimiento de que ha abusado de su posición de dominio en el mercado o que participado en acuerdos y prácticas restrictivas de la libre competencia. Ciertas dificultades se presentan en esta imputación de conocimiento en lo que se refiere a los aspectos establecidos por la regulación administrativa de las prácticas contra la libre competencia, cuya relevancia en el tipo penal se encontraría sustentada en la exigencia de que la conducta típica haya infringido la ley de la materia, esto es, el Decreto Legislativo 701. Para decidir esta cuestión hay que tener presente que un conocimiento pormenorizado de aspectos como el porcentaje exacto de participación en el mercado de la empresa o la determinación del mercado relevante no tiene que exigirse en la imputación del dolo. Conviene recordar que la normativa administrativa a la que se remite la ley penal en blanco no establece aspectos complementarios de la conducta prohibida, sino que se ocupa solamente de precisar los elementos ya establecidos en el tipo penal. En este sentido, la imputación de conocimiento que fundamenta el dolo no requiere entrar en los aspectos concretamente regulados por la normativa administrativa, sino que desde la regulación general del tipo penal cabe realizar ya la imputación de conocimiento con base en las competencias de conocimiento del autor y sus concretas circunstancias personales[191].

Por ejemplo: Si un empresario de varios años cuya empresa tiene una posición relevante en el mercado, se aprovecha de esta situación para excluir a los otros competidores, no podrá alegar desconocimiento de

[191] Vid., sobre la problemática de la imputación del dolo en las leyes penales en blanco, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, T. I, p. 519 y ss.

que tenía una posición de dominio o que su conducta estaba prohibida, pues su posición personal autoriza la imputación de conocimiento de estos aspectos. En este caso, el dolo se encontrará perfectamente fundamentado, a no ser que otros hechos relevantes de su situación personal lo hagan entrar en una situación de error, como sería el caso de informes técnicos defectuosos.

Comentario a parte cabe hacer a la precisión que se hacía en el artículo 19 del Decreto Legislativo 701 al exigir para el ilícito penal que el autor actúe dolosamente. Tanto la doctrina como la jurisprudencia administrativa señalaron que este dolo no debía entenderse como el solo conocimiento y voluntad de realización de la conducta[192], sino como un dolo especial que implique un mayor reproche sobre el autor. Para la Comisión de Libre Competencia este dolo especial se ponía de manifiesto en el hecho de continuar realizando una práctica restrictiva de la libre competencia a pesar de haber recibido una orden de cese de la actividad anticompetitiva[193], mientras que para la doctrina penal se trataría de la forma más grave de expresión del dolo (dolo directo), en el que el autor persigue el objetivo concreto de afectar la libre competencia[194].

En la actualidad, la redacción del artículo 19 no establece ninguna referencia a un dolo especial para el ilícito penal, por lo que desde esta normativa no habría una restricción legal a la posibilidad de imputar el delito de abuso de poder económico con cualquier forma de dolo. Si nos centramos en el tipo penal, tampoco parece verse en el artículo 232 del Código penal algún elemento subjetivo que permita limitar la imputación subjetiva a determinada forma de dolo. No obstante, en la modalidad de prácticas colusorias el tipo penal establece, a diferencia de la regulación administrativa, que la práctica colusoria debe tener por objeto impedir, restringir o distorsionar la libre competencia. En este sentido, cabría distinguir los acuerdos

(192) Así lo hace, sin embargo, Angulo Paulet, *Delitos*, p. 63.

(193) Vid., la referencia, Abanto Vásquez, *El Derecho*, p. 394.

(194) Vid., así, Mazuelos Coello, *Lecciones*, p. 135; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 69.

cuyo objeto es restringir la competencia y acuerdos que producen efectos restrictivos[195]. Los acuerdos que tienen por objeto restringir la competencia son aquéllos en los que la finalidad principalmente perseguida por las partes al celebrarlo es eliminar o reducir la rivalidad que existiría, en otro caso, entre ellos[196]. Si se sigue esta lógica, podría concluirse que una práctica colusoria solamente podría ser delictiva si tiene por objeto (dolo de primer grado) la restricción de la libre competencia. Con lo dicho, la modalidad de abuso de posición de dominio podrá cometerse mediante cualquier forma de dolo, mientras que en el caso de las prácticas colusorias resultará necesario que el objeto del acuerdo haya sido restringir la competencia.

d. Resultado típico

Si se parte de la idea de que el delito de abuso de poder económico no se encuentra prohibido por el efecto restrictivo de la libre competencia, sino por su idoneidad para impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, entonces la sola realización de la conducta típica dirigida a limitar la competencia en el mercado consumaría el tipo penal sin atender a su incidencia concreta en la competencia[197]. Bajo estas consideraciones, el tipo penal no requeriría un resultado concreto, por lo que habría que negarle el carácter de delito de resultado. En el mejor de los casos, se trataría de un delito de peligro abstracto.

Un análisis dogmático del tipo penal de abuso de poder económico conduce, sin embargo, a una conclusión diferente. Los elementos del tipo penal deben ser interpretados desde una perspectiva jurídico-penal, de manera tal que su identidad se adquiere a partir de su carácter de injusto penal. No se trata, por tanto, de asumir en el ámbito penal la determinación administrativa de las infracciones contra la competencia, sino de dotarles de un sentido propiamente

---

[195] Vid., ÁGUILA-REAL, *InDret* 253, noviembre de 2004, p. 12, en referencia a la jurisprudencia europea *STM* v. *Maschinenbau Ulm*.

[196] Así, ÁGUILA-REAL, *InDret* 253, noviembre de 2004, p. 22.

[197] Vid., así, ANGULO PAULET, *Delitos*, p. 64.

penal. Con base en este punto de partida, puede señalarse que no basta con la realización de una conducta que se califique administrativamente como abuso de posición de dominio o como práctica colusoria, sino que es necesario poder determinar en estas conductas la lesividad propiamente penal. En este orden de ideas, tanto el abuso de posición de dominio como la práctica colusoria deben haber producido un resultado de afectación de los ámbitos de libre actuación de los intervinientes en el mercado, lo que significa definir el tipo penal como un delito de resultado[198].

En cuanto a la modalidad de abuso de posición de dominio, hay que señalar que el abuso de la posición de dominio en el mercado requiere la afectación de otro intervinininiente en el mercado[199]. El reproche dirigido a quien ha desbordado los límites razonables del ejercicio de un poder, se centra en el hecho de haber afectado con ello a otras personas. Siguiendo este razonamiento, habría que entender que el abuso de la posición de dominio en el mercado lleva consigo necesariamente la afectación a otros intervinientes en el mercado. Esta afectación se puede materializar como exclusión de otros competidores o como explotación de los consumidores. Mientras que a los primeros se le impide participar en el mercado, a los segundos se les reduce las posibilidades de elección.

Respecto de la modalidad de prácticas colusorias, hay que indicar que el Código penal la define por su objeto: impedir, restringir o distorsionar la libre competencia[200]. Además de configurar este objeto de la acción un aspecto subjetivo concreto, constituye también una característica objetiva de la acción típica, de manera que

---

(198) Como delito de lesión, Mazuelos Coello, *Lecciones*, p. 135; Kohlhoff, *Kartellstrafrecht*, p. 181.

(199) Por el contrario, para Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 72 y s., el abuso de posición de dominio constituye un delito de emprendimiento que no castiga el efectivo perjuicio de terceros, sino el ejercicio abusivo de un derecho que no necesariamente lleva consigo afectaciones concretas a terceros.

(200) Vid., Lamas Puccio, *Derecho penal económico*, p. 213; Angulo Paulet, *Delitos*, p. 64. En el Derecho español, igualmente, Bajo Fernández, *Actividad empresarial*, p. 336.

resulta necesario que la colusión posea cierta idoneidad para afectar la libre competencia. Una idoneidad estadística de la conducta no resulta, sin embargo, suficiente para configurar el ilícito penal, pues la protección penal no puede asumir los criterios de ordenación del Derecho administrativo sancionador. El injusto penal solamente podrá afirmarse si se afecta el ámbito de libre juego de los intervinientes en el mercado. Desde estas consideraciones, no puede calificarse de una práctica colusoria penalmente relevante la simple celebración de un acuerdo colusorio, sino que es necesario que ese acuerdo se materialice, de manera tal que se excluya o reduzca las posibilidades de elección a los intervinientes en el mercado.

e. Consumación y tentativa

La contemplación del delito de abuso de poder económico como un delito de resultado trae como conclusión que la consumación del delito concuerda con la producción del resultado. Dicho resultado no constituye una condición objetiva de punibilidad[201], sino un elemento del tipo penal cuya verificación objetiva debe de hacerse con base en la teoría de la imputación objetiva. En este sentido, la afectación a la libertad de actuación o elección en el mercado debe ser la realización del riesgo creado por las conductas de abuso de posición de dominio o por la ejecución de las prácticas colusorias. Si en el caso concreto esta afectación no se produce por causas no atribuibles al autor, entonces resultará aplicable la normativa de la tentativa[202]. Esta conclusión dogmática debe someterse, sin embargo, a un análisis más detenido desde el punto de vista de las necesidades de reestabilización de la norma.

---

[201] En este sentido, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 73, durante la vigencia de la redacción anterior del artículo 19 del Decreto Legislativo 701.

[202] En el mismo sentido, MAZUELOS COELLO, *Lecciones*, p. 135; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 395. De manera excepcional, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 72. Niega la tentativa respecto de la regulación comunitaria europea DANNECKER, en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, p. 551.

La posibilidad de castigar el delito de abuso de poder económico a título de tentativa trae como consecuencia la reducción del ámbito de represión asignado al Derecho administrativo sancionador, en la medida que la vigencia del principio del *non bis in idem* obligaría a imponer únicamente la sanción penal. Si bien puede afirmarse de manera general que el Derecho penal constituye el mecanismo normativamente más gravoso, esta afirmación no excluye la posibilidad de que en determinados supuestos especiales se pueda revisar la preeminencia de la sanción penal. En el caso del delito de abuso de poder económico, la pena por tentativa podría estar por debajo de los dos años, lo que sumado a la posibilidad de gozar de una suspensión de la ejecución de la pena o reserva del fallo condenatorio, presentan un panorama sancionatorio más benigno que el ofrecido por el Derecho administrativo sancionador. Con base en estas consideraciones, resultaría más ajustado a las necesidades de reestabilización de la norma recurrir a las sanciones administrativas en lugar de una simple declaración de culpabilidad sin una pena efectiva. La pena por tentativa tendría que dejar paso a la imposición de las sanciones administrativas.

f. Autoría y participación

Las formas de autoría y participación deben atender a las particularidades de cada modalidad del delito de abuso de poder económico. En el caso de la modalidad de abuso de posición de dominio, su carácter de delito especial limita la autoría a quien posee la posición de dominio. No obstante, no basta con tener esta posición para responder como autor, sino que es necesario que el abuso de la posición de dominio se haya hecho con pleno dominio del hecho. En la medida que el delito de abuso de posición de dominio es un delito de dominio, el autor del abuso debe tener un grado relevante de competencia por el dominio del hecho. Los partícipes en sentido estricto responderán igualmente con base en este delito especial, pues si bien su grado de dominio sobre el hecho no fundamenta el castigo como autor, han infringido igualmente el rol general de ciudadano en el terreno de las condiciones esenciales de la competencia. Esta diferencia cuantitativa repercute en la determinación de la pena de cada interviniente.

La modalidad de prácticas colusorias presenta una particularidad interpretativa que resulta importante esclarecer. Esta modalidad del delito de abuso de poder económico caracteriza la conducta típica con el término "participar", lo que podría llevar a la conclusión de que no existe una distinción sobre el grado cuantitativo del aporte de cada interviniente en el acuerdo o práctica colusoria. Todos los participantes en el delito serían entonces autores. Esta conclusión resulta, sin embargo, equivocada, pues el tipo penal no incrimina como autoría cualquier conducta favorecedora de la práctica y el acuerdo colusorio, sino únicamente a los que toman parte en éstos. En consecuencia, el dominio del hecho propio del autor se manifestará en estos casos mediante la intervención como parte en el acuerdo y en la ejecución de la práctica restrictiva de la libre competencia. Desde esta perspectiva cabrá entonces hacer una diferencia penal entre autor y partícipe en función del grado de dominio sobre el hecho típico.

g. Penalidad

La pena contemplada para el delito de abuso de poder económico es múltiple, en la medida que se establece la imposición conjunta de una pena privativa de libertad (de dos a seis años), multa (de 180 a 365 días-multa) e inhabilitación para el ejercicio de profesión, comercio, arte o industria (de seis meses a cinco años). No cabe duda que en conjunto la penalidad prevista resulta severa, pero si atendemos a las posibilidades de manejo individual podría restringirse su efecto disuasorio. Por ejemplo, la pena privativa de libertad podría manejarse con una suspensión condicional de su ejecución[203], mientras que la multa podría ser asumida perfectamente por la empresa (una multa que, dicho sea de paso, no se determina con base en los ingresos de la empresa, sino de los ingresos del sujeto individual condenado), la que tomaría en cuenta esta cantidad entre sus "cos-

[203] En el mismo sentido, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 76. No muy a favor de la pena privativa de libertad en el Derecho español, IÑIGO CORROZA, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 295.

tos" y se la trasladaría finalmente al consumidor. Quizá la pena de inhabilitación pueda ser la más difícil de capear, aunque siempre cabe utilizar en los negocios a un testaferro u hombre de paja para poder seguir en labores de administración a pesar de sufrir una inhabilitación en virtud de una sentencia condenatoria. Por todo ello, quizá resultaría más adecuada la propuesta discutida en los años sesenta en Alemania de hacer efectivas las penas privativas de libertad cortas en los delitos económicos o, en cualquier caso, elevar la penalidad de manera tal que se limiten las posibilidades de una suspensión condicional de la ejecución de la pena. Esta última solución corre el riesgo, sin embargo, de generar cierta situación de desproporcionalidad en la reacción penal frente a delitos que protegen bienes jurídicos más relevantes.

En cuanto a las empresas, nuestro ordenamiento penal no reconoce una pena a los entes colectivos[204]. No obstante, en el Código penal se contempla la posibilidad de aplicarles ciertas consecuencias accesorias. En esta línea, podría recurrirse a medidas como el decomiso de las ganancias que se han obtenido ilícitamente, por ejemplo, mediante una práctica colusoria que impide que la conformación del precio de ciertos productos se haga en una situación de libre competencia. Además del decomiso de ganancias, el juez penal podrá hacer uso de las distintas medidas establecidas en el artículo 105 del Código penal con la finalidad de evitar que se prosiga con la ejecución de conductas anticompetitivas[205].

B. Los cárteles de licitación (artículo 241)

El tipo penal que regula los cárteles de licitación sanciona los atentados contra la libre competencia en el ámbito concreto de las licitaciones y concursos públicos en la contratación y adquisición de

---

(204) Vid., el intento de fundamentación en el Derecho de cárteles, Kohlhoff, *Kartellstrafrecht*, p. 289 y ss.

(205) Vid., así, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 76 y s., quien recomienda además modificar las reglas del comiso de ganancias ilícitas con la finalidad de no limitarlo al monto necesario para cubrir la reparación civil.

bienes y servicios del Estado, así como en los remates públicos[206]. Aunque las conductas tipificadas como cárteles de licitación puedan afectar otros bienes jurídicos del Estado (patrimonio) o de particulares (libertad o patrimonio[207]), su configuración típica como delito económico gira en torno a la idea de la libre competencia[208]. Por esta razón, la interpretación del tipo penal no debe limitarse a la forma cómo se lesionan los procesos de selección y de oferta pública, sino que debe poner énfasis en la afectación a la libre concurrencia de postores en tales procesos.

Un sector de la doctrina entiende, sin embargo, que el artículo 241 protege también el buen funcionamiento de la Administración Pública[209], ya que es la Administración la que aparece como convocante de los procesos de selección y oferta pública[210]. Si bien esta afirmación resulta plausible en las licitaciones y concursos públicos, no puede extenderse con la misma validez al ámbito de los remates públicos. El hecho de que el remate público sea un proceso público no quiere decir necesariamente que tengan lugar en el marco de la actividad de la Administración Pública, sino que se trata de un proceso

---

(206) En el Derecho español, SUÁREZ GONZÁLEZ, en *Comentarios*, Rodríguez Mourullo (dir.), p. 742; VALLDECABRES ORTIZ, en *Comentarios*, Vives Antón (coord.), V. II, p. 1306 y s. En el Derecho alemán, DANNECKER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 16, n.m. 114.

(207) Considera que este delito en la legislación española afecta únicamente intereses individuales, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 125. De distinto parecer, QUINTERO OLIVARES, en *Comentarios*, Quintero Olivares (dir.), p. 1216.

(208) En el mismo sentido, TIEDEMANN, *FS-Müller-Dietz*, p. 905 y ss.; DANNECKER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 16, n.m. 146; KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht*, p. 59; BENDER, *Sonderstraftatbestände*, p. 47 y s. Igualmente, ACHENBACH, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), III 4, n.m. 11; GRÜTZNER, *Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen*, p. 418 y s. aunque también admiten secundariamente una protección del patrimonio del organizador del concurso o de los competidores.

(209) Vid., así, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 79 y s.; REYNA ALFARO, *Manual*, p. 507.

(210) Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 83.

abierto al público[211] y, por tanto, abierto a la competencia. En este sentido, también particulares podrán convocar remates públicos sin intervención de la Administración Pública (algo que sucede cada vez con mayor frecuencia gracias a los medios de comunicación electrónica) y verse perjudicados por un manejo ilegal de las posturas[212]. En conclusión puede señalarse que la afectación a la función de la Administración Pública no es un requisito *sine qua non* para la configuración del delito tipificado en el artículo 241 del Código Penal.

Si el delito de cárteles de licitación centra su ámbito de protección en la libre competencia en las licitaciones, concurso o subastas públicos, habrá que precisar desde qué perspectiva se protege la libre competencia. Lo primero que habría que indicar es que no se trata de una protección institucional de la competencia[213], pues de seguirse este criterio el ilícito administrativo y el delito se identificarían plenamente. La protección penal debe centrarse en la expectativa de conducta de los intervinientes en el mercado sobre la disposición de ámbitos de libertad para participar en licitaciones, concursos o subastas. No obstante, desde las particularidades del delito de cártel de licitación, la defraudación de la expectativa no requiere una efectiva exclusión de la competencia en los procedimientos públicos de selección y mucho menos un perjuicio patrimonial a la entidad convocante, por lo que la lesividad del delito se encontrará en su idoneidad para afectar los ámbitos de libertad en los procesos de contratación abiertos al público. En este sentido, la corrupción, la coacción o el acuerdo colusorio en el ámbito de la convocatoria o presentación de propuestas en los procedimientos de

---

(211) Vid., en este sentido, Bajo Fernández, *Actividad empresarial*, p. 316 y s.; Muñoz Conde, *Derecho penal*, PE, p. 447; Queralt Jiménez, *Derecho penal español*, PE, p. 597; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 84.

(212) Igualmente, Achenbach, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), III 4, n.m. 12; Dannecker, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 16, n.m. 116; Kohlhoff, *Kartellstrafrecht*, p. 59.

(213) Así, sin embargo, Grützner, *Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen*, p. 418; Tiedemann, *Wirtschaftstrafrecht*, BT, § 5, n.m. 184.

selección resultan suficientes para defraudar la expectativa penalmente protegida de los intervinientes en el mercado. Como puede verse, el delito se configura como un delito de peligro abstracto respecto de la efectiva exclusión de los procedimientos públicos de selección.

a. Sujeto activo

La figura delictiva de cárteles de licitación puede ser realizada por cualquier persona, ya que se trata de un delito común[214]. No obstante, respecto de la modalidad de colusión, es necesario que el autor cumpla con algunos requisitos para poder ser proveedor de una entidad pública o postor en un remate público, por lo que en principio no cualquier persona podría cometer el delito[215]. El bien jurídico se delimita en un espacio especial de vulnerabilidad, de manera que habría que entrar en dicho ámbito para poder vulnerarlo. Si bien podría haberse definido la entrada en el ámbito de especial vulnerabilidad mediante una referencia al estatus (postor, por ejemplo), el artículo 241 inciso 3 no ha hecho esta delimitación formal, de manera tal que no interesa el estatus, sino la efectiva entrada en el ámbito de vulneración (licitaciones, concurso o subastas). Mediante una interpretación fáctico-económica podría responsabilizarse a quienes, si bien no aparecen formalmente como postores, han podido afectar el bien jurídico por estar dentro del ámbito de especial vulnerabilidad. En este orden de ideas, podrá responder por el delito quien actúa en lugar de una persona jurídica. La imputación requiere solamente individualizar las competencias jurídico-penales de las personas naturales que componen su estructura organizativa, pudiendo aparecer como autor del delito cualquier miembro de la empresa con dominio suficiente sin necesidad de poseer un cargo directivo o de representación.

---

(214) Vid., en este sentido, PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, III, p. 288 y s.; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 85. Igualmente, en el Derecho penal alemán, KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht*, p. 60; TIEDEMANN, *Wirtschaftstrafrecht*, BT, § 5, n. m. 188.

(215) En el mismo sentido, TIEDEMANN, *Wirtschaftstrafrecht*, BT, § 5, n.m. 189.

b. Acción típica

El delito de cárteles de licitación se realiza en un determinado contexto social: las licitaciones, concursos y remates públicos. Para precisar el contenido de los elementos "licitaciones y concursos públicos" debemos recurrir a la regulación especial sobre las contrataciones y adquisiciones del Estado (Ley 26850)[216]. Según esta regulación legal, la licitación pública está determinada para el caso de contratación de obras y la adquisición de bienes y suministros, mientras que el concurso público de precios para la contratación de servicios y consultoría (artículos 14 y 15)[217]. Existen otros procesos de selección con pluralidad de proveedores para las contrataciones y adquisiciones del Estado que, sin embargo, no han sido contemplados en el marco de lo prohibido por el tipo penal, como, por ejemplo, la adjudicación directa[218] o la llamada bolsa de productos (Ley 26361 y su modificatoria la Ley 27635). Una futura reforma penal debería alcanzar también a estos procesos de selección. Por su parte, el remate público puede ser definido como la venta pública de bienes o valores que se hace al mejor postor[219], de manera tal que también en este contexto, no necesariamente vinculado a la Administración, resulta posible la formación de un cártel ilícito.

La acción típica del delito de cárteles de licitación contiene tres modalidades de realización del tipo, cada una suficiente para configurar por sí misma el delito[220]. Si bien las dos primeras modalida-

---

(216) Por ello, Valldecabres Ortiz, en *Comentarios*, Vives Antón (coord.), p. 1308, señala respecto del tipo penal español equivalente que se trata de un elemento normativo. Por el contrario, Peña Cabrera Freyre, *Actualidad Jurídica*, T. 144, nov. 2005, p. 110, considera que el artículo 241 del CP es una ley penal en blanco.

(217) Vid., Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 84.

(218) Supuesto que, por ejemplo, sí contempla, por el contrario, la regulación penal alemana en el § 298 número 2. Vid., sobre esto con mayor detalle, Heine, *Schönke/Schröder StGB*, § 298, n.m. 15.

(219) Vid., así, Peña Cabrera, *Tratado*, PE, III, p. 291.

(220) Se trata, por tanto, de un tipo penal mixto alternativo, tal como lo señala Suárez González, en *Comentarios*, Rodríguez Mourullo (dir.), p. 742.

des muestran con mayor claridad su desvalor por los medios empleados (corrupción y coacción), no menos lesiva se presenta la tercera modalidad (colusión) si se atiende al perjuicio que ocasiona en la configuración libre de los precios[221]. En las tres modalidades de realización del delito el legislador penal se ha decidido por un adelantamiento de las barreras de protección, de manera que no es necesario para la consumación del tipo penal que se haya afectado la realización de la licitación, concurso o subasta públicos.

aa) Corrupción en licitaciones (artículo 241 inciso 1)

La corrupción en licitaciones (concursos o remates) se configura con la acción de 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. Se trata de un supuesto específico de corrupción privada criminalizado, por razón de su gravedad, en nuestro Código penal. Esta modalidad específica de cártel de licitación puede realizarse típicamente de manera unilateral (solicitar ventajas) o bilateral (aceptarlas)[222]. La ventaja que el autor se procura puede, a su vez, ser efectiva o futura. El beneficio es efectivo cuando se trata de dádivas, es decir, de bienes de carácter patrimonial que se entregan a título de liberalidad. Por el contrario, el beneficio es futuro en el caso de las promesas, las cuales pueden consistir en la entrega futura de un bien o la realización de una prestación de contenido patrimonial, como, por ejemplo, la entrega de dinero, la condonación de deuda, la realización de un contrato, o no tomar parte de una futura licitación, concurso o remate. Un ejemplo precisamente de este último supuesto tuvo que decidirse en la jurisprudencia española cuando dos sujetos que, con ocasión de una subasta pública para adjudicar la explotación de una cantera de pizarra, se

---

[221] Vid., en el mismo sentido, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 81 y s.

[222] Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 86; REYNA ALFARO, *Manual*, p. 508. En la anterior regulación española de este delito (artículo 539 Código penal), no se incluía la aceptación de dádivas, lo cual generaba ciertos vacíos de punibilidad (Vid., así, BAJO FERNÁNDEZ, *Actividad empresarial*, p. 321).

inhibieron de presentar sus posturas a fin de que la cantera le sea adjudicada a uno de ellos a un precio menor de las posturas que estaban dispuestos a ofrecer, a cambio de que el ganador alquilaría luego la cantera al otro[223].

bb) Coacciones en licitaciones (artículo 241 inciso 2)

Como coacciones en licitaciones se castiga el hecho de intentar alejar a los postores mediante amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio. Se trata de un delito de emprendimiento, en tanto se sanciona como conducta delictiva consumada un hecho que sólo intenta obtener un resultado ilícito[224]. El autor actúa con el objetivo de alejar a los postores, es decir, a los competidores reales (a los que ya están inscritos para participar) o potenciales (aquellos que lo están todavía pensando) mediante medios disuasorios o fraudulentos[225]. El desvalor típico de la conducta no se encuentra en la consecución del objetivo propuesto (no participación de otros en una licitación, concurso o remate públicos), sino en la acción orientada a producir ese resultado.

cc) Licitaciones colusorias (artículo 241 inciso 3)

Como tercera forma de afectar la libre competencia en las licitaciones, concursos y remates públicos se castiga la concertación entre diversas personas con el objeto de alterar el precio de adjudicación en los mencionados procesos de selección y oferta pública. El término concertación no debe entenderse en el sentido de contrato, pues no se requiere una vinculación jurídica, bastando, por ejemplo, con un *gentleman's agreement*[226]. Hay que tener presente que no se sancionan penalmente todas las concertaciones tendentes a afectar en

---

(223) Vid., la referencia, Bajo Fernández, *Actividad empresarial*, p. 317 y s.

(224) Vid., García Cavero, *Derecho penal económico*, PG, T. I, p. 394; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 87.

(225) Vid., Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 87.

(226) Vid., en este sentido, Grützner, *Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen*, p. 519.

general las condiciones de contratación en las licitaciones, concursos o remates públicos, sino solamente las que están destinadas a alterar de manera directa o indirecta el precio que debería haber resultado de una normal concurrencia de proveedores o postores. Por otra parte, los simples contactos o conversaciones con quién está interesado en participar en una licitación y presentar una propuesta, no resultan suficientes para fundamentar una concertación[227].

En la medida que la realización de la modalidad del delito de licitaciones colusorias requiere de un acuerdo entre varias personas, se tratará de un delito colectivo, pues sólo podrá ser cometido si dos o más personas se ponen de acuerdo en una licitación, concurso o remate públicos. La responsabilidad penal de los participantes en la concertación colusoria será a título de coautoría[228]. Para sustentar la responsabilidad como autor, no es condición necesaria que el autor participe o haya participado en la licitación, concurso o remate públicos. La conducta típica se consuma con el acuerdo entre los posibles postores con el objeto de alterar el precio.

En el caso, muy usual por cierto, de empresas postoras o habilitadas para intervenir en licitaciones o concursos públicos, la imputación penal deberá recaer sobre los miembros competentes que vinculan a la empresa en el acuerdo colusorio con otras empresas. Si la empresa se encuentra dentro de un grupo económico y, por tanto, resulta manejable por una sociedad madre, nada se opone a imputar la responsabilidad penal a los miembros del grupo económico que dominan el hecho de la concertación con otros competidores para alterar los precios en una licitación, concurso o remate públicos. Si bien la figura de la autoría mediata podría fracasar en la medida que el acuerdo colusorio es tomado responsablemente por un miembro de la empresa interviniente, una imputación a título de coautor podría atribuirse al directivo de la sociedad madre en la medida que el diseño y definición de la participación en el acuerdo colusorio haya sido determinado por él.

---

[227] Igualmente, DANNECKER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 16, n.m. 152; GRÜTZNER, *Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen*, p. 519.

[228] Vid., GRÜTZNER, *Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen*, p. 535.

c. Tipo subjetivo

Los cárteles de licitación se sancionan a título de dolo. No cabe una realización culposa o imprudente del hecho[229]. Al autor debe imputársele el conocimiento de la conducta realizada y su idoneidad para perjudicar la libre competencia en los procesos de selección convocados por el Estado, así como en los remates públicos. Si bien no habría ningún inconveniente en aceptar la realización del delito con un dolo eventual[230], es evidente que las modalidades de realización del delito presuponen que el autor conozca plenamente las consecuencias de su hecho. En consecuencia, el tipo penal de cárteles de licitación sólo se realizará con dolo directo del autor.

Como un elemento subjetivo especial, en la modalidad de las licitaciones colusorias, se menciona expresamente que los participantes en el acuerdo deben tener la finalidad de alterar el precio resultante del proceso de selección o del remate público[231]. Esta especificación no resulta excesiva, como, por el contrario, sostiene Abanto Vásquez[232], pues precisa el ámbito de prohibición penal de esta práctica colusoria. Si bien se protege de manera general la libre competencia, esto no impide que el tipo penal circunscriba la prohibición a las formas de afectación que considera más graves. En ese sentido, con la exigencia de un elemento subjetivo especial (finalidad de alterar el precio) se excluye del ámbito penal supuestos de acuerdo sobre otros aspectos no referidos directa o indirectamente

---

(229) Vid., así, Peña Cabrera, *Tratado*, PE, III, p. 292. Igualmente en la anterior regulación española, Bajo Fernández, *Actividad empresarial*, p. 320. En la actual regulación, Valldecabres Ortiz, en *Comentarios*, Vives Antón (coord.), p. 1308.

(230) Así, Grützner, *Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen*, p. 526.

(231) Vid. Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 91. En la corrupción ocurrida en licitaciones, por el contrario, tal finalidad subjetiva no es necesaria como lo puso de relieve respecto de la anterior legislación penal española Bajo Fernández, *Actividad empresarial*, p. 320. En la actualidad, Muñoz Conde, *Derecho penal*, PE, p. 447; Quintero Olivares, en *Comentarios*, Quintero Olivares (dir.), p. 1218.

(232) *Derecho penal económico*, PE, p. 91 y s.

al precio. Tales supuestos estarían, en todo caso, abarcados por las normas administrativas. Hay que precisar que al ser la alteración del precio un elemento subjetivo de tendencia, no es necesario que se materialice efectivamente para la consumación del delito.

d. Consumación y tentativa

El tipo penal de cárteles de licitación no exige la producción de un resultado concreto, sea de lesión o de peligro[233]. La determinación de la consumación del delito debe adaptarse a cada modalidad del delito. En la modalidad de corrupción en licitaciones, el delito se consuma con la sola conducta activa o pasiva de corrupción sin que sea necesario obtener la finalidad del acto de corrupción. Del mismo modo, tal como ya lo señalamos, la modalidad de coacciones en licitaciones tampoco exige alcanzar el objetivo propuesto, pues el tipo penal está configurado como un delito de emprendimiento que para su consumación requiere únicamente que el autor intente alejar a los postores con medios coercitivos o fraudulentos. Finalmente, las licitaciones colusorias tampoco requieren una efectiva alteración del precio, sino solamente que los autores persigan con su concertación esa finalidad[234].

En la medida que el tipo penal de cárteles de licitación se configura solamente con la realización de la conducta típica, la posibilidad de castigo de la tentativa se limita considerablemente[235]. Si bien

---

[233] Vid., REYNA ALFARO, *Manual*, p. 509. Igualmente en la anterior regulación penal española, BAJO FERNÁNDEZ, *Actividad empresarial*, p. 320. En la regulación española actual, QUINTERO OLIVARES, en *Comentario*, Quintero Olivares (dir.), p. 1218; SUÁREZ GONZÁLEZ, en *Comentarios*, Rodríguez Mourullo (dir.), p. 744. Como un delito de peligro abstracto, en el Derecho alemán, DANNECKER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 16, n. m. 147; KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht*, p. 59. Por el contrario, como un delito de lesión en el Derecho penal alemán, GRÜTZNER, *Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen*, p. 512; BENDER, *Sonderstraftatbestände*, p. 51 y ss.

[234] Igualmente en el Derecho penal alemán, KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht*, p. 59.

[235] En el mismo sentido, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 92. En el Derecho penal español anterior, BAJO FERNÁNDEZ, *Actividad empresarial*, p. 320.

es posible imaginar teóricamente una conducta compuesta por varias acciones en la que el autor desista de realizarlas todas, el adelantamiento de la punibilidad que efectúa el tipo penal de cárteles de licitación no parece ser compatible con un castigo a título de tentativa. Por el contrario, debería considerarse la posibilidad de alguna regulación del arrepentimiento activo, como sucede en el Derecho penal alemán[236], con la finalidad de recompensar a quien evita los efectos lesivos del cártel de licitación en el patrimonio de la persona convocante de la licitación, concurso o remate públicos.

e. Penalidad

El delito de cárteles de licitación se encuentra castigado con una pena alternativa: el juez penal puede imponer o pena privativa de libertad no mayor de tres años, o pena de multa de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa. Como puede apreciarse, la pena resulta inferior a la establecida para el delito de abuso de poder económico del artículo 232 del Código penal, lo que podría encontrar explicación en el adelantamiento de la barrera de protección que hace el artículo 241 del CP al configurarse como delito de peligro abstracto. No obstante, la penalidad prevista puede afectar la finalidad preventiva procurada con el adelantamiento de la barrera de punición, pues existe la probabilidad de que el autor de un delito de cártel de licitación evada la prisión efectiva, en la medida que el máximo previsto de pena le permitiría recurrir a la figura de la suspensión condicional o a algún otro mecanismo de alternatividad penal.

Mayor virtualidad disuasoria podría atribuirse a la medida establecida para el caso de cometerse el delito del artículo 241 en una licitación o concurso público. En efecto, en estos casos el juez suspenderá al autor o a la empresa por él representada en el derecho a contratar con el Estado por un periodo no menor de tres ni mayor de cinco años. En el caso del autor, podría interpretarse esta medida como una pena de inhabilitación en el ejercicio del comercio o in-

(236) Vid., Kohlhoff, *Kartellstrafrecht*, p. 60; Tiedemann, *Wirtschaftstrafrecht*, BT, § 5, n.m. 184.

dustria (artículo 36 inciso 4 del Código penal). No obstante, respecto de la empresa a la que el autor representa no podría afirmarse el carácter de pena[237], pues se rompería con ello el principio del *societas delinquere non potest*, aún vigente en nuestro país. Por otro lado, imponer esta "pena" a la empresa en la condena de su representante implicaría aceptar de alguna manera una especie de responsabilidad por el hecho de tercero, lo cual, como es sabido, se encuentra proscrito en nuestro ordenamiento penal (artículo VII del Título Preliminar del Código Penal). Por esta razón, sólo cabe entender la medida que se impone a la empresa como una consecuencia accesoria[238], es decir, como una medida de carácter administrativo que se toma en sede penal para evitar un doble procedimiento (hay que recordar que la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado contempla esta suspensión del derecho a contratar para empresas que realizan prácticas restrictivas de la libre competencia en procesos de selección[239]).

f. Concursos

En la medida que es la Administración Pública la que convoca los procesos de selección y, por lo general, los remates públicos, existe la posibilidad de participación de funcionarios públicos en el delito del artículo 241. En este sentido, el funcionario público puede aparecer no sólo como partícipe en el delito de cártel de licitación, sino también como autor de algún otro delito contra la Administración Pública. El abuso del cargo de funcionario público puede llevar a la realización conjunta de otros ilícitos como el abuso de autoridad, la negociación incompatible o el cohecho[240]. Por el contrario, conviene destacar que el funcionario público que participe en el cártel de

---

[237] De otra opinión parece ser ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 97

[238] Así, QUINTERO OLIVARES, en *Comentarios*, Quintero Olivares (dir.), p. 1218; SUÁREZ GONZÁLEZ, en *Comentarios*, Rodríguez Mourullo (dir.), p. 745.

[239] Vid., la referencia igualmente REYNA ALFARO, *Manual*, p. 509.

[240] Vid., así, QUINTERO OLIVARES, en *Comentarios*, Quintero Olivares (dir.), p. 1218; SUÁREZ GONZÁLEZ, en *Comentarios*, Rodríguez Mourullo (dir.), p. 745; DANNECKER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 16, n.m. 125, 160.

licitación no realizará el tipo autónomo de colusión ilegal del artículo 384, sino que deberá ser castigado sólo como partícipe en el delito de cárteles de licitación[241]. La razón de la inaplicación del delito de colusión ilegal se encuentra en que la descripción típica de este delito se ubica en etapas posteriores al proceso de selección de proveedores y no en la etapa anterior al mismo[242].

La realización del delito de cárteles de licitación, en su modalidad de coacciones en licitaciones (artículo 241 inciso 2), presenta una situación de concurso con el delito de coacciones del artículo 151 del Código penal. Para poder decidir el tipo penal aplicable, hay que señalar primeramente que se trata de un concurso de leyes[243], en la medida que el desvalor del hecho delictivo se encuentra absorbido plenamente por ambos tipos penales en concurso. En este sentido, habrá que recurrir a alguno de los criterios establecidos para solucionar los casos de concurso de leyes, siendo el criterio más adecuado para este supuesto el principio de subsidiaridad. En efecto, en la doctrina penal se reconoce que el delito de coacciones es un delito subsidiario frente a otros delitos que afectan la libertad, de manera tal que el tipo penal de coacciones solamente podrá aplicarse en caso de no ser posible la subsunción del hecho en otro tipo penal. Por esta razón, si la conducta concreta se encuentra abarcada por el tipo penal del artículo 241 inciso 2 del Código penal, el tipo penal de coacciones no entrará en concurso.

Si el acuerdo colusorio en la licitación, concurso o remate público se ejecuta, el tipo penal aplicable será el artículo 232 del CP, siendo desplazado el tipo penal del artículo 241 inciso 3 del CP por principio de subsidiariedad. Ahora bien, la ejecución del acuerdo colusorio puede presentar, a su vez, una situación de concurso con el delito de estafa[244], en la medida que con base en el acuerdo colusorio

---

(241) Vid., en este sentido, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 85 y s.

(242) Vid. Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 79.

(243) Afirma este concurso medial, Queralt Jiménez, *Derecho penal español*, PE, p. 597.

(244) Igualmente, Achenbach, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), III 4, n.m. 19. Por el contrario, no considera la licitación colusoria una conducta similar a la estafa, Hellmann/Beckemper, *Wirtschaftsstrafrecht*, n.m. 668.

se aparenta una participación competitiva en la licitación, concurso o remate públicos, consiguiendo la aceptación del organizador y, dado el caso, ciertos desprendimientos patrimoniales en situación de error[245]. Dado que se produce la lesión de dos bienes jurídicos distintos (libre competencia y patrimonio)[246], se tratará de un concurso de delitos. No obstante, la discusión puede plantearse en la cuestión del tipo de concurso de delitos que se presenta. En nuestra opinión, en este caso existe una unidad de acción[247], pues el delito de licitación colusoria se materializa en la etapa preparatoria de la defraudación en la licitación. Por lo tanto, hay que tratar este caso como un concurso ideal de delitos y establecer la pena conforme a lo establecido en el artículo 48 del Código penal.

4. *Non bis in idem*

La delimitación del injusto penal y la infracción administrativa no evita la posibilidad de una doble sanción por un mismo hecho, pues el injusto penal sigue siendo un injusto administrativo que legitima la sanción administrativa. A nivel teórico se sostiene la ilicitud del doble castigo, pues tanto la pena como la sanción administrativa constituyen un mal por un ilícito previo[248]. En nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución Política reconoce la prohibición del doble castigo e incluso de un nuevo proceso por el mismo hecho, como lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional en la sentencia Exp. Nº 0052-2003-HC/TC de fecha 17 de marzo de 2003. En este sentido, resulta lógico que la legislación nacional se encargue de establecer mecanismos que impidan, dado el caso, una sobrerreacción del ordenamiento jurídico frente a un mismo hecho.

---

[245] En la jurisprudencia penal alemana se mantuvo esta comprensión a partir de la decisión "Rheinausbau". Vid., sobre esto, DANNECKER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 16, n.m. 129 y ss.

[246] Igualmente, DANNECKER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 16, n.m. 160.

[247] Vid., GRÜTZNER, *Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen*, p. 537.

[248] Vid., BENLLOCH PETIT, *PJ* 51, p. 310 y s.

La primera cuestión que debe precisarse es cuándo nos encontramos ante una situación de *bis in idem*. Siguiendo la célebre sentencia del Tribunal Constitucional Español al respecto, puede decirse que una situación de *bis in idem* se presenta cuando existe una triple identidad: sujeto, hecho y fundamento[249]. En cuanto a los dos primeros no existe mayor discusión: el autor y el hecho que motivan la sanción tienen que ser los mismos. Problemático resulta, por el contrario, la determinación de la identidad de fundamento[250], pues esta exigencia no resulta sencilla de cumplir para determinadas formas de comprensión de la función del Derecho penal. Para una comprensión cuantitativa de la diferenciación entre ilícito administrativo y penal no habría mayor inconveniente, pues la identidad de fundamento se daría en la protección de un mismo bien jurídico[251]. Esta facilidad, sin embargo, no se presenta para los que, como nosotros, entienden que el fin de protección en el Derecho administrativo sancionador difiere del fin de protección del Derecho penal. En estos casos no puede hablarse de una identidad de fundamento, sino, cuando más, de una identidad de efectos, es decir, que la imposición de una sola sanción (la más grave), alcanza empíricamente al fin de protección de la sanción desplazada. En este sentido, consideramos que la identidad de fundamento debe reformularse y entenderse, más bien, como identidad de efectos, de manera que una sola sanción cumple la función del Derecho administrativo sancionador y la función del Derecho penal.

A. Vertiente material

La opinión dominante entiende que en caso de sanción tanto penal como administrativa debe prevalecer la sanción penal[252], en la medida que ésta implica normativamente una mayor severidad (el reproche ético-social que lleva consigo toda responsabilidad penal).

---

[249] Vid., igualmente, San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, I, p. 104.

[250] Vid., Benlloch Petit, *PJ* 51, p. 342.

[251] Así, Benlochh Petit, *PJ* 51, p. 344 y s.

[252] Vid. Sánchez-Ostiz Gutiérrez, *El delito contable tributario*, p. 609.

Otro sector opina que la sanción más grave debe determinarse en cada caso mediante la comparación del *quantum* de perjuicio de cada una de ellas. En nuestra opinión, consideramos que lo conveniente es una solución general a favor del Derecho penal, no sólo por la simplificación que produce, sino por la propia lógica del principio de *ultima ratio* del Derecho penal que se sustenta en la mayor severidad normativa de este ámbito jurídico. La sanción penal cubre empíricamente las necesidades de castigo del Derecho administrativo sancionador.

En el marco de las infracciones administrativas y delitos contra la libre competencia la situación de triple identidad debería llevar a la aplicación exclusiva de la sanción penal. No obstante, esta afirmación general no debe excluir la posibilidad de que en el ámbito específico de la tentativa pueda considerarse excepcionalmente más ajustado a la proporcionalidad de la reacción sancionatoria acudir a las sanciones administrativas previstas en la ley de represión de las conductas anticompetitivas que a una pena disminuida sin ejecución efectiva (alternatividad penal). Con base en estas ideas, la pena por tentativa debería quedar desplazada por las sanciones administrativas.

B. Vertiente procesal

Además de la cuestión de fondo o material del principio de *non bis in idem*, existe una vertiente procesal de la prohibición de la doble imposición de sanciones[253], con la que se apunta finalmente a mantener la vigencia material del principio[254]. En este sentido, el ordenamiento jurídico debe contener mecanismos para impedir no sólo una doble sanción, sino también una duplicidad de procesos por un mismo hecho. La regulación de los mecanismos para evitar el *bis in idem* procesal puede seguir un sistema general como sucede,

---

[253] Vid., SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, I, p. 104 y ss. Así lo reconoce también nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia Exp. 1556-2003-AA/TC de fecha 16 de julio de 2003.

[254] Vid., BENLLOCH PETIT, *PJ* 51 (1998), p. 327.

por ejemplo, en Alemania con el parágrafo 21 de la Ley de Contravenciones respecto de los delitos y las contravenciones, o seguir, más bien, el modelo español que contiene normas específicas para determinados delitos e infracciones administrativas que se encuentran relacionados.

El sistema existente en el Perú no resulta tan fácil de precisar. Por un lado, si se entiende que el artículo 16 de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI (Decreto Ley 25868) rige también para los procesos penales, parecería ser que se asumiría, en cuanto a los ámbitos de competencia del INDECOPI, una regla general de prejudicialidad administrativa, es decir, que solamente podrá recurrirse a los tribunales penales una vez agotada la vía administrativa[255]. Frente a este parecer, Caro Coria ha sostenido que con la expedición de ciertas normas especiales que exigen, para iniciar un proceso penal, solamente un informe técnico del INDECOPI (propiedad industrial y competencia desleal), el régimen general de la prejudicialidad administrativa se habría roto, de manera tal que existirían excepciones a esta regla general[256]. Por nuestra parte, consideramos que en el ámbito penal no se presentan solamente excepciones a la regla general del artículo 16 del Decreto Ley 25868, sino que la regla general es la prevalencia penal, de manera tal que el mencionado artículo 16 no debe aplicarse a los procesos penales. El fundamento de este parecer reside en que el INDECOPI no tiene competencias penales que luego revisa el juez penal a través de una especie de proceso contencioso-administrativo. La pretensión punitiva es completamente independiente de lo decidido por la Administración, a no ser que el propio tipo penal se remita expresamente a un acto administrativo específico sin el cual el tipo penal no se configuraría. Por consiguiente, el inicio del proceso penal no deberá esperar el agotamiento de la vía administrativa, sino que bastará con cumplir los requisitos de procedibilidad que exigen específicamente las leyes correspondientes.

---

[255] Vid., así la Sala penal de la Corte Superior de Lima en el Exp. N° 208-93 de 7/06/1993.

[256] Vid., con mayor detalle, Caro Coria, *Thémis* 27-28, p. 217 y ss.

En el marco de las infracciones y delitos contra la libre competencia no existe una prejudicialidad administrativa. En la redacción anterior del artículo 19 del Decreto Legislativo 701 se otorgaba a la Comisión de Libre Competencia la facultad de decidir si el hecho era de naturaleza penal, pues el fiscal solamente podía iniciar la acción penal luego de recibida la denuncia de la Comisión[257]. Si bien se reconocía la prevalencia de la norma penal (aunque tampoco se establecía una suspensión del procedimiento administrativo), se excluía de tal decisión al juez (previa denuncia del fiscal) y se monopolizaba la misma por la Comisión. Esta decisión legislativa podía encontrar explicación en el hecho de que en un sistema penal como el nuestro, en donde el fiscal y el juez penal no están en condiciones de decidir con solvencia ante estas nuevas formas de criminalidad económica, se corría el riesgo de un astuto manejo de los tribunales penales para evadir la responsabilidad administrativa. No obstante, dicha solución se mostraba altamente cuestionable, pues legitimaba, de alguna manera, una infracción del principio de exclusividad de la función jurisdiccional constitucionalmente reconocida[258].

La nueva regulación del artículo 19 resulta, en atención a las consideraciones anteriores, mucho más acertada, en tanto establece que el ejercicio de la acción penal es de oficio[259]. En este sentido, no será ya necesario que la Comisión denuncie previamente al Fiscal el hecho que estima ha infringido el artículo 232 del Código penal, para que este último pueda ejercer la acción penal. Sin embargo, la falta de previsión de lo que sucederá con el proceso administrativo deja muchas dudas sobre la efectiva vigencia del principio del *non bis in idem* procesal. Para evitar infringir este principio constitucio-

---

[257] Vid., PEÑA CABRERA FREYRE, *Actualidad Jurídica*, T. 144, nov. 2005, p. 112.

[258] Vid., así, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 71; REYNA ALFARO, *Manual*, p. 473.

[259] No obstante, se cuestiona que haya eliminado también la exigencia del informe técnico previo del Indecopi, sobre todo porque esta condición de procedibilidad se contiene en otros delitos contra la competencia u otros delitos económicos (Vid., así, ALCOCER POVIS, *Actualidad Jurídica*, T. 138, mayo 2005, p. 122).

nalmente reconocido, habría que recurrir al modelo garantista asumido en los países de tradición europea continental. Sin entrar en particularidades, puede decirse que en un sistema garantista la vertiente procesal del principio del *non bis in idem* debe descansar sobre los siguientes aspectos:

a) *La prejudicialidad penal*, lo que significa que en caso de existir un hecho administrativa y penalmente relevante debe iniciarse primero el proceso penal, y que, en caso de haberse iniciado un procedimiento administrativo sancionador, éste debe suspenderse hasta que termine el proceso penal[260];

b) *La incoación o prosecución de un procedimiento administrativo sancionador* solamente podrá tener lugar en caso que el proceso penal haya terminado con sobreseimiento o absolución; y

c) *La inalterabilidad y vinculación de los órganos administrativos en cuanto a los hechos probados en la jurisdicción penal*, lo que significa que en caso de seguirse un procedimiento administrativo sancionatorio, deberá evitarse una doble valoración probatoria del hecho[261]. Este último requisito cuestiona, por otra parte, la fácil salida que propugnan algunos autores de mantener abierto el procedimiento administrativo para las personas jurídicas y dejar el proceso penal para las personas naturales[262], pues podría llegarse a una contradicción respecto de los hechos probados.

---

[260] Vid., Peña Cabrera Freyre, *Actualidad Jurídica*, T. 144, nov. 2005, p. 113.

[261] Vid., San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, I, p. 105. Similarmente, Alcocer Povis, *Actualidad Jurídica*, T. 138, mayo 2005, p. 124.

[262] Tal como lo sostienen Bangard, *wistra* 1997, p. 170 y s.; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 96 y s.

CAPÍTULO II
EL DELITO DE COMPETENCIA DESLEAL

I. INTRODUCCIÓN

En el contexto económico actual, caracterizado por el hecho de que la producción se determina por el mercado y no por una planificación del Estado, la protección de las condiciones para la vigencia efectiva de la competencia en el mercado resulta imprescindible[1]. Una de esas condiciones elementales es la lealtad en la competencia. Con este rasgo esencial de la competencia se quiere significar la idea de que cada agente económico es libre de organizar su actividad económica en el mercado de manera tal que maximice sus beneficios, siendo la única condición que se le impone no obtener los beneficios económicos mediante acciones dirigidas a perjudicar o aprovecharse indebidamente de los demás competidores[2]. En este sentido, el éxito en el mercado sólo puede alcanzarse mediante el esfuerzo propio y la eficiencia de las propias prestaciones[3]. En caso

---

(1) Vid., BULLARD/PATRÓN, *Thémis* 39, p. 433 y s.

(2) Por ello, NESTORUK, *Strafrechtliche Aspeckte*, p. 61, destaca que una lucha efectiva contra la competencia desleal fue objeto de discusión recién con la introducción de la libertad de empresa.

(3) Vid., la noción de competencia desleal a partir de esta idea, VEGA VILLACORTA, *Las sanciones*, en www.asesor.com.pe/teleley/bull8000, (consulta 27 de febrero

de no respectarse este juego limpio entre los competidores estaremos ante los llamados actos de competencia desleal.

> Muy distinto es, por el contrario, el caso de la competencia prohibida, en donde no se da el presupuesto de la competencia desleal: la libertad organizativa del agente económico. En estos casos, se realiza una actividad económica que requiere de cierta autorización administrativa sin efectivamente contar con la misma[4]. Por esta razón, el acto ilícito no se encuentra en el abuso de la libertad organizativa en el mercado, sino en el acto mismo de intervenir en el mercado[5].

Frente a los actos de competencia desleal, que son los que aquí nos interesan, el ordenamiento jurídico contempla varias formas de reacción. Estas formas de reacción son de diversa naturaleza, pues van desde la indemnización civil, pasando por sanciones administrativas, hasta llegar a sanciones de carácter penal. Si bien el objetivo de nuestra exposición se centra en el estudio de la relevancia penal de los actos de competencia desleal, una exposición general de la regulación administrativa –muy vinculada, por cierto, a las consecuencias civiles– resultará de gran utilidad, pues permitirá una mejor comprensión de muchos aspectos de la configuración de los tipos penales.

II. LA PROTECCIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMPETENCIA LEAL

1. Antecedentes

Hasta antes de 1934, año en el que se incorporó en nuestro ordenamiento jurídico la Convención General Interamericana sobre

---

de 2004). Pone, en este sentido, el acento de la competencia desleal no en el daño concurrencial, sino en la utilización de un medio torticero para causarlo, BAYLOS CORROZA, *Tratado*, p. 330.

(4) Vid., BAYLOS CORROZA, *Tratado*, p. 327; KRESALJA ROSELLÓ, *Derecho* 47 (1993), p. 21 y s.; RANGEL ORTIZ, en *Los retos*, p 308 y s. En el mismo sentido la jurisprudencia administrativa de la Comisión de Represión de la Competencia desleal, Resolución N° 053-96-TRI-SDC.

(5) Vid., así, KRESALJA ROSELLÓ, *Derecho* 47 (1993), p. 21.

Protección Marcaria y Comercial (Convención de Washington), no se contó en el Perú con una normativa que contemplase específicamente actos de competencia desleal. Si bien se pudo recurrir a las figuras generales del Derecho civil para hacer frente a estos actos (abuso de derecho, enriquecimiento sin causa o responsabilidad extracontractual)[6], la incidencia de estas normas fue casi nula como lo demuestra la exigua jurisprudencia al respecto de ese entonces[7]. La Convención de Washington, por el contrario, estableció normas específicas sobre actos de competencia desleal, aunque, al tratarse de una norma internacional, no contempló sanciones o medidas específicas contra dichos actos. No obstante, la incorporación de la Convención de Washington en el ordenamiento jurídico nacional despertó en la conciencia jurídica la necesidad de una normativa interna que reprimiese la competencia desleal.

Precisamente en la línea de incorporar normas contra la competencia desleal estuvieron encaminados los trabajos del Anteproyecto de Reforma del Código de Comercio iniciados en 1929 a cargo del Dr. Juan Bautista de Lavalle y Pardo, en donde se propuso la inclusión de normas sobre competencia desleal con la previsión de medidas y sanciones específicas[8]. Sin embargo, no fue sino hasta 1959 con la dación de la Ley 13270 (Ley de Promoción Industrial) cuando entraron en vigencia normas específicas para hacer frente a los actos de competencia desleal[9]. La incorporación de estas normas en una ley de industrias puso de manifiesto la estrecha vinculación que tuvo

---

(6) Hay que recordar que la institución de la competencia desleal tiene su origen en la interpretación del artículo 1382 del Código Civil napoleónico [Vid., Baylos Corroza, *Tratado*, p. 334; Vega Villacorta, *Las sanciones*, en www.asesor.com.pe/teleley/bull8000; Kresalja Roselló, *Derecho* 47 (1993), p. 17; Bullard/Patrón, *Thémis* 39, p. 435].

(7) Vid., así, Vega Villacorta, *Las sanciones*, en www.asesor.com.pe/teleley/bull8000.

(8) Vid., Vega Villacorta, *Las sanciones*, en www.asesor.com.pe/teleley/bull8000.

(9) Vid., con mayores referencia, Vega Villacorta, *Las sanciones*, en www.asesor.com.pe/teleley/bull8000; Kresalja Roselló, *Derecho* 47 (1993), p. 27 y s.

la competencia desleal con la protección de la propiedad industrial, aunque un análisis más detenido muestra claramente que el ámbito de aplicación de la competencia desleal supera la actividad industrial. No obstante, y pese a la incorrecta ubicación que se le dio a la normativa sobre competencia desleal[10], hay que reconocer el avance legislativo que significó la Ley de Promoción Industrial, pues no sólo precisó los actos de competencia desleal y las sanciones aplicables, sino que atribuyó a un órgano administrativo, la Dirección de Industrias y Electricidad del entonces Ministerio de Fomento y Obras Públicas, la competencia para resolver en primera instancia las denuncias por competencia desleal y la facultad de imponer las sanciones correspondientes[11].

En el año de 1970 se promulgó el Decreto Ley 18350 (Ley General de Industrias), el cual derogó la anterior Ley de Promoción Industrial. En esta nueva Ley no se reguló los supuestos de competencia desleal, originando un vacío legal sobre esta materia[12]. Este vacío fue cubierto cinco meses después con la promulgación del Decreto Supremo 001-71-IC/DS, reglamentario de la Ley General de Industrias. La regulación de la competencia desleal realizada en este reglamento fue, en líneas generales, similar a la regulación existente durante la vigencia de la Ley 13270[13]. Los cambios se dieron, en todo caso, en el terreno operativo, pues el órgano competente para resolver las cuestiones de competencia desleal pasó a ser la Dirección de Propiedad y Registro Industrial del Ministerio de Industria

(10) Este defecto luego fue corregido por el Decreto Ley 19262, el cual extendió el ámbito de aplicación de la Ley General de Industrias a otros sectores o materias afines a la propiedad industrial. Vid., con mayor detalle, VEGA VILLACORTA, *Las sanciones*, en www.asesor.com.pe/teleley/bull8000.

(11) Vid., KRESALJA ROSELLÓ, *Derecho* 47 (1993), p. 28.

(12) Vid., VEGA VILLACORTA, *Las sanciones*, en www.asesor.com.pe/teleley/bull8000; KRESALJA ROSELLÓ, *Derecho* 47 (1993), p. 28.

(13) Vid., en este sentido, KRESALJA ROSELLÓ, *Derecho* 47 (1993), p. 28. De la misma opinión, VEGA VILLACORTA, *Las sanciones*, en www.asesor.com.pe/teleley/bull8000, aunque remarca que se agregaron novedades como la violación de secretos industriales y la producción y comercialización de productos falsificados.

y Comercio. 21 años estuvo vigente el Decreto Supremo 001-71-IC/DS en lo que respecta a las normas de competencia desleal, sobreviviendo incluso a la derogación del Decreto Ley 18350 que le dio origen. Sucesivas modificaciones permitieron su vigencia y operatividad, para lo cual se incluyeron nuevos supuestos de competencia desleal e incluso se le encargó el conocimiento de estos casos a un órgano administrativo autónomo y especializado: el Instituto de Investigación Tecnológica Industrial y de Normas Técnicas (ITINTEC)[14]. Pese a todas estas modificaciones, la necesidad de un nuevo dispositivo legal sobre competencia desleal se hacía cada vez más imperiosa no sólo para actualizar los supuestos sancionados, sino para configurar una regulación autónoma de la competencia desleal[15].

La regulación requerida se alcanzó finalmente en diciembre de 1992 con la promulgación del Decreto Ley 26122, o llamada también Ley de Represión de la Competencia desleal. Con este dispositivo se creó una norma especial para hacer frente a los actos contrarios a la lealtad en la competencia, cuya efectiva vigencia se encargó al INDECOPI a través de su Comisión de Represión de la Competencia Desleal[16]. Esta normativa sobre competencia desleal sigue estando aún vigente, por lo que nos ocuparemos, en lo que sigue, de analizar las particularidades de su regulación.

2. Ley de Represión de la Competencia Desleal (Decreto Ley 26122)

La protección jurídica otorgada a la lealtad en la competencia responde a la importancia que la competencia ha ido adquiriendo en el sistema económico[17]. Esta lealtad significa que existen ciertas reglas de juego mínimas que los diversos agentes económicos deben

---

(14) Vid., con referencias concretas a las modificaciones realizadas, Vega Villacorta, *Las sanciones*, en www.asesor.com.pe/teleley/bull8000.

(15) Vid., así, Peña Cabrera, *Tratado*, PE, III, p. 278.

(16) Vid., Kresalja Roselló, *Derecho* 47 (1993), p. 29; Bullard/Patrón, *Thémis* 39, p. 434.

(17) Destaca esta idea, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 99.

respectar al realizar su actividad dentro del mercado. Cómo se expresan concretamente estas reglas, depende sustancialmente del desarrollo del sistema económico. Así, por ejemplo, en una visión preponderantemente liberal la deslealtad se manifestará solamente en ataques directos a otros competidores. Por el contrario, en una comprensión más social de la competencia se asumirá una definición más amplia de la deslealtad, en donde importará no sólo el interés de los competidores, sino también el de los consumidores[18]. Precisamente esta orientación es la seguida por la actual normativa administrativa de la competencia desleal, como lo demuestra la renuncia al requisito de la "relación de competencia" y la ampliación del fin de protección a los consumidores y el orden público. Sin embargo, cabe señalar que nuestro modelo social se ha atemperado en parte con el reconocimiento del criterio del rendimiento económico, pues a partir de este criterio se autorizarían ciertas políticas empresariales agresivas y se restringiría el espectro de conductas consideradas desleales (publicidad comparativa, por ejemplo).

En los siguientes subapartados vamos a ocuparnos de describir brevemente los rasgos esenciales de la protección administrativa de la competencia leal. Esta descripción resultará de suma importancia para poder marcar las diferencias con la protección penal, de manera que pueda hacerse una adecuada delimitación entra la infracción administrativa y el injusto penal.

A. Naturaleza jurídica

El sistema de protección administrativa de la competencia leal impuesto por el Decreto Ley 26122, tiene ciertos rasgos particulares. Si bien se establece un procedimiento administrativo para hacer frente a los actos de competencia desleal, llama especialmente la atención que en esta ley se contemple no sólo la posibilidad de imponer sanciones administrativas contra los infractores, sino que permite a

---

[18] Sobre el modelo social, KRESALJA ROSELLÓ, *Derecho* 47 (1993), p. 18 y ss. Vid., el cambio de paradigma individual por la protección de intereses generales en el Derecho de la competencia leal alemán, NESTORUK, *Strafrechtliche Aspekte*, p. 106 y s., con mayores referencias.

los denunciantes solicitar un conjunto de medidas especiales como la declaración del acto como competencia desleal, la acción cesatoria, la acción de remoción, etc. Incluso se establece una prejudicialidad administrativa respecto de las acciones civiles, en tanto se exige que antes de iniciar una acción civil el acto de competencia desleal debe haber sido previamente declarado como tal por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal (artículo 31)[19]. Como puede verse, existe una estrecha vinculación entre la regulación administrativa y las medidas civiles, lo que hace necesario ocuparnos de la polémica sobre el carácter jurídico del procedimiento contra los actos de competencia desleal.

Un sector de la doctrina entiende que los actos de competencia desleal constituyen un conflicto entre dos competidores que no pasa de ser un problema entre privados, de manera tal que no debería caer en el terreno del Derecho público, sino que debería solventarse por el Derecho civil o comercial[20]. Solamente cuando la deslealtad entre los competidores sea de una magnitud o intensidad tal que suponga un atentado al mercado podría configurarse un ilícito administrativo, pero, en todo caso, tal configuración debería hacerse bajo la forma de un acto contra la libre competencia[21]. Otra línea de interpretación sostiene, por el contrario, que los actos de competencia desleal lesionan el interés público, constituido por el mantenimiento de un mercado altamente competitivo[22]. Esta afectación al interés público legitima la intervención del Derecho administrativo sancionador en el ámbito de la lealtad de la competencia.

Para establecer si nuestra legislación positiva sigue una u otra línea de interpretación, hay que tener en consideración varios aspectos. En primer lugar, debe considerarse que el tratamiento de los

---

(19) Vid., Kresalja Roselló, *Derecho* 47 (1993), p. 27.

(20) Vid., en este sentido, Soriano García, *Derecho público*, p. 20 y s.; Kresalja Roselló, *Derecho* 47 (1993), p. 27.

(21) Vid. Soriano García, *El Derecho público*, p. 21.

(22) Vid., Bullard/Patrón, *Thémis* 39, p. 437 y s.; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 104.

actos de competencia desleal no se ha dejado en manos del Derecho privado, sino que éstos han sido regulados en una ley especial que instituye un procedimiento administrativo ante el organismo protector de la competencia (INDECOPI) con la posibilidad de imponer sanciones administrativas. Esta situación legislativa abogaría por una comprensión administrativa de la lucha contra los actos de competencia desleal. No obstante, conviene señalar que la intervención de la Administración en un conflicto no lo convierte, por ese solo hecho, en un asunto de interés público, ya que la Administración podría estar participando sólo como árbitro en un conflicto *interpartes* o como calificador técnico de un conflicto entre particulares. Esta interpretación, sin embargo, sólo sería correcta si la intervención de la Administración se redujese efectivamente al desempeño de un rol arbitral o calificador. Pero en contra de esta conclusión hay que recordar que en el ámbito de la competencia desleal existe la posibilidad de instaurar un procedimiento de oficio, así como de ejercer, por parte de la Administración, una facultad sancionatoria. Por tanto, al Estado le interesa que la competencia no se menoscabe con la generalización de las prácticas desleales entre los competidores, lo significa finalmente que la protección no se reduce a los intereses del competidor perjudicado, sino que pone su mirada en el funcionamiento de la competencia en el mercado. Como consecuencia de todo lo dicho, puede concluirse que la represión de la competencia desleal tiene una naturaleza mixta en nuestro sistema legal, en el que están presentes tanto los intereses de los particulares, como los intereses de los consumidores y el orden público económico.

B. Fin de protección

El artículo 1 del Decreto Ley 26122 establece que el objeto de la ley es "evitar, desalentar y sancionar los actos contrarios a la libre competencia en actividades económicas". Como puede verse, esta precisión legal confirma lo anteriormente señalado sobre la naturaleza jurídica de la regulación actual de la competencia desleal. El fin de protección de la normativa administrativa no se limita a los intereses particulares de los competidores, sino que, al estar referido a la competencia misma, incluye también intereses generales como el

de los consumidores o el orden público[23]. En este contexto, puede comprenderse perfectamente por qué el Decreto Ley 26122 no requiere, como presupuesto necesario para la calificación de un acto como competencia desleal, una relación de competencia[24]. La deslealtad en la competencia puede presentarse mediante acciones que inciden directamente en los consumidores y no necesariamente en algún competidor.

No cabe duda que la amplitud del fin de protección de la Ley de Represión de la Competencia repercute en una mejor lucha contra los actos de competencia desleal, pero también debe reconocerse que produce ciertas superposiciones con otras normas administrativas que protegen la competencia, los consumidores y, en general, el mercado. En efecto, existen conductas de competencia desleal que aparecen muy vinculadas a infracciones de la normativa de propiedad industrial, de publicidad engañosa, de protección al consumidor e incluso de libre competencia. Ante esta situación se presenta la cuestión de decidir cuál vía administrativa deberá seguirse para resolver el conflicto presentado. Consideramos que en estos casos debe atenderse al criterio de la mayor preponderancia de la infracción, de manera tal que si el hecho lesiona de manera directa aspectos protegidos de manera específica por otras regulaciones, éstas deberán primar sobre la regulación protectora de la competencia desleal. En cualquier caso, en algunos supuestos de conflicto de leyes existen ya regulaciones expresas que establecen la primacía de unas infracciones sobre otras, como es el caso de la primera disposición complementaria del Decreto Legislativo 823 que establece la

---

(23) Vid., en este sentido, Kresalja Roselló, *Derecho* 47 (1993), p. 31 y s.; Reyna Alfaro, *Manual*, p. 502; Ezaine Ramírez, *Revista Peruana de Jurisprudencia*, 59, enero de 2006, p. 119. Referido al Derecho español, Massaguer, *Thémis* 36, p. 103. En el Derecho alemán, Ebert-Weidenfeller, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), III 3, n.m. 6.

(24) Vid., Kresalja Roselló, *Derecho* 47 (1993), p. 32; Bullard/Patrón, *Thémis* 39, p. 439; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 104. En la jurisprudencia administrativa pone de manifiesto también esta idea la Resolución 96-96 TDC/INDECOPI.

primacía de la normativa sobre la propiedad industrial frente a la normativa de competencia desleal.

C. Conductas prohibidas

Siguiendo la tradición iniciada por la Ley alemana de 1909[25], el artículo 6 del Decreto Ley 26122 contiene una cláusula general de prohibición de la competencia desleal[26]. Se establece concretamente que "se considera acto de competencia desleal y, en consecuencia, ilícito y prohibido, toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas". Como puede apreciarse, son tres los criterios generales que permiten definir un acto de competencia desleal: la buena fe comercial, el normal desenvolvimiento de las actividades económicas y las normas de corrección en las actividades económicas. Además de estos criterios de ordenación de la infracción administrativa, hay que señalar que el artículo 5 del Decreto Ley 26122 hace dos precisiones generales importantes para la definición de la infracción administrativa. Por un lado, establece que para la calificación del acto de competencia desleal no será necesario acreditar un daño efectivo[27] y, por el otro, que los actos de competencia desleal no se limitan a las infracciones dolosas[28].

En cuanto a los criterios generales, debe precisarse que la buena fe comercial debe entenderse en un sentido objetivo, es decir, como

---

[25] Vid., sobre esto con mayores referencias, VEGA VILLACORTA, *Las sanciones*, en www.asesor.com.pe/teleley/bull8000; EBERT-WEIDENFELLER, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrs..), III 3, n.m. 1; NESTORUK, *Strafrechtliche Aspekte*, p. 64.

[26] Vid., KRESALJA ROSELLÓ, *Derecho* 47 (1993), p. 35; BULLARD/PATRÓN, *Thémis* 39, p. 441. Igualmente en el Derecho español, FERNÁNDEZ LÓPEZ, en *Propiedad Industrial*, p. 25.

[27] Vid., KRESALJA ROSELLÓ, *Derecho* 47 (1993), p. 32 y s.; BULLARD/PATRÓN, *Thémis* 39, p. 439.

[28] Vid., KRESALJA ROSELLÓ, *Derecho* 47 (1993), p. 32 y s.

pauta de conducta que debe guiar el ejercicio de la libertad de competencia[29]. En este sentido, la ruptura de la buena fe comercial se presenta como un abuso en el ejercicio de la libertad organizativa que tiene un agente económico para maximizar sus beneficios en el mercado. Pese a que nadie discute que el principio de buena fe informe todo el sistema jurídico, algunos autores critican, sin embargo, que en el caso concreto de la represión de la competencia desleal se emplee este criterio general, pues consideran que resulta demasiado abstracto para fijar las conductas prohibidas[30]. Por esta razón, parece acertado que nuestra legislación haya recurrido a referentes adicionales más específicos como el desenvolvimiento normal de las actividades económicas y las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas[31]. Se trata de criterios muy vinculados al contexto interactivo, dependientes en gran medida de los usos y costumbres comerciales[32]. La competencia en el mercado, como toda actividad, va desarrollando de manera formal o informal ciertos códigos de conducta entre los agentes económicos. El acto de deslealtad consiste precisamente en no respetar esos códigos comunes que permiten a cada actor económico orientar su actividad económica.

La regulación de los actos de competencia desleal a través de una cláusula general no impide que la regulación jurídica no pueda precisar supuestos específicos de competencia desleal[33]. No obstante, debe tenerse en cuenta que esta enumeración de supuestos

---

(29) Como buena fe objetiva, también Kresalja Roselló, *Derecho* 47 (1993), p. 35.

(30) Vid., por todos, Fernández López, en *Propiedad industrial*, p. 39 y s.

(31) Así la propuesta de Bercovitz Rodríguez-Cano, *Derecho de los negocios*, 20 (1992), p. 1 y ss.

(32) Sobre los usos o costumbres mercantiles, Rangel Ortiz, en *Los retos*, p. 313 y s. Destaca la relatividad de lo que se considera desleal debido a la variación de las costumbres en el tiempo Baylos Corroza, *Tratado*, p. 332; Kresalja Roselló, *Derecho* 47 (1993) p. 22 y s.; Bullard/Patrón, *Thémis* 39, p. 441.

(33) En estas especificaciones de la infracción puede incluso exigirse un daño efectivo o la actuación dolosa (mala fe), tal como lo pone de manifiesto Kresalja Roselló, *Derecho* 47 (1993), p. 33.

específicos no pretende ser exhaustiva[34], sino que ofrece, más bien, criterios de referencia que orientan el proceso interpretativo del órgano administrativo encargado de evaluar si una determinada práctica constituye o no un acto de competencia desleal[35]. En efecto, si bien en los artículos 8 y siguientes del Decreto Ley 26122 se hace la descripción de supuestos específicos de actos de competencia desleal, el artículo 7 reconoce la posibilidad de considerar desleales supuestos análogos o asimilables a los expresamente descritos[36]. En este sentido, los criterios generales ofrecidos por la cláusula general se concretan con los elementos de juicio contenidos en los supuestos específicos expresamente previstos[37].

Los actos de competencia desleal expresamente contemplados en la Ley de Represión de la Competencia Desleal son muy diversos. La doctrina los ha sistematizado en tres grupos:

- *Actos consistentes en aprovecharse del esfuerzo de otro en el mercado*: Dentro de estos actos de competencia desleal se engloban los actos de confusión, los actos de imitación, los actos de explotación de la reputación ajena, actos de sustracción o explotación de secretos empresariales ajenos y actos de copia no autorizada.
- *Actos consistentes en ataques directos a otro en el mercado*: Aquí se incluyen la inducción a la infracción contractual, los actos de denigración, la divulgación de secretos empresariales y la publicidad comparativa denigrante
- *Actos consistentes en impedir el correcto funcionamiento del mercado*: En este rubro se incluyen los actos de engaño, la publicidad comparativa engañosa, la violación de normas y los actos de discriminación.

---

(34) Vid., en este sentido, KRESALJA ROSELLÓ, *Derecho* 47 (1993), p. 25.

(35) Vid., así, RANGEL ORTIZ, en *Los retos*, p. 309 y s.

(36) Vid., así la llamada pequeña cláusula general, KRESALJA ROSELLÓ, *Derecho* 47 (1993), p. 61 y s. Igualmente en el Derecho de la competencia alemán, EBERT-WEIDENFELLER, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrs..), III 3, n.m. 2.

(37) De esta manera también se evitan los excesos a los que se podría llegar por un uso indiscriminado de la cláusula general. Vid., en este sentido, VEGA VILLACORTA, *Las sanciones*, en www.asesor.com.pe/teleley/bull8000.

D. Procedimiento, medidas y sanciones administrativas

Ante la realización de una conducta de competencia desleal cabe iniciar un procedimiento administrativo. La naturaleza mixta del procedimiento administrativo de represión de la competencia desleal se refleja en sus distintas fases. En cuanto a la acción, por ejemplo, se establece que, en principio, sólo los afectados (reales o potenciales) por los actos de competencia desleal podrán iniciar el procedimiento administrativo correspondiente ante la Comisión de Represión de la Libre Competencia del INDECOPI[38]. No obstante, el interés público de la represión de los actos de competencia desleal justifica que, de manera excepcional, la Comisión inicie de oficio el procedimiento, siempre que el acto se encuentre en ejecución y la acción no esté reservada a otros competidores[39]. La coexistencia de intereses privados y públicos se refleja en otros aspectos del procedimiento, como la posibilidad de solicitar medidas cautelares o las amplias facultades probatorias y de investigación que tiene la Comisión. Puede decirse, en suma, que si bien el origen de la competencia desleal es un conflicto entre privados, su repercusión puede alcanzar intereses públicos que legitimen una intervención más oficiosa de la Administración.

En el ámbito de las medidas y sanciones que pueden imponerse en el procedimiento de represión de la competencia desleal, puede apreciarse igualmente la coexistencia de intereses privados y públicos. En la lógica privada, el artículo 22 del Decreto Ley 26122 enumera las posibles pretensiones que el afectado por un acto de competencia desleal puede hacer valer en el procedimiento. En primer lugar, se encuentra la llamada acción declarativa que busca que se declare el hecho formalmente como desleal (artículo 22 literal a)[40]. Por lo general, la acción declarativa va acompañada de la solicitud de otra medida[41], aunque también puede que se busque solamente

---

(38) Vid., Kresalja Roselló, *Derecho* 47 (1993), p. 64 y s.

(39) De esta opinión, Kresalja Roselló, *Derecho* 47 (1993), p. 65.

(40) Sobre esta acción, con mayores referencias, Massaguer, *Thémis* 36, p. 104; Illescas Rus, en *Propiedad industrial*, p. 201 y ss.

(41) Vid., en este sentido, Kresalja Roselló, *Derecho* 47 (1993), p. 66.

la declaración formal para iniciar las acciones civiles correspondientes ante los tribunales ordinarios[42]. El afectado puede solicitar también una acción de cesación (artículo 22 literal b), mediante la cual pide se suspenda la realización del acto de competencia desleal o se prohíba su ejecución en caso de no haberse aún iniciado[43]. Una medida cesatoria específica constituye el cierre temporal del establecimiento infractor previsto en el artículo 22 literal d). En caso que el acto de competencia desleal haya sido ya ejecutado, el afectado podrá plantear una acción de remoción (artículo 22 literal e), es decir, pedir la eliminación de los efectos derivados de la conducta desleal[44]. Medidas específicas de remoción se encuentran en varios literales del artículo 22, como, por ejemplo, el comiso y/o destrucción de los elementos de falsa identificación (literal c)[45] o el impedimento de entrada al país de los productos de competidores desleales (literal i). Además de remover las consecuencias ilícitas del hecho, el afectado puede paliar el daño inmaterial con la acción de rectificación establecida en los literales f) y h), las cuales exigen la rectificación de las afirmaciones engañosas, incorrecta y falsas, por un lado, y la publicación de la resolución condenatoria, por el otro[46]. Finalmente, el artículo 22 contempla en el literal j) una acción restitutoria, mediante la cual se puede solicitar cualquier medida que tenga por objeto restituir al perjudicado a la situación anterior a la realización del acto de competencia desleal.

---

(42) Sobre la acción civil de daños y perjuicios, KRESALJA ROSELLÓ, *Derecho* 47 (1993), p. 75 y ss.

(43) Vid., MASSAGUER, *Thémis* 36, p. 104 y ss.; VEGA VILLACORTA, *Las sanciones*, en www.asesor.com.pe/teleley/bull8000.

(44) Vid., con mayor detalle, KRESALJA ROSELLÓ, *Derecho* 47 (1993), p. 68; MASSAGUER, *Thémis* 36, p. 106 y s.; VEGA VILLACORTA, *Las sanciones*, en www.asesor.com.pe/teleley/bull8000.; ILLESCAS RUS, en *Propiedad industrial*, p. 206 y ss.

(45) Vid., ILLESCAS RUS, en *Propiedad industrial*, p. 213.

(46) Vid., sobre estas medidas publicitarias, con mayor detalle, MASSAGUER, *Thémis* 36, p. 107 y s.; VEGA VILLACORTA, *Las sanciones*, en www.asesor.com.pe/teleley/bull8000.; ILLESCAS RUS, en *Propiedad industrial*, p. 214 y s.

En la lógica pública, el artículo 24 del Decreto Ley 26122 le otorga la facultad a la Comisión de Represión de la Competencia Desleal de amonestar a los infractores e imponerles la sanción de multa. La cuantía de la multa no puede superar las 100 UITs, graduándose la sanción en función de la gravedad de la falta, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiese ocasionar al mercado y la reincidencia. Sobre la gravedad de la falta deberá tenerse en cuenta lo establecido en el segundo párrafo del artículo 5, según el cual se considerará grave el acto de competencia desleal que se encuentre específicamente dirigido a alejar o sustraer ilícitamente la clientela de un competidor[47]. Esto quiere decir que si bien la "relación de competencia" no es un elemento constitutivo de un acto de competencia desleal, sí constituye un elemento de agravación de la infracción[48].

E. Delimitación con la persecución penal

En el Código penal se incriminan diversas conductas que tienen puntos comunes con los actos de competencia desleal. En esta oportunidad no vamos a ocuparnos de todas ellas, sino solamente del delito de competencia desleal tipificado en el artículo 240 del Código penal. Como puede concluirse de una lectura rápida a este tipo penal, se trata de actos que caen completamente en el ámbito de prohibición de la normativa administrativa sobre competencia desleal, lo que generará, como lógica consecuencia, una superposición de normas penales y administrativas. Ante esta situación se presentan dos problemas operativos muy necesarios de precisar: el criterio de delimitación entre el ilícito administrativo y el ilícito penal, por un lado, y los mecanismos para evitar el *bis in idem* en estos casos.

---

(47) Vid., detenidamente, Kresalja Roselló, *Derecho* 47 (1993), p. 33 y s.; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 107.

(48) Vid., en este sentido, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 107 y s.

a. Criterio de delimitación

Sobre el criterio de delimitación de los ilícitos administrativo y penal existe cierta incertidumbre[49]. No hay una norma como el anterior artículo 19 del Decreto Legislativo 701, ni una referencia especial en el tipo penal que permita establecer un criterio de delimitación específico. Es cierto que no todo acto de competencia desleal resulta penalmente relevante, pues sólo se han criminalizado los actos de explotación de la reputación ajena y los actos de denigración, pero respecto de estos supuestos no se ofrecen criterios concretos para delimitar los casos penalmente relevantes de los que sólo lo son administrativamente. Esta situación genera, como es lógico, una sensación de amplia discrecionalidad, lo que se opondría al carácter garantista del Derecho penal. Para evitar entonces los reproches en tal sentido, resulta conveniente desarrollar doctrinalmente un criterio de delimitación más o menos seguro.

Si se parte del carácter gravoso del Derecho penal, habrá que aceptar que el criterio de delimitación del ilícito penal tiene que ser la mayor gravedad del hecho. No obstante, esta aceptación no soluciona el problema, pues la mayor gravedad del ilícito penal puede encontrarse en muchos aspectos del hecho e incluso su estimación puede ser distinta en función de si se utiliza una ponderación aislada o una global. Atendiendo a la visión individualizadora de la imputación penal, consideramos que resulta más adecuado centrar la gravedad en los efectos lesivos inmediatos del hecho. En este sentido, la gravedad deberá estar referida al efecto que la práctica desleal produce en la reputación comercial o industrial de los competidores, algo que, por lo demás, se confirma con la exigencia de una relación de competencia en los actos de competencia desleal penalmente relevantes. En esta labor valorativa del juez tiene una vital importancia el llamado informe técnico del INDECOPI, el cual se exige como requisito de procedibilidad para poder iniciar un proceso penal (artículo 32 del Decreto Ley 26122). La valoración de los tribunales sobre el efecto lesivo del hecho podrá hacerse de manera

[49] Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Thémis* 36, p. 153.

más precisa si los mismos cuentan con el apoyo de autoridades especializadas en temas de competencia y de mercado[50].

b. Non bis in idem

En cuanto a los mecanismos para evitar el *bis in idem*, hay que partir de la prevalencia de la norma penal. Esto quiere decir que si el mismo hecho resulta relevante para sanciones administrativas y penales, sólo cabrá imponerle la sanción más grave al autor, esto es, la sanción penal. No obstante, los problemas de duplicidad no se reducen a las sanciones, sino que incluye el supuesto de doble proceso sancionatorio por un mismo hecho. La solución más adecuada a este problema sería suspender el procedimiento administrativo mientras se resuelva el tema penal. Sin embargo, debemos tener presente que en el procedimiento administrativo por actos de competencia desleal se ventilan no sólo sanciones administrativas, sino también solicitudes de carácter privado. En este sentido, podría suspenderse sólo la facultad sancionatoria de la Comisión hasta que se decida en sede penal si existe delito o no. Esta solución, sin embargo, presenta el peligro de resolver los temas penales y civiles con una base fáctica distinta. Por esta razón resulte quizá más garantista, aunque también menos operativo, incluir la pretensión civil en el proceso penal. La falta de operatividad de esta solución se manifiesta en la posibilidad de que el afectado vea rechazada su pretensión civil en sede penal, en donde se funciona con criterios de imputación más estrictos, lo que le obligaría a reiniciar el procedimiento administrativo a fin de que se declare previamente la deslealtad del acto para el posterior ejercicio de las acciones civiles. Como puede verse, el largo camino que puede llegar a tener la satisfacción efectiva de la pretensión indemnizatoria hace que se afecte la garantía de la tutela judicial efectiva, aunque la acción cesatoria o de remoción, ejercitables ya en el ámbito administrativo, podrían paliar esta situación.

---

(50) En este sentido, Kresalja Roselló, *Derecho* 47 (1993), p. 80.

III. LOS DELITOS DE COMPETENCIA DESLEAL

1. Bien jurídico penalmente protegido

En la medida que la lealtad en la competencia constituye una condición esencial del mercado y del sistema económico, parecería justificado ampliar la protección de este aspecto de la competencia al ámbito penal. Sin embargo, se discute si, en atención al principio de subsidiariedad, resulta necesaria la intervención del Derecho penal, sobre todo si los conflictos entre competidores pueden solventarse suficientemente con la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En esta línea discurrió la reforma penal en España, en donde el delito de competencia desleal, contemplado en el Proyecto de 1992, no fue finalmente incluido en la redacción final del Código penal de 1995. En nuestro país, por el contrario, se ha optado por criminalizar ciertos actos graves de competencia desleal, aunque debe reconocerse que esta incriminación resulta bastante benigna en atención a la pena prevista y la necesidad de una denuncia de parte agraviada.

Hay que destacar que en nuestro país la forma cómo se ha materializado la protección penal no coincide con la protección administrativa. En el Derecho penal la determinación de los actos de competencia desleal prohibidos no se ha hecho pensando en el funcionamiento global del mercado, sino en la concreta lesividad de tales actos frente a los competidores. Muestra clara de este proceder es la exigencia de "relación de competencia" en los actos punibles de competencia desleal, de lo cual nos ocuparemos más adelante. Por el contrario, la perspectiva global de la normativa administrativa que incluye a los consumidores y al orden público, no se ha utilizado en sede penal[51].

En atención a las consideraciones precedentes, puede afirmarse que el bien jurídico protegido penalmente está constituido por la expectativa normativa de conducta que permite a los agentes económicos confiar en que sus competidores no procurarán alcanzar

[51] De otra opinión, REYNA ALFARO, *Manual*, p. 503.

sus objetivos económicos mediante el aprovechamiento o el perjuicio de la reputación ajena. La regulación penal del delito de competencia desleal, a diferencia del delito de publicidad engañosa, no pone el acento en los consumidores, sino en los actos de un competidor contra otro[52]. En este sentido, la lesión o perjuicio a los consumidores no adquiere relevancia típica como competencia desleal, sino solamente el perjuicio a otro competidor.

La configuración del tipo penal del delito de competencia desleal con base en la relación de competencia resulta conforme a la función del Derecho penal. Por esta razón, no es de recibo la crítica que se hizo a los proyectos de Código penal español que contemplaban una regulación similar, en el sentido de mantenerse en una anacrónica visión profesional de la competencia que protegía únicamente los intereses de los competidores y no asumir un modelo social en donde entran a tallar los intereses generales de los consumidores[53]. Sin desconocer el actual modelo social de la competencia que informa a la normativa administrativa, el Derecho penal debe mantenerse fiel a su vocación de *ultima ratio*, de manera tal que tiene que proceder, de ser el caso, a tipificar los supuestos de deslealtad en sí mismos más graves. En este sentido, cabe entender que la tipificación realizada por el Código penal atiende a los supuestos que considera más graves, a saber, los supuestos en los que hay un daño concreto a los competidores. La función del Derecho penal se materializa en la lesividad concreta del hecho, no en la afectación al funcionamiento global de sistemas o sectores sociales.

2. Tipo penal (artículo 240 del Código penal)

El Código penal no ha criminalizado los diversos actos de competencia desleal prohibidos en la legislación administrativa, sino que

---

(52) Si bien Nestoruk, *Strafrechtliche Aspekte*, p. 113, reconoce que el interés de determinados individuos aparece en primera línea en estos casos, no debe dejarse de considerar el interés general en la protección de la economía.

(53) Vid., así, la crítica de Segura García, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 138; Moreno y Bravo, *Delitos*, p. 29.

se ha limitado a castigar los supuestos de deslealtad que considera más graves. En este sentido, la regulación penal se mantiene en su línea de mínima intervención, es decir, en criminalizar solamente las conductas lesivas más intolerables. Por otra parte, cumple en mayor medida el mandato de determinación o certeza que la normativa administrativa, ya que no utiliza ninguna cláusula general de incriminación[54], sino que precisa los actos de deslealtad que tienen relevancia penal, a saber, la explotación de la reputación ajena y los actos de denigración[55]. En este sentido, no puede compartirse el parecer que sostiene que el tipo penal del artículo 240 del Código penal constituye una ley penal en blanco que se remite al Decreto Ley 26122[56].

A. Sujeto activo

La redacción típica del delito de competencia desleal admite que cualquiera pueda ser autor del delito. Se tratará entonces de un delito común[57]. Sin embargo, si analizamos más detenidamente la estructura del tipo penal podremos descubrir que para la realización del delito se exige un elemento constitutivo que incide en la configuración del círculo de posibles autores del delito. Nos referimos a la llamada "relación de competencia" que debe existir entre el autor del delito y el agraviado, lo que excluiría de este tipo penal a personas en las que esta relación no se presenta. Esta relación de competencia exige que ambos sujetos sean competidores en el mercado. No obstante, para que exista la relación de competencia no es necesario que los bienes o servicios ofrecidos por ambos competidores

---

(54) Muy por el contrario a lo que sucedió con su fuente legislativa, el artículo 278 de la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal español de 1983, al que se le criticó por ser la redacción muy vaga y excesivamente amplia (Vid., SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 139; MORENO Y BRAVO, *Delitos*, p. 29).

(55) Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 108; REYNA ALFARO, *Manual*, p. 503.

(56) Así, PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, III, p. 277.

(57) De este parecer, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 128.

sean iguales, sino que puede tratarse incluso de bienes o productos sustituibles (sacarina y azúcar, por ejemplo)[58]. La idea central es que la actividad del perjudicado pueda ser cubierta por la del que actúa deslealmente.

En la medida que la participación de las empresas en el mercado resulta preponderante, será de central importancia establecer si en caso de estar de por medio personas jurídicas deberá recurrirse necesariamente al artículo 27 para castigar a los miembros de la empresa. Si la respuesta resulta positiva, la responsabilidad penal se circunscribirá a los representantes de la persona jurídica (teoría de la representación). Sin embargo, el admitir que el delito de competencia desleal sea un delito especial no implica necesariamente recurrir a la cláusula del actuar en lugar de otro. Existen delitos especiales que permiten sancionar con una interpretación fáctica a los que actúan en lugar del sujeto cualificado. Se trata de actuaciones en lugar de otro impropias en las que una interpretación fáctica de los elementos del tipo (relación de competencia), permiten afirmar su realización respecto del sujeto no cualificado[59]. En el caso del delito de competencia desleal puede procederse en este sentido, de manera tal que si bien los miembros de la empresa no tienen formalmente la calidad de competidor, podrá entenderse en un sentido fáctico que sí lo son y, por lo tanto, afirmar su responsabilidad penal como autores del delito.

La interpretación fáctica tiene, sin embargo, algunos problemas para castigar a los miembros de una empresa. En la medida que existe una relación de competencia, resulta lógico que el autor busque un beneficio propio al explotar o perjudicar la reputación ajena. En el caso de un miembro de la empresa, sin embargo, este ánimo egoísta no existe, pues el provecho procurado no es para la persona natural, sino para la jurídica. Por esta razón, resulta del todo

---

[58] Vid., en este sentido, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 113. Así en la doctrina penal argentina se hace mención a los criterios de "sustitución" o "reemplazo", Vid., Spolansky, *El delito de competencia desleal*, p. 17.

[59] Vid., sobre esta situación del actuar en lugar de otro, García Cavero, *El actuar*, p. 86 y s.

acertada la ampliación que hace el tipo penal al ánimo de lucro, pues incluye también los supuestos de actuación "altruista", es decir, los casos en los que se procura un beneficio para un tercero. De esta manera, los miembros de una empresa que procuran el beneficio de la empresa también podrán responder como autores del delito de competencia desleal[60].

B. Acción típica

Si bien la acción típica del delito de competencia desleal contiene dos modalidades distintas de realización, estas modalidades presentan un presupuesto común que ya hemos venido afirmando en la exposición precedente. Se trata de la llamada relación de competencia. Esta relación de competencia implica que el acto de deslealtad tiene que estar dirigido a perjudicar a un competidor en el mercado. Si no existe tal relación, el tipo penal no se configurará[61], por lo que el agente quedará liberado de responsabilidad penal, a no ser que la conducta pueda reconducirse a otro tipo penal. En consecuencia, el punto de referencia para el Derecho penal no se encontrará en los consumidores o en el interés público, sino en los intereses de los competidores del autor.

a. Actos de explotación de la reputación ajena

El inciso 1 del artículo 240 del Código penal castiga al que "se aprovecha indebidamente de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro". Este supuesto de competencia desleal requiere como presupuesto necesario que exista previamente una reputación industrial o comercial de un agente económico, de manera tal que sin la existencia de una reputación comercial o industrial la conducta no podrá tener relevancia jurídico-penal, sino a lo sumo constituir un acto de competencia desleal

(60) Vid., igualmente, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 128.

(61) Así, igualmente, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, pp. 113, 120. De otro parecer, PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, III, p. 282.

sancionado administrativamente[62]. Esta reputación debe ser ajena, lo que significa que la explotación de la propia reputación, aunque resulte prohibida, no podrá configurar un acto de competencia desleal. En este sentido, por ejemplo, no podrá castigarse penalmente como competencia desleal a aquella persona que ha venido utilizando desde hace mucho un nombre comercial no registrado que coincide con una marca posteriormente registrada[63]. Por otra parte, la reputación ajena debe ser actual, de manera tal que si el competidor ha dejado de realizar su actividad comercial o productiva no podrá afirmarse un acto de competencia desleal[64].

La conducta típica está constituida por el hecho de aprovecharse de la reputación comercial o industrial de otro. Aprovecharse significa obtener beneficio del uso de determinado bien sin mediar justo título. En este sentido, no existirá un aprovechamiento de la reputación ajena si el uso de esta reputación se encuentra autorizado por el titular o por normas de carácter excepcional[65]. La exigencia de una ausencia de normas autoritativas en el caso concreto se expresa con el elemento típico consistente en que el autor se aproveche "indebidamente" de la reputación de otro. Este requisito del tipo penal puede entenderse como un elemento de valoración global del hecho que nos introduce en la antijuricidad del hecho. Por tanto, para poder castigar penalmente el provecho procurado por el uso de la reputación comercial o industrial de otro competidor, el autor no debe encontrarse amparado por ninguna norma autoritativa.

---

(62) Vid., Reyna Alfaro, *Manual*, p. 504.

(63) Vid., así, el ejemplo citado por Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 111, ocurrido en el ámbito administrativo de una empresa que se llamaba "La casa de la cigüeña S.R.L." frente a la denuncia de la propietaria de la marca "La cigüeña".

(64) Vid., en este sentido, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 111.

(65) Vid., así, Kresalja Roselló, *Derecho* 47 (1993), p. 42; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 112. Por su parte, Peña Cabrera, *Tratado*, PE, III, p. 283, habla de normas de corrección generalmente aceptadas.

En el tipo penal no se precisan las formas específicas de materialización del aprovechamiento, de manera tal que el hecho delictivo podrá configurarse por cualquier medio idóneo. En la normativa administrativa se tipifica específicamente como conducta de explotación de la reputación ajena el empleo o imitación de distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero. No obstante, la normativa penal no tiene que limitarse a los medios establecidos por la regulación administrativa, de manera que puede configurarse una explotación indebida de la reputación comercial mediante otros actos de deslealtad. En este orden de ideas, destacan especialmente los actos de competencia desleal como los actos de confusión, engaño e imitación[66]. Esta apertura del tipo penal permite incluir los diversos actos de competencia desleal como medios de explotación indebida de la reputación ajena e incluso abarcar también medios que podrían encontrarse permitidos en determinados contextos, pero que igualmente pueden dar pie a un aprovechamiento de la reputación ajena. Así se presenta, por ejemplo, el caso planteado por ABANTO VÁSQUEZ de la empresa extranjera que usa en el Perú su signo distintivo que resulta muy similar a uno registrado por una empresa nacional en nuestro país[67].

En la determinación de la conducta constitutiva del delito de competencia desleal por aprovechamiento de la reputación comercial ajena, resulta muy importante poder trazar los límites con el derecho a imitar iniciativas o prestaciones empresariales, pues conforme al artículo 4 de la ley de represión de la competencia desleal, no se considerará como acto de competencia desleal la imitación de prestaciones o iniciativas empresariales ajenas, salvo en lo que en la ley de represión de la competencia desleal se dispone o en lo que

---

[66] Vid., en este sentido, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 117. En el mismo sentido, respecto de la regulación administrativa, KRESALJA ROSELLÓ, *Derecho* 47 (1993), p. 42.

[67] Vid., con referencias más concretas, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 117.

lesione o infrinja un derecho de exclusiva reconocido por la ley[68]. La jurisprudencia administrativa del Indecopi ha establecido ciertos límites al "derecho a imitar"; concretamente que no se imiten elementos de la propiedad industrial de otros y que la prestación o el emprendimiento empresarial pueda diferenciarse de los otros concurrentes en el mercado[69].

En la jurisprudencia nacional se puede encontrar supuestos de conductas de explotación indebida de reputación ajena tanto en el ámbito administrativo como penal. En el ámbito administrativo se le atribuyó a la empresa Renzos actos de competencia desleal en la modalidad de explotación de la reputación ajena, en la medida que imitó la estructura interna y externa de los locales de la empresa Bembos con más de 15 años de actividad en el mercado, generando así un riesgo de confusión indirecta o de asociación entre los consumidores[70]. En el ámbito penal, se castigó penalmente el caso de una persona que participó en un concurso público con la documentación de otra empresa con cierta reputación comercial en trabajos de revestimientos. Una vez que se le otorgó la buena pro, contrató para la realización de los trabajos asignados trabajadores de la empresa afectada, los cuales usaron los mamelucos de esta empresa al realizar los trabajos encomendados. La Sala Superior de la Corte Superior de Lima castigó al autor como responsable del delito de competencia desleal en su modalidad de explotación de la reputación ajena (Exp. N° 1608-97 de fecha 27 de junio de 1997), en la medida que mediante un acto de confusión se hizo creer a la convocante al concurso público que la empresa que se presentaba era la misma que ostentaba la reputación en el mercado de trabajos de revestimientos.

---

(68) Vid., en referencia a la legislación española, Oré Sosa, *La protección penal de la marca*, p. 173 y s.

(69) Vid., así, como precedente de observancia obligatoria, la Resolución N° 030-2005/CCD-INDECOPI de 7 de marzo de 2005, confirmada por la Resolución N° 1091-2005/TDC-INDECOPI de 5 de octubre de 2005 (Vid., la trascripción de ambas resoluciones administrativas, Ezaine Ramírez, *Revista Peruana de Jurisprudencia*, 59, enero de 2006, p. 80 y ss.).

(70) Vid., la Resolución N° 030-2005/CCD-INDECOPI de 7 de marzo de 2005.

b. Actos de denigración

El inciso 2 del artículo 240 del Código penal castiga como autor del delito de competencia desleal al que "realiza actividades, revela o divulga informaciones que perjudiquen la reputación económica de una empresa, o produzca descrédito injustificado de los productos o servicios ajenos". Aunque no se mencione de manera expresa, hay que precisar que el tipo penal presupone una relación de competencia, es decir, que la reputación en cuestión sea la de un competidor[71]. Por esta razón, si la denigración no recae sobre un competidor, no se habrá realizado un delito de competencia desleal en su modalidad de actos de denigración, sino, en todo caso, un delito contra el honor[72].

La acción típica del delito de competencia desleal en su modalidad de actos de denigración puede materializarse de dos maneras. Por un lado, la denigración puede ser producto de la realización de actividades idóneas para afectar la reputación del competidor o de sus productos[73]. En estos casos, el perjuicio sobre la reputación comercial o industrial de un competidor o de sus productos tiene lugar no por el manejo o manipulación de la información, sino por ciertas vías de hecho. Un ejemplo de esta forma de proceder sería poner al sol durante varios meses un producto que pierde su calidad con la exposición solar para luego reintroducirlo al mercado. En este caso, el autor no ha hecho ninguna afirmación sobre la calidad de los productos de su competidor, sino que ha disminuido intencionalmente su calidad con la finalidad de que el consumidor sienta o experimente directamente la mala calidad (aunque en realidad, el mal estado) del producto.

La denigración puede tener lugar, por otro lado, mediante la revelación o divulgación de informaciones. El tipo penal no exige una forma específica de expresión de la información, así que podría

---

(71) Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 120.

(72) Una cuestión muy discutida será si la persona jurídica tiene honor penalmente protegido. Sobre ello, Vid., LÓPEZ PEREGRÍN, *La protección penal*, *passim*.

(73) Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 124.

ser tanto oral como escrita. Por informaciones no deben entenderse solamente las afirmaciones sobre hechos, sino también las valoraciones de hechos[74]. Es evidente que estas informaciones deben dirigirse a terceros, pero no se requiere una comunicación pública[75]. La afirmación no puede desvirtuar su carácter de tal aunque se disfrace con la figura de una pregunta retórica o deje una puerta de escape con la utilización de términos como "probablemente"[76]. Por lo tanto, incluso en estos casos puede hablarse de afirmaciones que producen descrédito sobre la reputación ajena. La comunicación de denigración no requiere necesariamente presentarse en una relación concurrencial (de un competidor a otro), sino que puede provenir de revistas corporativas (una asociación de consumidores), siempre que se muestre que a través de esta publicación se disfrazan actos de denigración de la reputación comercial ajena[77].

En el ámbito administrativo se ha establecido que estas afirmaciones no tienen que ser necesariamente falsas, de manera que también se puede denigrar deslealmente con afirmaciones ciertas[78]. Para que en estos casos tenga lugar una infracción administrativa es necesario que las afirmaciones ciertas resulten inexactas o impertinentes (artículo 11 del Decreto Ley 26122)[79]. Un sector de la doctrina entiende que en el ámbito penal solamente debería castigarse los casos de informaciones falsas[80]. Este parecer se encontraría susten-

---

(74) Distinto en el Derecho alemán en donde no se incluyen los puros juicios de valor. Vid., Ebert-Weidenfeller, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), III 3, n.m. 50.

(75) Igualmente en el Derecho alemán, Ebert-Weidenfeller, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), III 3, n.m. 54.

(76) Vid., así, Ebert-Weidenfeller, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), III 3, n.m. 54.

(77) Vid., al respecto, Rubí Puig, *InDret* 291, julio 2005, p. 2 y ss.

(78) Vid., en este sentido, Bullard/Patrón, *Thémis* 39, p. 444 y s.

(79) Vid., con mayor detalle, Kresalja Roselló, *Derecho* 47 (1993), p. 54. En el Derecho español, igualmente, Baylos Corroza, *Tratado*, p. 347.

(80) Vid., así, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 120; Reyna Alfaro, *Manual*, p. 504.

tado en el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal que debería reprimir solamente los casos más graves. Por nuestra parte, creemos que la conclusión doctrinal antes mencionada no resulta forzosa. Por un lado, el tipo penal utiliza el verbo revelar, lo cual significa hacer público algo que se encuentra oculto, pero es cierto. En este sentido, se iría contra el propio tenor del tipo penal si es que el ámbito de aplicación del delito se reduce a las informaciones falsas. Por otro lado, la gravedad no necesariamente depende de la veracidad o no de las informaciones que se revelan o divulgan, sino del efecto que las mismas producen en la reputación comercial o industrial de los competidores. En este sentido, no encontramos una razón de fondo para negar la configuración del ilícito penal cuando se denigra a un competidor con información cierta, pero inexacta o impertinente. El criterio de la gravedad deberá encontrarse, más bien, en el daño que la revelación o divulgación de la información ha producido en la reputación del competidor.

C. Tipo subjetivo

Los actos de competencia desleal sancionados penalmente se castigan sólo a título de dolo. En la medida que se trata de conductas con un grado de desvalor penal no muy elevado, una incriminación de la actuación culposa resultaría desproporcionada[81]. En este sentido, no basta con imputar al autor un grado de conocimiento general sobre la posibilidad de perjuicio de su conducta respecto de la reputación comercial o industrial de sus competidores, sino que deberá imputársele al autor el conocimiento concreto de esta aptitud lesiva de su comportamiento de explotación o denigración. El autor debe encontrarse en una posición personal tal que le permita conocer el concreto efecto lesivo de su comportamiento respecto de la reputación comercial o industrial de su competidor.

Un punto muy controversial respecto del delito de competencia desleal es la posibilidad de sustentar la imputación subjetiva en la

(81) Vid., en este sentido, VEGA VILLACORTA, *Las sanciones*, en www.asesor.com.pe/teleley/bull8000.

figura del dolo eventual. Algunos autores entienden que esta posibilidad si bien resulta posible en teoría, en la práctica parece poco probable[82]. Por nuestra parte, pensamos que una imputación subjetiva a título de dolo eventual se encuentra excluida, por lo menos, en la modalidad de actos de denigración, en razón del emparentamiento que tiene este delito con los delitos contra el honor[83]. La exigencia de un *animus difamandi* limitaría la posibilidad de fundamentar la responsabilidad en la figura del dolo eventual. En este sentido, si la finalidad del autor es, por ejemplo, impedir que los consumidores adquieran productos de baja calidad, la divulgación de información sobre los productos del competidor no le generará una responsabilidad penal por el delito de competencia desleal, aunque se considere afectada su reputación comercial.

En cuanto a la modalidad de explotación de la reputación ajena, la doctrina penal sostiene que es necesaria igualmente una intención de explotar la reputación ajena, es decir, un dolo directo[84]. En efecto, si bien resulta posible pensar en supuestos de dolo eventual de aprovechamiento de la reputación de otro, el desvalor de estos actos de competencia desleal no justifican elevarlos a la categoría del delito, de manera tal que sería mucho más adecuado dejarlos en el ámbito de las infracciones administrativas. Si bien se trata de una limitación que no surge directamente del tenor legal, puede perfectamente sustentarse en una consideración global de la protección de la competencia leal (civil, administrativa y penal).

Como elemento subjetivo especial, el delito de competencia desleal requiere además una tendencia egoísta del autor. Se trata del llamado ánimo de lucro que se encuentra expresado típicamente en la frase "en beneficio propio o de terceros"[85] y que debe entenderse evidentemente en el contexto de una disputa concurrencial. La finalidad de beneficio del competidor desleal estará en su mejor posición

---

(82) Vid., así, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 119.

(83) Reconoce esto, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 122.

(84) Vid., en este sentido, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 119.

(85) Vid., Reyna Alfaro, *Manual*, p. 505.

en el mercado como consecuencia de la explotación o denigración del prestigio ajeno. No obstante, en la medida que se trata sólo de una finalidad del autor, no se requiere un enriquecimiento efectivo, sino simplemente que el autor apunte a ello. Por el contrario, si el autor no busca el enriquecimiento, la conducta no será típica con base en el artículo 240 del Código penal. Por ejemplo, las recíprocas imputaciones que se hacen dos competidores como consecuencia de una competencia llevada al terreno personal.

D. Consumación y tentativa

El delito de competencia desleal constituye un delito de resultado en sus dos modalidades de realización. En cuanto a la modalidad de explotación de la reputación ajena, puede decirse que el hecho no se agota en el acto de imitación, confusión o engaño, sino que se requiere que efectivamente el autor explote indebidamente la reputación ajena. El desvalor de la conducta no se agota, por tanto, en la mera acción de uso indebido de la reputación ajena[86], sino que resulta necesario un resultado injusto: la explotación de dicha reputación. El aprovechamiento que exige el tipo penal significa que el autor ha sacado alguna utilidad con el uso indebido de la reputación ajena. Esta utilidad no debe entenderse en sentido económico, sino en sentido competitivo, es decir, que el competidor ha alcanzado en el mercado cierto reconocimiento por el uso de la reputación ajena. Como ya se vio, el lucro es un elemento subjetivo de tendencia que no requiere su efectiva realización para la configuración del delito.

La modalidad de actos de denigración muestra con mayor claridad la necesidad de un resultado, en la medida que se exige expresamente que las actividades realizadas o las afirmaciones reveladas o divulgadas por el autor perjudiquen la reputación económica de una empresa o produzcan descrédito injustificado de sus productos o servicios. El peligro prohibido creado por las actividades o las afirmaciones del autor debe haberse realizado en el resultado de perjuicio de

[86] De parecer distinto, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 127.

la reputación ajena (de la empresa o de sus productos). Si esta relación de imputación objetiva no se puede determinar (por ejemplo, porque el descrédito se imputa a otro comportamiento de la propia empresa), entonces no cabe entender que el delito se ha consumado.

En la medida que se trata de un delito de resultado, la figura de la tentativa podrá aplicarse en estos casos. En consecuencia, si el autor emprende actos dirigidos a explotar o perjudicar la reputación industrial o comercial de un competidor y no consigue efectivamente su propósito, cabrá castigarlo como autor de tentativa del delito de competencia desleal. La pena podrá disminuirse prudencialmente en estos casos, tal como lo establece el artículo 16 del Código penal. El cese de la actividad de explotación o denigración con ocasión de la denuncia penal no repercute en la consumación del delito[87], aunque podría tener efectos en la individualización de la pena.

E. Presupuestos de la persecución penal

Conforme al último párrafo del artículo 240 del Código penal, la persecución de los delitos de competencia desleal requiere como presupuesto el ejercicio de la acción penal por parte del afectado, en la medida que se establece que este delito sólo procede por acción privada. La razón de esta limitación del ejercicio de la acción penal residiría en la propia lógica de la protección penal que centra el desvalor del ilícito penal en los intereses de los competidores[88]. Esta interpretación no se encuentra, sin embargo, libre de contradicciones. Así, el artículo 32 del Decreto Ley 26122 y la Disposición Final Tercera del Decreto Legislativo 823 exigen que el Fiscal Provincial solicite al INDECOPI un informe técnico sobre el hecho materia de evaluación, lo que significaría que el delito de competencia desleal no sería propiamente un delito de acción privada. Ante este panorama contradictorio, consideramos que la mejor solución interpretativa sería dejar el carácter privado de la acción penal solamente a los casos en los que la conducta desleal ha afectado únicamente al com-

---

(87) Vid., así, Spolansky, *El delito de competencia desleal*, p. 29.

(88) Similarmente en el Derecho alemán, Nestoruk, *Strafrechtliche Aspekte*, p. 200.

petidor, mientras que si la conducta repercute también en los consumidores, el delito deberá ser perseguible de oficio[89]. En estos casos, será necesario recabar el informe técnico del Indecopi con la finalidad de proporcionar al fiscal, y posteriormente al juez, ciertos conocimientos técnicos imprescindibles para una completa valoración del hecho y su repercusión en el mercado[90]. Al contrario de lo señalado por PEÑA CABRERA, consideramos que el artículo 16 de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI no se aplica en estos delitos[91], pues esta norma debe limitarse solamente para las acciones civiles o contencioso-administrativas.

F. Penalidad

El artículo 240 del Código penal contempla para el autor del delito de competencia desleal alternativamente la pena privativa de libertad no mayor de dos años o la pena de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa[92]. La penalidad relativamente benigna de este delito presenta el inconveniente de reducir considerablemente la capacidad intimidatoria de la amenaza penal, pues la propia regulación penal admite varias alternativas a la prisión efectiva (condena condicional, suspensión del fallo condenatorio)[93]. En este sentido, conviene replantear el tema de la cuantía de la pena o considerar la posibilidad de imponer penas o medidas con mayor fuerza disuasoria como sería la inhabilitación o el retiro de las ganancias obtenidas ilícitamente.

---

(89) Vid., así, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 129, que recomienda en estos casos, siguiendo el ejemplo alemán, admitir el ejercicio público de la acción penal cuando se afecte el interés público. En el mismo sentido, REYNA ALFARO, *Manual*, p. 506.

(90) Igualmente, KRESALJA ROSELLÓ, *Derecho* 47 (1993), p. 428; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 129.

(91) Vid., PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, III, p. 287.

(92) Hace referencia a la alternatividad de la pena privativa de libertad y la multa VEGA VILLACORTA, *Las sanciones*, en www.asesor.com.pe/teleley/bull8000.

(93) Vid., en este sentido, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 130.

3. Concursos

El delito de competencia desleal puede entrar en concurso con otros delitos vinculados a la competencia, el mercado y los consumidores. Muy usual es, por ejemplo, que una conducta desleal lesione también la propiedad industrial de otro productor. En la vía administrativa se establece, como ya lo vimos, la preponderancia de la infracción contra la propiedad industrial. En el ámbito penal, por el contrario, habrá que decidir primeramente si estamos ante un supuesto de concurso de leyes o de concurso (ideal) de delitos. La respuesta a esta cuestión resulta de central importancia, pues si se trata de un concurso de leyes habrá que determinar con criterios de especialidad la ley aplicable, mientras que en caso de concurso de delitos habrá que precisar el tipo penal con la pena más grave para los fines de exasperación. Para decidir esta cuestión hay que tener en consideración que en nuestra legislación la copia o reproducción no autorizada de un bien de tercero protegido por la legislación de propiedad industrial constituye un supuesto específico de competencia desleal (artículo 19 del Decreto Ley 26122). En este sentido, los actos contra la propiedad industrial constituirían supuestos específicos de competencia desleal, lo que abogaría por la solución del concurso de leyes[94]. Sin embargo, hay que destacar que el Código penal no hace una incriminación general de los actos de competencia desleal, sino que incrimina solamente dos supuestos específicos: la explotación y la denigración de la reputación ajena.

Ante la situación de la legislación penal, tenemos que precisar, para mantener la tesis del concurso de leyes, si los delitos contra la propiedad industrial constituyen supuestos especiales del delito de competencia desleal. Un análisis del artículo 240 del Código penal muestra con claridad que las conductas específicas del delito de competencia desleal no abarcan los elementos constitutivos del delito contra la propiedad industrial, de manera que se presentará, más bien, un concurso de delitos. Podría, sin embargo, sostenerse que la modalidad de explotación de la reputación comercial o industrial

---

(94) Así parece ser la opinión de Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 131.

ajena abarcaría de alguna manera los supuestos de falsificación o imitación de marca, en la medida que los medios ordinarios de ejecución de ese delito son, como ya lo dijimos, la imitación o la confusión. No obstante, pensamos que la leve penalidad del delito de competencia desleal, sumado a su carácter de delito perseguible por acción privada, parece no englobar en el injusto el desvalor de una imitación o confusión de marca. Por esta razón, nos inclinaríamos a considerar que también en estos casos se produce un concurso (ideal) de delitos en la variante de concurso medial. La pena del autor se determinará con base en el marco penal máximo del delito contra la propiedad industrial, con la posibilidad de incrementarlo hasta en una cuarta parte.

Distinta es la situación en el caso de un concurso con el delito de publicidad engañosa. No cabe duda que la publicidad engañosa puede constituir también un supuesto de competencia desleal, pero esta afirmación no basta para concluir que se trata de un supuesto de leyes solucionable con el principio de especialidad a favor del delito de publicidad engañosa. Para decidir si esta conclusión resulta correcta debemos precisar si los supuestos de competencia desleal penalmente relevantes incluyen actos de publicidad engañosa. En nuestra opinión, la respuesta es positiva, pues tanto la explotación como la afectación de la reputación ajena pueden materializarse típicamente mediante actos de publicidad engañosa[95]. En este sentido, se tratará efectivamente de un concurso de leyes solucionable con el principio de especialidad. El tipo penal aplicable es el del delito de publicidad engañosa.

Una situación de concurso se presenta entre el delito de competencia desleal en su modalidad de actos de denigración y los delitos contra el honor[96]. Si bien la reputación comercial tiene un valor patrimonial indiscutible[97], no puede negarse que también tiene

---

(95) Vid., así expresamente en el ámbito administrativo, KRESALJA ROSELLÓ *Derecho* 47 (1993), pp. 42, 52 y s.

(96) Vid., HELLMANN/BECKEMPER, *Wirtschaftsstrafrecht*, n.m. 524.

(97) Por eso, LAMPE, *FS-Oehler*, p. 283 y ss.; NESTORUK, *Strafrechtliche Aspekte*, p. 84, lo consideran un delito patrimonial e incluso económico.

un aspecto de valoración social no patrimonial. En este sentido, los actos denigrantes contra la reputación comercial o industrial de un competidor pueden configurar también el tipo penal de difamación[98]. En este caso, se presentaría un caso de concurso de leyes, en la medida que el supuesto de actos de denigración abarcaría el delito contra el honor. Por las reglas del concurso de leyes, y específicamente por el principio de consunción, solamente resultaría aplicable el inciso 2 del artículo 240 del Código penal. Una cuestión a decidir en este contexto es si puede utilizarse en los actos de denigración las reglas de la *exceptio veritatis* de los delitos contra el honor. Contra la opinión de aquellos que sostienen que no resulta necesario pues un elemento constitutivo del ilícito es la falsedad de las afirmaciones[99], entendemos, por el contrario, que nada impide que, en lo que resulte aplicable, se utilice los criterios de exención de la excepción de la verdad[100], como podría ser el caso del interés de causa pública.

---

(98) En esta línea, Koschmann, *Der Kredit als strafrechtlich geschütztes Rechtsgut*, p. 65, recomendaba regular los actos de denigración del competidor en el Código penal como emparentados con los delitos contra el honor. No obstante, no hay una relación de necesidad entre el desprestigio comercial y el honor, de manera que no siempre un desprestigio comercial viene acompañado con una afectación del honor (Vid., así, Lampe, *FS-Oehler*, p. 284).

(99) Vid., así, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 122.

(100) En igual sentido para el ámbito administrativo Kresalja Roselló, *Derecho* 47 (1993), p. 54.

CAPÍTULO III

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

I. INTRODUCCIÓN

La actividad industrial o comercial realizada por un agente económico en el mercado le permite desarrollar un conjunto de bienes inmateriales que le pertenecen bajo ciertas condiciones. Sobre estos bienes inmateriales recaen derechos de uso exclusivo, lo cual se manifiesta en dos supuestos distintos[1]. Por un lado, se encuentra el caso de los conocimientos que el agente económico ha ido desarrollando en su actividad productiva y que se plasman en diversas invenciones con aplicación industrial e incluso comercial[2]. Por el otro, están los signos distintivos que permiten a una empresa individualizarse a sí misma o a sus productos frente al resto de sus competidores en el mercado. Ambos aspectos, a pesar de sus propias particularidades, se engloban en la llamada propiedad industrial[3],

---

(1) Discutida es la cuestión de si se trata de derechos de propiedad o simplemente de derechos de monopolio sobre la creación intelectual sin que exista una auténtica propiedad (sobre esto, PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 26 y s.).

(2) Vid., BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGUESSE, *Derecho penal económico*, p. 455.

(3) Sobre el consenso doctrinal, legal y jurisprudencial sobre el uso del término propiedad industrial, ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 89, pese a la posible inexactitud de dicho término.

siendo posible esta unificación en la medida que los derechos de uso exclusivo sobre estos bienes intangibles tienen una repercusión directa en la actividad productiva y comercial de sus titulares o beneficiarios[4].

Si bien los bienes inmateriales que conforman la propiedad industrial tienen su origen, al igual que los derechos de autor, en cierta capacidad creativa del ser humano[5], hay que reconocer que su protección jurídica destaca más el aspecto económico que el aspecto creativo[6]. Esta situación muestra precisamente la estrecha relación que los derechos de propiedad industrial tienen, como lo hemos señalado, con la actividad productiva o comercial de su titular. La propiedad industrial no se queda, por ello, en su naturaleza de derecho intelectual, sino que resalta especialmente su incidencia en el mercado[7]. En efecto, en la medida que los elementos de la propiedad industrial otorgan exclusividad en el uso de las invenciones y signos distintivos, se coloca a los beneficiarios en una posición económica privilegiada frente al resto[8]. A primera vista esta situación se

---

(4) Ve precisamente el denominador común entre las patentes y los signos distintivos en su vinculación funcional con el sistema productivo, PAREDES CASTAÑÓN, La *protección*, p. 29.

(5) Vid., en similar sentido, PEÑA CABRERA, *Tratado*, PEII-B, p. 959; SALAS LOZADA, *Thémis* 23, p. 107; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 250; TRABALLINI DE AZCONA, en *Derecho penal económico*, Balcarce (dir.), p. 359. Sin embargo, la creatividad en los signos distintivos no es tan evidente, por lo que algunos autores la reducen a la configuración formal que se ideó y adoptó como medio distintivo de un determinado producto (así, BAYLOS CORROZA, *Tratado*, p. 53). Escéptico ante la creatividad en la marca, FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado*, p. 27 y s.

(6) Vid., en este sentido, PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 28; SCHULZ, *Das deutsche Markenstrafrecht*, p. 30 y s. Sobre las diferencias entre los derechos de autor y la propiedad industrial, KRESALJA ROSELLÓ, *Gaceta Jurídica*, Edición especial: Propiedad industrial, p. 7 y s.

(7) Muestran esta relación KRESALJA ROSELLÓ, en *Gaceta Jurídica*, Edición especial: Propiedad industrial, p. 8 y s.; SALAS LOZADA, *Thémis* 23, p. 107; JAÉN VALLEJO, *Cuestiones actuales*, p. 135.

(8) Vid., BAYLOS CORROZA, *Tratado*, p. 235; SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 148.

mostraría como incompatible con la idea de competencia[9], pero debe reconocerse que la regulación jurídica no parte de una comprensión de la competencia como perfecta, sino, más bien, de una competencia imperfecta o relativa[10]. En este sentido, el ordenamiento jurídico reconoce ciertas diferencias entre los competidores, las cuales, en la medida que se expliquen en el propio esfuerzo del agente económico, constituyen ventajas jurídicamente reconocidas[11]. La protección jurídica que se otorga a estas ventajas en la actividad industrial y comercial tiene lugar tanto a nivel administrativo, como penal.

II. LA PROTECCIÓN ADMINISTRATIVA DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

1. Antecedentes

La protección de la propiedad industrial entró en el Perú por la vía de normas internacionales. Pero no fue la famosa Convención de París de 1883 la que abrió este camino, pues esta convención no se incorporó a la legislación nacional sino hasta 1994 mediante la Resolución Legislativa 26375[12]. Fue a través de la Convención General Interamericana de Protección Marcaria y Comercial de Washington de 1929, incorporada a nuestro ordenamiento en 1934 por la Resolución Suprema N° 577, que se reconoció en el Derecho nacional los derechos de propiedad industrial[13]. Esta regulación derivada de

---

(9) Vid., igualmente, BAJO FERNÁNDEZ, *Actividad empresarial*, p. 238; PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 46.

(10) A partir de ello, se sostiene que no existe una contradicción entre el reconocimiento de la propiedad industrial y la protección de la competencia, Vid., así, LEHMANN, *Revista General de Derecho*, 544-545 (1990), p. 274; SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 29; LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, p. 185 y s.

(11) En el mismo sentido, BAJO FERNÁNDEZ, *Actividad empresarial*, p. 239; PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 47.

(12) Vid., NORABUENA CASANOVA, *La protección*, p. 291; PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 970.

(13) Vid., VEGA VILLACORTA, *Las sanciones*, en www.asesor.com.pe/teleley/bull8000, (consulta 27 de febrero de 2004).

acuerdos internacionales tenía como principal defecto su falta de operatividad, ya que no contaba en el Derecho interno con mecanismos para dar vigencia efectiva a sus disposiciones.

Una regulación propiamente de derecho interno fue recién creada en 1959, año en el que se promulgó la Ley 13270, llamada Ley de Promoción Industrial[14]. Si bien se trataba de una ley general sobre la actividad industrial, contenía un conjunto de normas referidas específicamente a la llamada propiedad industrial (desde el artículo 58 hasta el artículo 129). Esta norma estuvo vigente hasta 1970, cuando la política controlista y estatista del gobierno de Velasco Alvarado se manifestó también en el terreno de la industria con la dación de la nueva Ley General de Industrias: el Decreto Ley 18350[15]. Los elementos constitutivos de la propiedad industrial no fueron regulados de manera específica en esta ley general, sino en su reglamento, el Decreto Supremo 001-71-IC-DS (artículos 46 y siguientes), el cual, como era lógico, respondía igualmente a la política nacionalista antes indicada[16]. Estos criterios, sin embargo, se flexibilizaron con la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena de 1974, el cual fue incorporado a nuestro ordenamiento legal por Decreto Ley 22532 del 15 de mayo de 1979[17]. Quizá fue el relajamiento técnico de la normativa internacional la razón que explica por qué cuando el Decreto Ley 18350 fue modificado en 1982 por la nueva Ley General de Industrias (Ley 23407) de vocación claramente desestatizante[18], esta ley mantuvo la vigencia del Decreto Supremo 001-71-IC-DS en cuanto

---

(14) Pese a los antecedentes como las Leyes 9098 y 9140 de 1940, la Ley 13270 fue la primera Ley General de Industrias del Perú. En este sentido, MALCA, *Exégesis*, p. 39; PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 974.

(15) En los propios considerandos de este Decreto Ley se puede apreciar su clara vocación controlista, Vid., *Normas legales* 57 (1970), p. 3. Los rasgos generales de esta Ley de Industrias son destacados por MALCA, *Exégesis*, p. 41 y ss.; UCULMANA SUÁREZ, *Nueva Ley General de Industrias*, p. 20 y ss.

(16) Vid., sobre esta decisión y sus aspectos más relevantes, ROSASCO DULANTO, *Evolución*, p. 40.

(17) Vid., ROSASCO DULANTO, *Evolución*, p. 38 y ss.

(18) Vid., así, MALCA, *Exégesis*, p. 48 y s.

a los aspectos de la propiedad industrial. La normativa específica en temas de propiedad industrial pasó, así, a estar constituido por el citado reglamento, sus numerosas modificaciones y la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena[19].

Una regulación específica en materia de propiedad industrial con rango de ley tuvo lugar recién en 1992 con la expedición del Decreto Ley 26017[20]. Pero el objetivo de esta Ley General de Propiedad Industrial no fue elevar a la categoría de ley la regulación sobre propiedad industrial, sino que buscó operar cambios sustanciales en el sistema de regulación de la propiedad industrial. En primer lugar, se amplió y modificó el régimen de protección atendiendo a los aspectos establecidos en la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena[21]. Por otra parte, en el plano operativo, se reguló el procedimiento administrativo ante el INDECOPI, así como las facultades de protección otorgadas a este organismo tutelar de la competencia y el mercado[22]. Sin embargo, los diversos cambios sucedidos en el ámbito de las normas internaciones sobre propiedad industrial motivaron un rápido desfase de la Ley de Propiedad industrial, lo que trajo consigo la necesidad de expedir una nueva normativa que recogiese la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena[23], el Convenio de París incorporado por Resolución Legislativa 26375[24] y el Acuerdo sobre Aspectos de los

---

(19) En este sentido, ROSASCO DULANTO, *Evolución*, p. 67 y s.

(20) En este sentido, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 339.

(21) Sobre estas ampliaciones, Vid., KRESALJA ROSELLÓ, *Thémis*, 27-28, p. 8. No obstante, ROSASCO DULANTO, *Evolución*, p. 125, destaca que esta finalidad de adaptación de la Ley General de Propiedad Industrial no fue tan rigurosa, pues contenía disposiciones discrepantes con la Decisión 313.

(22) Sobre esta afirmación de manera expresa en la exposición de motivos de la ley, Vid., NORABUENA CASANOVA, *La protección*, p. 209 y s.

(23) Vid., KRESALJA ROSELLÓ, *Thémis*, 27-28, p. 7 y ss. Destaca de manera detallada las contradicciones del Decreto Ley 26017 y la Decisión 344, ROSASCO DULANTO, *Evolución*, p. 282 y ss.

(24) Vid., las líneas generales sobre las patentes en el Convenio de París, PACÓN LUNG, *Gaceta Jurídica*, Edición especial: Propiedad industrial, p. 21 y ss.

Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio incorporado por Resolución Legislativa 26407[25]. Con ocasión de estas necesarias incorporaciones en la nueva Ley sobre Propiedad Industrial se mejoraron también los mecanismos de control y protección otorgados al INDECOPI a fin de que pueda cumplir su función de manera mucho más eficaz. Es así como se promulga el Decreto Legislativo 823, publicado en abril de 1996, y que constituye aún la norma vigente en el Perú en cuanto al tema de la propiedad industrial.

2. Ley de Propiedad Industrial: Decreto Legislativo 823

A. Objeto de regulación

El Decreto Legislativo 823, tal como lo establece su artículo 1, se encarga de regular y proteger los elementos de la propiedad industrial establecidos por ley[26]. Estos elementos de la propiedad industrial constituyen aspectos desarrollados por los diversos agentes económicos en su actividad productiva y comercial. Pero su protección administrativa no se explica exclusivamente en cierto derecho de apropiación o concesión sobre los mismos, sino que es necesario considerar la utilidad que estos elementos tienen para su titular. Esta utilidad se manifiesta en la competitividad en el mercado, en la medida que los diversos agentes económicos se valen de tales bienes industriales para alcanzar el éxito económico[27]. Como puede verse, la protección administrativa de los elementos de la propiedad industrial constituye una expresión más de la potestad interventora del Estado para garantizar el respeto de ciertas condiciones necesarias para el buen desenvolvimiento del mercado en el sistema económico.

---

(25) Vid., igualmente las líneas generales en PACÓN LUNG, en *Gaceta Jurídica*, Edición especial: Propiedad industrial, p. 24 y ss.

(26) Importante para la protección jurídica de la propiedad industrial es, en este sentido, el principio de tipicidad, según el cual sólo se protegen aquellos aspectos que pertenecen a alguno de los tipos que enumera la ley (Vid., BAYLOS CORROZA, *Tratado*, p. 46).

(27) Vid., en este sentido, RANGEL ORTIZ, en *Los retos*, p. 302 y s.

Los elementos constitutivos de la propiedad industrial pueden dividirse en dos grupos[28]. En primer lugar se encuentran los derechos sobre las creaciones intelectuales aplicadas en la producción de bienes y servicios (invenciones). En estos casos, se estimula la actividad inventiva con especial incidencia en el desarrollo tecnológico, pues eso trae consigo mejoras en la producción de los bienes y en la prestación de los servicios[29]. Los derechos de explotación exclusiva que se confieren constituyen una especie de compensación por el esfuerzo que se ha hecho para realizar invenciones orientadas a mejorar la calidad de vida de los miembros de la sociedad[30]. En segundo lugar, se encuentran los derechos sobre elementos ideados con la finalidad de distinguir los productos o servicios en el mercado (signos distintivos)[31]. El reconocimiento de un uso exclusivo sobre los signos distintivos busca dotar a los productores de elementos de individualización de su empresa, productos o servicios, y, de esta manera, favorecer una competencia basada en el propio esfuerzo[32].

a. Las invenciones

Las invenciones pueden definirse, siguiendo a BAYLOS CORROZA, como "(...) la combinación de elementos sensibles ideada por una persona, cuya mera aplicación a determinada materia o energía produce un resultado útil para la satisfacción de una necesidad humana, originando la solución de un problema técnico no resuelto con anterioridad"[33]. Por tanto, no se puede hablar de una invención si

---

(28) Vid., esta clasificación en ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 352; PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 30.

(29) Vid., KRESALJA ROSELLÓ, *Thémis* 36, p. 156; ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 91.

(30) Vid., VENERO AGUIRRE, en *Los retos*, p. 147; SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 200 y s.

(31) Vid., sobre la función identificativa de los signos distintivos, SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 175.

(32) Vid., ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 92.

(33) Vid., BAYLOS CORROZA, *Tratado*, p. 695.

la combinación de elementos no se enmarca dentro de esta definición general. Y más aun todavía, no toda invención puede generar derechos de propiedad industrial, pues la legislación pertinente exige que la invención reúna tres elementos generales para poder ser patentada[34]. En primer lugar, la invención debe tener, valga la redundancia, un nivel inventivo, lo que quiere decir que, para una persona versada en la materia técnica correspondiente, esa invención no resulta obvia ni hubiese podido derivarse de manera evidente del estado de la técnica (artículo 25 de la LPI)[35]. En segundo lugar, la invención debe tener una aplicación industrial, es decir, que el objeto de la invención pueda producirse o utilizarse en cualquier tipo de industria o actividad industrial e incluso en los servicios (artículo 26 de la LPI)[36]. Finalmente, las invenciones deben tener un carácter novedoso, lo cual significa que ellas no deben estar comprendidas en el estado actual de la técnica[37].

Las invenciones generan, si se cumplen con los requisitos exigidos, derechos de exclusividad en su explotación. En la LPI se encuentran reconocidos expresamente la patente de invención, el certificado de protección, la patente del modelo de utilidad, el registro del diseño industrial y la protección de los secretos industriales. No obstante, la protección no se reduce a estos elementos de la propiedad industrial, sino que, por normas especiales, se reconoce ciertos derechos industriales sobre otras formas de invención; a saber, el certificado de obtentor de variedades vegetales y el registro de

---

(34) Igualmente en la legislación argentina, TRABALLINI DE AZCONA, en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), p. 86 y s.

(35) Vid., BAYLOS CORROZA, *Tratado*, pp. 705 y s., 739 y ss.; KRESALJA ROSELLÓ, *Thémis* 36, p. 157; NORABUENA CASANOVA, *La protección*, p. 31 y s.; VENERO AGUIRRE, en *Los retos*, p. 150; PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 31.

(36) Así, BAYLOS CORROZA, *Tratado*, p. 742; KRESALJA ROSELLÓ, *Thémis* 36, p. 157; NORABUENA CASANOVA, *La protección*, p. 31; VENERO AGUIRRE, en *Los retos*, p. 150; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 352; PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 31.

(37) Vid., BAYLOS CORROZA, *Tratado*, p. 737 y ss.; KRESALJA ROSELLÓ, *Thémis* 36, p. 157; NORABUENA CASANOVA, *La protección*, p. 29 y s.; VENERO AGUIRRE, en *Los retos*, p. 149 y s.; PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 31.

esquemas de trazado (topografías). A continuación haremos una breve descripción de estos elementos de la propiedad industrial sobre invenciones que se encuentran reconocidos en nuestra legislación.

- *La patente de invención* constituye un acto concesional de la Administración[38], por el cual se otorga al titular el derecho exclusivo de explotación sobre una invención (artículo 65 de la LPI)[39]. Este derecho de exclusiva se obtiene previa solicitud en la que se evalúan los requisitos antes mencionados de patentabilidad de una invención[40]. Parte esencial de esta solicitud son las llamadas reivindicaciones, pues a través de ellas se delimita el objeto de la patente[41]. Estas reivindicaciones pueden ser de producto o de procedimiento, en función de si la invención recae sobre una entidad física (producto) o sobre una actividad (procedimiento)[42]. El derecho de uso o explotación exclusivo que otorga la patente de invención no es, sin embargo, ilimitado. Por

---

(38) Vid., sobre el acto concesional con mayores referencias, BAYLOS CORROZA, *Tratado*, pp. 243, 703 y ss. En el Perú sigue esta comprensión, PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 982.

(39) Similarmente, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *RDM*, 105-106 (1967), p. 109; EL MISMO, *Derecho* 47 (1993), p. 163; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 352.

(40) Un aspecto importante a tener en consideración para evaluar la patentabilidad de una invención es que ésta no deba estar excluida o prohibida por el ordenamiento jurídico, como sería el caso, por mencionar algunos ejemplos, de las teorías científicas, obras literarias o artísticas y métodos terapéuticos o quirúrgicos, por un lado, (artículo 27 de la LPI), o las que van contra la moral y las buenas costumbres o contra la salud de las personas, especies o medio ambiente, por el otro (artículo 28 de la LPI). Vid., sobre esto, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 352; NORABUENA CASANOVA, *La protección*, p. 39 y s.; VENERO AGUIRRE, en *Los retos*, p. 150 y s.

(41) Vid., con mayor detalle sobre las reivindicaciones, BERCOVITZ, *Derecho* 47 (1993), p. 164 y ss.; BAYLOS CORROZA, *Tratado*, p. 757; NORABUENA CASANOVA, *La protección*, p. 34 y s.; FLIT STERN, *Gaceta Jurídica*, Edición especial: Propiedad industrial, p. 32 y ss.

(42) A mayor abundamiento, BERCOVITZ, *Derecho* 47 (1993), p. 177 y s.; BAYLOS CORROZA, *Tratado*, p. 696.

un lado, la patente de invención tiene un plazo de duración establecido por ley (20 años), luego del cual la invención pasa a ser de dominio público[43]. Por otro lado, se excluyen del ámbito de protección casos en los que no existe un perjuicio patrimonial o una finalidad lucrativa (artículo 66 de la LPI), y se admiten supuestos de licencia obligatoria como consecuencia de la no explotación de la invención o por interés público, emergencia o seguridad nacional[44].

- *El certificado de protección* puede ser solicitado por aquellos inventores que tengan en estudio un proyecto de invención que requiere de la experimentación o construcción de un mecanismo que obligue a hacer pública la idea[45]. Este certificado otorga al inventor un derecho preferente sobre cualquier otra persona que durante el tiempo de protección pretenda solicitar privilegios sobre la misma materia. Se trata, en suma, de un mecanismo de protección anticipada que permite cautelar los derechos sobre futuras invenciones que requieren, por razones experimentales, de cierta publicidad previa de la idea.
- *La patente de modelo de utilidad* recae sobre toda nueva forma, configuración o disposición de elementos de algún artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto o de alguna parte del mismo que permita un mejor o diferente funcionamiento, utilización o fabricación del objeto que le incorpora o que le proporciona alguna utilidad, ventaja o efecto técnico que antes no tenía (artículo 97 de la LPI). Un modelo de utilidad es, por ejemplo, las botellas de cervezas que tienen una chapa que no necesita destapador, sino que basta con girarla para abrir las botellas (twist-off)[46]. Como puede verse, se trata de invenciones menores que no implican un gran avance en la tecnología de aplicación

---

(43) Vid., VENERO AGUIRRE, en *Los retos*, p. 151 y s.

(44) Vid., NORABUENA CASANOVA, *La protección*, p. 52 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 353.

(45) Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 353.

(46) Vid., el ejemplo en ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 354.

industrial, pero que implican cierto nivel inventivo que conviene también estimular. El origen histórico de los modelos de utilidad tuvo lugar precisamente como consecuencia de dar protección también a creaciones que no llegaban al nivel inventivo necesario para dar lugar a una patente de invención[47]. Por esta razón, los requisitos para obtener la patente de un modelo de utilidad resultan menos estrictos que en la patente de invención, sobre todo en cuanto al nivel inventivo[48]. Sin embargo, la patente del modelo de utilidad concede prácticamente los mismos derechos que la patente de invención (artículo 99 de la LPI)[49]. Solamente varía el plazo de duración, el cual resulta menor en el modelo de utilidad (10 años).

- *El registro de diseño industrial* procede sobre cualquier reunión de líneas o combinación de colores o cualquier forma bidimensional o tridimensional que se incorpore a un producto industrial o de artesanía para darle apariencia especial, sin que cambie el destino o finalidad de dicho producto, y sirva de tipo o patrón para su fabricación (artículo 102 de la LPI). Un diseño industrial puede ser, por ejemplo, el diseño de las botellas de determinadas bebidas gaseosas. Este elemento de la propiedad industrial difiere de las invenciones antes mencionadas en cuanto no tiene una utilidad técnico-industrial, sino un valor primordialmente estético[50]. Los diseños industriales pueden presentarse como dibujos industriales (reunión de líneas o combinación de colores) o como modelos industriales (formas externas tridimensio-

---

(47) Vid., con mayor detalle, BAYLOS CORROZA, *Tratado*, p. 791; HALPERIN GROBMAN, *Derecho* 47 (1993), p. 198 y ss.; NORABUENA CASANOVA, *La protección*, p. 55.

(48) Vid., en este sentido, VENERO AGUIRRE, en *Los retos*, p. 154; NORABUENA CASANOVA, *La protección*, p. 58; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, PE, p. 433; TRABALLINI DE AZCONA, en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), p. 88.

(49) Vid., NORABUENA CASANOVA, *La protección*, p. 58 y s.

(50) Vid., así, BAYLOS CORROZA, *Tratado*, p. 792; HALPERIN GROBMAN, *Derecho* 47 (1993), p. 215.

nales)[51]. En ambos casos el denominador común es que otorga al producto una forma estética que lo hace más agradable o atrayente. Para poder obtener la exclusividad de uso de un diseño industrial deberá cumplirse con los siguientes requisitos de fondo: la novedad del diseño, susceptibilidad de aplicación industrial y ornamentalidad (o también, modelabilidad)[52]. Las normas sobre patentes de invención son aplicables en lo pertinente a los diseños industriales (artículo 115 de la LPI).

- *La protección de secretos industriales* recae sobre las informaciones no conocidas de manera general que están referidas a la naturaleza, características o finalidades de productos; a los métodos o procesos de producción; o a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios (artículo 116 de la LPI)[53]. Constituyen requisitos necesarios para su protección legal que la información sea secreta, que haya sido obtenida lícitamente, que tenga un valor comercial efectivo o potencial por ser secreta y que se haya mantenido en secreto con medidas razonables[54]. Mientras se cumpla con estas condiciones, el secreto industrial se encontrará protegido contra su revelación, adquisición o uso no consentido, contrario a las prácticas leales del comercio, siempre que esta información conste en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos, microfilmes, películas u otros similares[55]. Su protección, sin

---

(51) Vid., esta clasificación en NORABUENA CASANOVA, *La protección*, p. 64; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 354.

(52) Vid., con mayor detalle, NORABUENA CASANOVA, *La protección*, p. 65 y s.; PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 33; PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 995 y s.

(53) El hecho de que se haya incluido dentro de los secretos industriales la información referida a la distribución o comercialización de productos o prestación de servicios muestra que el concepto abarca los casos de secretos comerciales (*trade secrets*). Sobre esto, Vid., ESCUDERO, en *Los retos*, p. 320 y s. Críticamente frente a esta extensión, KRESALJA ROSELLÓ, *Thémis* 27-28, p. 11.

(54) Vid., con mayores referencias, ESCUDERO, en *Los retos*, p. 321 y s.

(55) Vid., NORABUENA CASANOVA, *La protección*, p. 62; ESCUDERO, en *Los retos*, p. 322.

embargo, no es entendida mayoritariamente como parte de la propiedad industrial, sino como materia de la competencia desleal[56]. Por esta razón, no es de sorprender que el artículo 121 de la LPI remita la protección de los secretos industriales a la normativa sobre represión de la competencia desleal.

- *El certificado de obtentor de variedades vegetales* se otorga a las personas que hayan obtenido variedades vegetales, siempre que éstas sean nuevas, homogéneas, distinguibles y estables, y se le hubiese asignado una denominación que constituya su designación genérica. La obtención de una nueva variedad debe haber tenido lugar mediante la aplicación de conocimientos científicos al mejoramiento heredable de las plantas. Se trata de una parte de la llamada biotecnología que abarca las técnicas de actuación sobre organismos y materia vivos, particularmente microorganismos, animales y plantas, para conseguir, mediante su producción o utilización, la satisfacción de las necesidades humanas"[57]. En la actualidad se ha comenzado a aceptar derechos de propiedad industrial en biotecnología, en la medida que pueden considerarse invenciones. Nuestra legislación reconoce solamente el certificado de obtentor de variedades vegetales, lo cual limita el reconocimiento industrial de la biotecnología al sector de la flora, no incluyéndose otros ámbitos de la biotecnología como la actuación sobre microorganismos, las invenciones genéticas referidas a animales o incluso las referidas al ser humano. Con el certificado de obtentor se otorga un derecho de explotación exclusiva sobre la nueva variedad vegetal por un período que va de 20 a 25 años para el caso de las vides, árboles forestales, árboles frutales incluidos sus portainjertos y, de 15 a 20 años para las demás especies, contados a partir de la fecha de su otorgamiento. Al igual que otras invenciones, el titular de este certificado puede otorgar licencias para su explotación, así como perder el derecho de explotación por nulidad, caducidad o cancelación del certificado de obtentor.

---

(56) Vid., en este sentido, ESCUDERO, en *Los retos*, p. 319.

(57) Vid., BERCOVITZ, en *Los retos*, p. 78.

- *El registro de un esquema de trazado* se obtiene sobre la disposición tridimensional, expresada en cualquier forma, de los elementos (de los cuales uno al menos sea activo) e interconexiones de un circuito integrado, así como esa disposición tridimensional preparada para un circuito integrado destinado a ser fabricado[58]. La protección de la propiedad intelectual sobre estas invenciones encuentra sus primeros antecedentes en el plano internacional. El Tratado sobre Propiedad Intelectual respecto de los esquemas de trazado de los circuitos integrados de Washington en 1989 buscó sentar las bases para una protección de estos productos básicos de la microelectrónica, pero no llegó a entrar en vigor por no alcanzar el número mínimo requerido de cinco Estados[59]. No obstante, a partir de esta iniciativa se marcó una línea de pensamiento que se ha incorporado finalmente en la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena del año 2000 que sustituye a la Decisión 344. En nuestro país hasta antes del Acuerdo 486 se aceptó otorgar prueba de anterioridad a los esquemas de trazado en el marco de los derechos de autor, lo cual ha cambiado a partir de la Decisión 486 que reconoce que los esquemas de trazado son elementos de la propiedad industrial. En la regulación comunitaria se regula, entre otras cosas, el registro de estas invenciones y las condiciones del ejercicio del derecho de explotación sobre las mismas, así como el régimen de licencias y los supuestos de nulidad del registro.

b. Los signos distintivos

Los signos distintivos permiten individualizar en el mercado a los productores, los productos o ciertas características de un producto o servicio. Esta individualización beneficia, en primer lugar, a los propios productores, en la medida que el buen desarrollo de su actividad productiva o industrial repercutirá en la futura elección de los consumidores[60]. Pero, por otra parte, los signos distintivos

---

(58) Vid., UGARTECHE VILLACORTA, *Thémis* 36, p. 208.

(59) Vid., la referencia en UGARTECHE VILLACORTA, *Thémis* 36, p. 208.

(60) Vid., en relación con las marcas, AREÁN LALÍN, en *Los retos*, p. 178; PAZOS HAYASHIDA, en *Cuadernos Jurisprudenciales*, 20, febrero de 2003, p. 8 y s.

resultan también beneficiosos para los consumidores, pues la individualización de los productores o productos les permitirá tomar su decisión con base en informaciones sobre la calidad de los productos o el crédito social de los productores[61]. En este sentido, la regulación jurídica de los signos distintivos no puede agotarse en el reconocimiento de un derecho de uso exclusivo, sino que deberá tener en consideración la utilidad que tiene para los consumidores.

Los signos distintivos generan, si se cumple con los requisitos establecidos por ley, derechos de uso a favor de la persona que lo solicita. Como contrapartida a este derecho de uso se encuentra la prohibición de usar estos signos distintivos o similares por parte de terceros no autorizados[62]. Conforme a la regulación de la materia, los signos distintivos pueden presentarse como marcas, marcas colectivas, marcas de certificación, lemas comerciales, nombres comerciales y denominaciones de origen. Veamos brevemente las particularidades de cada uno de estos signos distintivos.

- *La Marca* es todo signo que sirva para diferenciar en el mercado los productos y servicios de una persona de los productos o servicios de otra persona[63]. Estos signos deben ser perceptibles, suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica (artículo 128 de la LPI)[64]. Ejemplos: Coca Cola, Toyota o

---

(61) Vid., SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 175; PAZOS HAYASHIDA, *Cuadernos Jurisprudenciales* 20, febrero de 2003, p. 11 y s.

(62) Referido concretamente a las marcas, PACÓN, *Derecho* 47 (1993), p. 306 y s.

(63) Vid., similarmente, MÖLLER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 15, n.m. 17; KOUKER, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), XI 3, n.m. 9; ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 93. Sobre la función distintiva de la marca, BAYLOS CORROZA, *Tratado*, p. 817 y ss.

(64) Vid., NORABUENA CASANOVA, *La protección*, p. 74. En cuanto a la suficiencia distintiva de la marca se discute especialmente, en nuestro sistema, la posibilidad de incluir los casos de *secondary meaning*, en los que una indicación que por sí misma no posee fuerza distintiva, lo adquiere por el uso en el mercado (Vid., con mayores referencias, PAZOS HAYASHIDA, *Gaceta Jurídica*, Número especial: propiedad industrial, p. 35 y ss.). En cuanto a la representación gráfica, la doctrina especializada coincide en reconocer que se trata más de

Toshiba. Para poder tener el derecho al uso exclusivo de una marca debe obtenerse el registro correspondiente ante la oficina competente del INDECOPI (artículo 162 de la LPI)[65]. La duración del registro de una marca es de diez años, renovable por periodos sucesivos de diez años[66]. La renovación debe hacerse dentro de los seis meses anteriores a la expiración del registro, contando con un plazo de gracia de seis meses de vencido el registro. Si no se hace la renovación en estos plazos, el registro caducará (artículo 185 de la LPI)[67]. El registro de marca puede, por otra parte, ser cancelado por renuncia del titular o por falta de uso de la marca durante los tres años precedentes, a solicitud de cualquier persona interesada[68].

- Una clase especial de marca es la marca colectiva y la marca de certificación. Se entiende por *marca colectiva* toda marca que sirve para distinguir el origen o cualquier otra característica común de productos o de servicios de empresas diferentes que utilizan la marca bajo el control del titular (artículo 196 de la LPI). El titular de una marca colectiva puede ser una asociación de productores, fabricantes, prestadores de servicios, organi-

---

un requisito de la solicitud de marca (Vid., ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 98).

(65) Sobre el carácter constitutivo del registro, KRESALJA ROSELLÓ, *Thémis* 27-28, p. 12; NORABUENA CASANOVA, *La protección*, p. 73; SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 184 y ss. No obstante, cabe señalar que en nuestro sistema también el uso de la marca puede generar un derecho de uso exclusivo para el caso de las marcas notoriamente conocidas y renombradas, lo que en definitiva significa admitir un modelo mixto (Vid., así, FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado*, p. 71 y ss.; ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 115).

(66) Similarmente en el Derecho español, ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 121.

(67) La caducidad no sólo se produce por la falta de renovación, sino por otras causales: renuncia, falta de uso, etc. Vid., al respecto, ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 139 y ss.

(68) Sobre esto con mayor detalle, FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado*, p. 453 y ss.; ARANA COURREJOLLES, *Thémis* 36, p. 195 y ss.

zaciones o grupos de personas legalmente establecidos[69]. Esta clase especial de marca resulta de utilidad para pequeños y medianos productores, ya que les permite agruparse para compartir los costos de la estrategia de mercadeo de sus productos o servicios. Cabe señalar que en cuanto a las posibilidades de modificación de las condiciones de uso de la marca colectiva y su cesión a terceros[70], la normativa es bastante estricta, pues puede que con estas modificaciones o cesiones se desnaturalice la marca colectiva y se cause, de esta manera, un cierto perjuicio a los consumidores[71]. Por su parte, la *marca de certificación* autentifica el origen, los componentes, la calidad y otros factores de los productos o servicios, elaborados o prestados por personas debidamente autorizadas por el titular de la marca[72]. Para asegurar el efectivo cumplimiento de estas características de los productos o servicios, el titular deberá establecer, junto con las reglas de uso, los mecanismos de control correspondientes (artículo 201 de la LPI)[73].

- El *lema comercial* es la palabra, frase o leyenda utilizada como complemento de una marca (artículo 189 de la LPI), como, por ejemplo: "Pepsi, el sabor de la nueva generación". Para su protección como propiedad industrial, la solicitud de registro deberá especificar la marca solicitada o registrada con la cual se utilizará. Esta vinculación del lema comercial con la marca es de carácter accesorio, tal como puede desprenderse del artículo 192 de la LPI en el que se indica que la cancelación, nulidad o caducidad del registro de la marca trae consigo el mismo efecto en el lema comercial, así como del artículo 194 que obliga a transferir

---

(69) Vid., BAYLOS CORROZA, *Tratado*, p. 843; FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado*, p. 570; ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 142.

(70) Vid., con mayores referencias, FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado*, p. 571 y ss.

(71) Vid., en este sentido, KRESALJA ROSELLÓ, *Thémis* 23, p. 104; NORABUENA CASANOVA, *La protección*, p. 88 y s.

(72) En otros países se le conoce también como marca de garantía. Vid., con mayor detalle, FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado*, p. 554 y ss.; BAYLOS CORROZA, *Tratado*, p. 844 y s.; ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 141 y s.

(73) Vid., FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado*, p. 555.

el lema conjuntamente con el signo marcario al que se asocia[74]. No obstante, el lema comercial puede recibir protección autónoma bajo la normativa de derecho de autor, en la medida que su originalidad entrañe una efectiva creación intelectual[75].

- Se entiende por *nombre comercial* el signo que sirve para identificar a una persona natural o jurídica en el ejercicio de su actividad económica (artículo 207 de la LPI)[76], como es el caso, por ejemplo, de Backus & Johnston. Como puede verse, se trata de un signo distintivo que no se encuentra en el producto o servicio ofrecido, sino en el productor o comerciante de estos bienes o servicios. De esta manera, se amplía la base de información que el consumidor utiliza para tomar sus decisiones, incluyendo además de la calidad del producto o servicio la seriedad, el prestigio y el éxito de la empresa productora[77]. Pero, a diferencia de la marca de servicios o productos, la protección del nombre comercial no está supeditada al registro, sino que se adquiere por su uso[78]. Para que el uso genere el derecho de uso exclusivo debe haberse llevado en el país con las características de personal, público, ostensible y continuo[79].
- La *denominación de origen* es aquella que utiliza el nombre de una región o un lugar geográfico del país que sirve para designar un producto originario del mismo y cuya calidad o características se deben exclusiva o esencialmente a los factores naturales y humanos del lugar (artículo 219 de la LPI)[80]. No se trata, por

---

(74) En el mismo sentido, NORABUENA CASANOVA, *La protección*, p. 94 y s.

(75) Vid., así, KRESALJA ROSELLÓ, *Thémis* 27-28, p. 16.

(76) Diversas definiciones doctrinales y legislativas, Vid., en ARACANA ZORRAQUÍN en *Los retos*, p. 201 y ss.

(77) Vid., NORABUENA CASANOVA, *La protección*, p. 91.

(78) Vid., KRESALJA ROSELLÓ, *Thémis* 27-28, p. 16.

(79) Vid., en este sentido, ARACANA ZORRAQUÍN, en *Los restos*, p. 206.

(80) Sobre la fuente de esta regulación legal puede verse el Arreglo de Lisboa para l Protección de las Denominaciones de Origen y su Registro Internacional d 1958. Vid., RANGEL ORTIZ, en *Los retos*, p. 211 y ss.

tanto, de una simple indicación de procedencia, sino de un producto que reúne unas características propias que sólo tienen los productos del lugar de procedencia[81]. Ejemplo de denominaciones de origen son el clásico Champagne, el vino Rioja de España o nuestro Pisco. La declaración de protección de una denominación de origen se obtiene luego de un procedimiento iniciado de oficio o a petición de personas que tengan legítimo interés (personas físicas o jurídicas que directamente se dediquen a la extracción, producción o elaboración del producto o productos que se pretendan amparar con la denominación de origen[82]). A partir de la declaración de la Oficina competente del INDECOPI, la persona autorizada tendrá el derecho de utilización exclusiva de la denominación de origen en un plazo de 10 años, prorrogables por períodos iguales[83]. En cuanto a las denominaciones de origen peruanas, cabe señalar que el artículo 218 de la LPI establece que el Perú es el titular de éstas, concediendo las autorizaciones de uso correspondientes.

B. Actuación administrativa

La distinción de los elementos de la propiedad industrial entre derechos sobre las invenciones y derechos sobre los signos distintivos repercute en la organización administrativa del ente regulador y protector de la propiedad industrial. En efecto, en el INDECOPI existe, por un lado, la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías, la cual se encarga de las labores administrativas referidas a las invenciones; y, por el otro, se encuentra la Oficina de Signos Distintivos, la cual se ocupa de los elementos de propiedad industrial que tienen que ver con los elementos de individualización del productor o comerciante. Esta diferenciación de las oficinas por el objeto de regulación no implica, sin embargo, diferencia en cuanto a las fun-

---

(81) Vid., en este sentido, GARRIDO DE LA GRANA, en *Los retos*, p. 229 y s.; SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 156 y s.

(82) Vid., RANGEL ORTIZ, en *Los retos*, p. 221.

(83) Vid., FERREYROS CASTAÑEDA, en *Cuadernos Jurisprudenciales* 20 (febrero 2003), p. 4 y ss.

ciones administrativas, pues ambas oficinas tienen, con sus propias peculiaridades, competencias registrales y sancionatorias.

a. Actividad registral

Cuando la acción inventiva misma o el uso de un signo distintivo no es lo que genera el derecho de propiedad industrial, el registro adquiere carácter constitutivo. En estos casos, el orden de prelación del derecho se determina por el día y hora de la presentación de la solicitud de registro, a no ser que se desvirtúe la presunción de buena fe del solicitante. Además del registro de la invención o del signo distintivo, hay que inscribir en este registro todos los actos que afecten el derecho de propiedad industrial, tales como transferencias, licencias, modificaciones, cancelaciones, etc. La inscripción de estos actos posteriores resulta de especial importancia para el tráfico patrimonial sobre los derechos de propiedad industrial, pues de esta forma se obtiene una protección jurídica frente a terceros. Un aspecto que conviene destacar de la actividad registral es que se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones efectuadas en los registros correspondientes, los mismos que se presumen ciertos mientras no sean rectificados o anulados.

b. Actividad sancionatoria

El INDECOPI, además de llevar a cabo una actividad registral, tiene una potestad sancionatoria. El artículo 240 de la LPI regula la llamada acción por infracción, efectiva o inminente, de los derechos de propiedad industrial. En este artículo de la LPI no se especifican las conductas que constituyen infracción de los derechos de propiedad industrial[84], lo que otorga a las oficinas competentes del INDECOPI amplias facultades para decidir cuándo se produce efectivamente una infracción de la propiedad industrial. Una similar facultad sancionatoria se le reconoce al INDECOPI en la Ley 28126 que regula las infracciones contra los derechos de los obtentores de

(84) Vid., en este sentido, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 359.

variedades vegetales, en donde se omite igualmente precisar cuáles son las infracciones específicas a los derechos de propiedad industrial sobre la obtención de nuevas variedades vegetales. La compatibilidad de esta forma de regulación de las infracciones administrativas con los principios del Derecho administrativo sancionador resulta cuestionable, pues el artículo 230 de la Ley de Procedimiento Administrativo General establece que la tipicidad es un principio regulatorio de la potestad sancionadora. En este sentido, la normativa administrativa tendría que precisar la infracción y no hacer una simple referencia a la infracción de los derechos de propiedad industrial.

Una vez que la oficina correspondiente del INDECOPI verifica la existencia de una infracción de los derechos de propiedad industrial, podrá tomar las medidas cesatorias o correctivas necesarias para evitar que prosiga o se produzca la violación (artículo 242 de la LPI)[85], así como imponer sanciones a quienes hayan infringido los derechos de propiedad industrial correspondientes. Las sanciones previstas para las infracciones a los derechos de propiedad industrial, según en artículo 242 LPI, puede ser de amonestación o de multa hasta 150 UITs[86]. La reincidencia se considera una circunstancia agravante (artículo 242 de la LPI) y la multa puede aumentarse de manera sucesiva ante el incumplimiento de lo ordenado por la resolución de la Oficina del INDECOPI correspondiente[87]. En cuanto a la infracción de los derechos de obtentores de variedades vegetales protegidas, la Ley 28126 sigue los mismos criterios que la ley general, siendo la única diferencia la cuantía máxima de la multa que se establece en 100 UITs. Una cuestión adicional en la normativa protectora de los derechos de los obtentores que conviene resaltar es la posibilidad de imponer una sanción de hasta 300 UITs a quien reiteradamente incumple lo ordenado en la resolución de la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías.

---

(85) Sobre la acción cesatoria y de remoción, Vid., con mayor detalle, FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado*, p. 391 y ss.

(86) Vid., REYNA ALFARO, *Manual*, p. 456.

(87) Vid., REYNA ALFARO, *Manual*, p. 456.

III. LA PROTECCIÓN PENAL DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

Hasta antes de la entrada en vigencia del Código penal de 1991, no hubo normas penales que castigasen específicamente los actos contra la propiedad industrial[88]. En el Código penal de 1924 se castigó únicamente la falsificación de marcas oficiales[89], pero no las referidas a identificar un bien o producto en el mercado, lo cual sólo estuvo sancionado en el terreno administrativo[90]. Fue recién con la promulgación del actual Código penal que se tipificaron de manera expresa los atentados contra los diversos derechos de propiedad industrial. En esta regulación penal cabe destacar la ubicación sistemática que se le dio a los delitos contra la propiedad industrial, en la medida que al ser ubicados, junto con los delitos contra los derechos de autor, dentro del título de los delitos contra los derechos intelectuales, mostraban con claridad un énfasis especial sobre la parte creativa de estos derechos[91]. Esta perspectiva del legislador penal se mantuvo en la redacción original de los tipos penales, en tanto el núcleo de la prohibición se centró en el uso indebido de los elementos de la propiedad industrial, más que en la finalidad de comercialización. La doctrina penal, sin embargo, intentó exigir implícitamente este último elemento en la interpretación de los tipos penales[92].

En el 2002 se dio la Ley 27729, la cual se encargó de modificar el capítulo referido a los delitos contra la propiedad industrial. Si bien esta reforma no realizó ningún cambio sobre la ubicación sistemática del capítulo en mención, procedió a una reestructuración de los tipos penales en el que se destaca especialmente la parte económica o patrimonial de la propiedad industrial. En este sentido, puede

---

(88) Vid., LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, p. 193; REYNA ALFARO, *Manual*, p. 443.

(89) Vid., REYNA ALFARO, *Manual*, p. 443.

(92) Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 338 y s.

(91) A favor de esta sistemática, REYNA ALFARO, *Manual*, p. 444. En el mismo sentido, en España, SEGURA GARCÍA, en *Estudios*, Del Rosal Blasco (ed.), p. 219.

(92) Así, concretamente, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 387.

decirse que se sigue protegiendo un derecho individual, pero su protección se encuentra enmarcada en un contexto económico, es decir, en la actividad productiva y comercial. La reforma operada ha sido aprovechada también para hacer ciertas mejoras en la redacción original de los tipos penales y ampliar la protección a nuevos supuestos de propiedad industrial. En cuanto a lo primero, se ha hecho eco de las críticas doctrinales que achacaban a la regulación penal una falta de criterios claros para la sistematización de las conductas prohibidas[93], mientras que en lo referente a los nuevos supuestos de propiedad industrial se ha incluido en el ámbito de protección penal las invenciones provenientes de la biotecnología y la microtecnología.

1. Cuestiones generales

A. El bien jurídico penalmente protegido

Para poder responder a la cuestión del bien jurídico penalmente protegido, debemos diferenciar dos niveles de discusión. En un primer plano se encuentra la cuestión referida a la legitimidad de la incriminación penal y la forma cómo se estructuran los tipos penales. Para decidir el tema de la legitimidad de la incriminación de los atentados contra la propiedad industrial, hay que determinar la importancia que tiene la propiedad industrial en la constitución económica de la sociedad, de manera que resulte justificado recurrir al Derecho penal. Como ya lo hemos señalado, la economía de mercado asumida por nuestra Constitución Política implica otorgar a la competencia un papel regulador del mercado, en el que las invenciones con aplicación industrial y los signos distintivos aparecen como elementos definitorios[94]. En efecto, en cuanto a las innovaciones tecnológicas puede decirse que su importancia no se reduce a la capacidad creativa del autor, amparada en el artículo 2 inciso 8

---

[93] Así fue la crítica de ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 363.

[94] En el mismo sentido, respecto de la Constitución española, SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 216 y ss. Como una protección contra la competencia desleal, BACIGALUPO ZAPATER, *RECPC* 03-07 (2001), p. 4.

de la Constitución Política[95], sino que alcanza a la constitución del modelo económico. Como se sabe, el fenómeno competitivo no se materializa únicamente a nivel de la captación del consumidor de un producto o servicio ya lanzado, sino que tiene lugar también en el estadio previo de la investigación para mejorar la calidad, apariencia o utilidad de un producto o servicio, o para idear uno nuevo. En la medida que los esfuerzos en esta etapa previa no tienen aún una manifestación directa en beneficios económicos para el inventor, pues los consumidores aún no han optado por el producto o servicio, el Estado debe otorgar la posibilidad de rentabilizar estos esfuerzos mediante la concesión de derechos de exclusiva para la posterior fabricación y comercialización de los nuevos productos o servicios. De esta manera, se estimula la consecución del éxito económico en el propio esfuerzo y se favorece, por otra parte, el desarrollo tecnológico[96], lo cual finalmente contribuye al bienestar de los consumidores[97].

En cuanto a los signos distintivos, su importancia para el sistema económico actual también resulta indiscutible, aunque cabe precisar que se manifiesta en un plano de mayor proximidad con los consumidores[98]. Los signos distintivos aseguran a los consumidores

---

(95) Aunque este aspecto sea especialmente destacado por la Exposición de Motivos del Código Penal, Vid., VILLAVICENCIO TERREROS, *Código Penal Comentado*, p. 17 y s. Reconoce este aspecto individual en la regulación administrativa, VENERO AGUIRRE, en *Los retos*, p. 148. Sin embargo, PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 58 y ss., muestra cómo la regulación administrativa de la propiedad industrial resulta incompatible con este reconocimiento constitucional, en la medida que, en situaciones de relación laboral, la legislación atribuye directamente la titularidad de la invención al empleador (en el Perú, en el artículo 32 de la LPI).

(96) Vid., BAYLOS CORROZA, *Tratado*, p. 49, nota 5; SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 51.

(97) Vid., en este sentido, como finalidad última, SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 234.

(98) Esta situación explica la discusión al respecto sobre si los delitos contra la propiedad industrial protegen o no los intereses de los consumidores. Vid., sobre esta discusión, SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 233 y ss.

la posibilidad de individualizar de dónde vienen los bienes y servicios ofertados en el mercado[99]. De esta manera, se les ofrece información relevante para tomar sus decisiones de compra, pudiendo prever las consecuencias que se derivarán de su elección en el mercado, así como presentar un reclamo por los vicios o defectos que pudieran presentar los productos. Precisamente en esa línea se mueve el reconocimiento constitucional del derecho de los consumidores y usuarios a la información sobre los bienes o servicios que se encuentren a su disposición en el mercado (artículo 65 de la Constitución Política)[100]. Pero la importancia de la individualización de los productos en el mercado mediante signos distintivos no se reduce a la mayor información suministrada a los consumidores, sino que favorece también a los productores y comerciantes, en la medida que refuerza la idea de que el éxito económico en el mercado se sustenta en la propia actividad productiva o comercial[101]. La buena calidad de los productos o servicios se convierte, así, en su mejor publicidad. Si la decisión del consumidor se dejase solamente a la apariencia de un producto, la buena calidad de los productos no sería lo importante en la oferta de bienes y servicios, sino las estrategias de ventas.

La importancia puesta en evidencia de la propiedad industrial investiva y distintiva para el desarrollo de nuestro modelo económico justifica la intervención del Derecho penal. No obstante, la labor de incriminación no se convierte en legítima sólo por esta importancia. Hay que entrar en un plano más operativo, es decir, en los aspectos concretos que los tipos penales protegen. Como ya se sabe desde la formulación de BINDING, la ley penal no transcribe la

---

(99) Vid., BAYLOS CORROZA, *Tratado*, p. 51; SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 236.

(100) No obstante, debe reconocerse, recogiendo la crítica hecha al derecho español por PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 62 y ss., que la legislación sobre propiedad industrial no ha considerado suficientemente la figura de los consumidores como lo exige el texto constitucional.

(101) Una interpretación puramente económica del Derecho de marcas, en el sentido de procurar la eficiencia económica, LANDES/POSNER, *Ius et Veritas*, 13, p. 71 y ss.

norma penal, sino que se encarga de determinar las conductas que van en contra de la norma penal. En este sentido, resulta necesario hacer todo un trabajo político-criminal para precisar, dentro del universo de conductas relevantes, las que el Derecho penal estima indispensable castigar por afectar gravemente los elementos de la propiedad industrial. En este trabajo juegan un papel importante los datos empíricos de carácter criminológico, pues a partir de ellos se pueden individualizar las conductas más extendidas que ponen en cuestionamiento el régimen de propiedad industrial. En la valoración de estos datos fácticos, entran en consideración criterios de merecimiento y necesidad de pena[102].

Sin entrar en las razones concretas que motivaron al legislador penal a decidirse por la forma de regulación de los delitos contra la propiedad industrial –algo a lo que difícilmente se puede acceder por falta de información publicada–, puede decirse que dicha regulación parte de una protección extensiva que luego busca limitarse. En efecto, la protección penal de la propiedad industrial es extensiva en cuanto a la determinación de la conducta típica, en la medida que amplía el marco de la tipicidad a la realización de actos preparatorios como la fabricación, importación o almacenamiento, en todo o en parte, de productos obtenidos con infracción a la normativa sobre propiedad industrial. Esta ampliación, sin embargo, se intenta limitar luego en tres aspectos. En primer lugar, no se castiga el solo uso no autorizado de los derechos de propiedad industrial, sino que resulta necesario que esta conducta se enmarque en una actividad de comercialización. En segundo lugar, no se protege todos los elementos de la propiedad industrial, sino solamente los más importantes (las patentes de invención, los modelos de utilidad, los diseños industriales, las nuevas variedades vegetales, las topografías y las marcas), exigiéndose además que los mismos se encuentren registrados. Finalmente, no se castiga la realización culposa y se limita las agra-

(102) Vid., este proceder, en general, en los procesos de incriminación del Derecho penal económico, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, T. I, p. 167 y ss. Consideraciones político-criminales para los delitos contra la propiedad industrial hace, en el Derecho penal español, PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 73 y ss.; ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 184 y ss.

vantes a los supuestos específicos de existencia de una organización criminal y la intervención de funcionario o servidor público.

Definidos los tipos penales, puede entrarse ya en la discusión sobre el bien jurídico penalmente protegido. A diferencia del análisis político-criminal, el análisis dogmático parte de la regulación legal de los delitos contra la propiedad industrial, lo que significa que el bien jurídico penalmente protegido debe precisarse a partir de la regulación positiva. Esta referencia a la normativa vigente no debe llevarnos, sin embargo, a defender una definición formal del bien jurídico penalmente protegido, en el sentido de que lo protegido sería la propiedad industrial porque así lo establece la denominación del Capítulo II del Título VII del Código penal: "Delitos contra la propiedad industrial"[103]. Semejante afirmación formal resultaría primeramente muy poco útil, pues ofrecería escasos criterios para fundamentar e interpretar los tipos penales[104]. Pero, por otra parte, se caería en una remisión de las normas penales a la normativa administrativa que traería como consecuencia una pérdida de identidad del Derecho penal. La crítica formulada por la doctrina en el sentido de que con esta interpretación las infracciones penales serían delitos de mera desobediencia, estaría plenamente justificada[105].

En la lógica de los bienes jurídicos supraindividuales, un sector de la doctrina penal sostiene que los delitos contra la propiedad industrial no protegen, o cuando menos no exclusivamente, el interés individual de los titulares de los derechos de propiedad, sino, más bien, la competencia, el mercado o los consumidores[106]. El punto cuestionable de esta comprensión del bien jurídico radicaría en que

---

(103) Así, sin embargo, CASTIÑEIRA PALAU, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Silva Sánchez (dir.), p. 273, quien considera el bien jurídico las normas civiles sobre la materia (propiedad industrial).

(104) En el mismo sentido, PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 40.

(105) Vid., así JORGE BARREIRO, en *Comentarios*, Rodríguez Mourullo (dir.), p. 784.

(106) En esta línea, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, en *Delitos socio-económicos*, Barbero Santos (ed.), p. 396 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, PE, p. 433; SALAS LOZADA, *Thémis* 23, p. 107; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 348.

la protección penal seguiría la actual orientación de la regulación administrativa, siendo el criterio delimitador entre ambos ámbitos jurídicos únicamente la mayor gravedad cuantitativa de la infracción penal. Como ya lo hemos reiterado en diversos lugares, el Derecho penal no se ocupa de la funcionalidad global del sector específico de la competencia, sino de mantener la vigencia de ciertas expectativas de conductas esenciales para la orientación de los sujetos económicos en el mercado. En este orden de ideas, el bien jurídico protegido no debe buscarse en el funcionamiento global del sistema específico, sino en el aspecto concreto que pone en tela de juicio comunicativamente el injusto penal.

Si se parte de la idea de que el delito lesiona determinados objetos valorados positivamente, el bien jurídico protegido tendrá una configuración estática. En esta línea de interpretación se mueve el parecer que sostiene que los delitos contra la propiedad industrial protegen el derecho individual de propiedad sobre determinados bienes inmateriales[107]. A esta interpretación del bien jurídico se le ha hecho varias críticas. Se le objeta principalmente que los derechos de propiedad industrial no tienen una naturaleza puramente individual, pues requieren de cierto registro para su reconocimiento y se encuentran incluso sujetos a ciertas normas de carácter público, como las referidas a las autorizaciones por razones de interés social, la caducidad del derecho de exclusividad o la cancelación del registro por la falta de uso[108]. Por otra parte, si se atiende a la redacción de los tipos penales, se podrá apreciar que el perjuicio individual (efectivo o potencial) de los titulares de los derechos industriales no constituye un requisito necesario para la verificación de la conducta delictiva[109]. Este conjunto de objeciones ha llevado a que

---

(107) Vid., así la orientación de BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, PE, p. 252; BACIGALUPO ZAPATER, *Estudios*, PE, p. 374 y s.; PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 976 y s.; SCHULZ, *Das deutsche Markenstrafrecht*, p. 45 y s.

(108) Vid., sobre estas particularidades de la propiedad industrial, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 346 y ss.

(109) Sobre la irrelevancia del valor del perjuicio, CASTIÑEIRA PALAU, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Silva Sánchez (dir.), p. 267 y s.

un sector nutrido de la doctrina intente retroceder en la perspectiva individualizadora del Derecho penal y poner el nivel de análisis de lo penalmente protegido en el mismo plano que el Derecho administrativo, es decir, en la protección del funcionamiento del mercado competitivo[110]. Pero, como ya lo vimos, la consecuencia de pérdida de identidad del Derecho penal a la que lleva este planteamiento resulta, en nuestra opinión, intolerable.

Pensamos que para poder establecer correctamente lo protegido por las normas penales hay que replantear la comprensión del delito, en el sentido de un concepto normativo en el que no se parte de la lesión de un objeto valorado positivamente, sino de la defraudación de expectativas normativas de conducta. En el caso concreto de los delitos contra la propiedad industrial, lo que se lesiona es la expectativa normativa de conducta que permite a los productores o comerciantes confiar en la exclusividad de uso de los bienes industriales dentro de determinados parámetros[111]. Pero hay que advertir que este planteamiento no vuelve a manejar, con otras palabras, un concepto de bien jurídico individual, sino que la protección penal se contextualiza en el ámbito en el que se presenta la infracción penal. Por ello, podemos decir que el cambio de perspectiva reside, más bien, en la función atribuida al Derecho penal, en donde se sustituye la visión estática de los intereses individuales por una visión

(110) Así reconocen como bien jurídico mediato, MORENO Y BRAVO, *Delitos*, p. 47; JAÉN VALLEJO, *Cuestiones actuales*, p. 140, al orden económico que se basa en la libre competencia.

(111) Seguimos, así, la línea que sostiene que el bien jurídico es el uso exclusivo del elemento de la propiedad industrial. Vid., así, con propias particularidades, MASCAREÑAS, *Los delitos*, p. 40; BAJO FERNÁNDEZ/SUÁREZ GONZÁLEZ/PÉREZ MANZANO, *Manual*, PE, p. 366; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGUESSE, *Derecho penal económico*, p. 455; TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, p. 155 y s.; SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 229; MARTÍNEZ--BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 34; JORGE BARREIRO, en *Comentarios*, Rodríguez Mourullo (dir.), p. 783; GIMBERNAT ORDEIG, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 1429 y ss. En el Perú: BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código penal anotado*, p. 390; LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, p. 191; REYNA ALFARO, *Manual*, p. 445; ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 189.

funcional. En consecuencia, no se trata de proteger objetos estáticos, sino relaciones sociales dinámicas. El uso indebido de los elementos más importantes de la propiedad industrial con fines de comercialización produce una defraudación de la expectativa normativa sobre la exclusividad de uso de estos elementos por parte del titular del derecho, lo que hace necesario la imposición de una pena para devolver la vigencia a la norma infringida por el hecho defraudador de tal expectativa de conducta.

B. La accesoriedad administrativa

Una cuestión general que conviene precisar antes de entrar en el análisis detallado de las figuras delictivas que conforman los delitos contra la propiedad industrial, es la referida a la existencia de una cláusula de remisión de los tipos penales a la Ley de Propiedad Industrial[112]. Sobre esta cuestión debe señalarse primeramente que, a diferencia de la redacción original de los tipos penales, la modificación operada por la Ley 27729 ha establecido una remisión concluyente de los tipos penales a la Ley de Propiedad Industrial. En efecto, tanto el artículo 222 como el artículo 223 del Código penal establecen como requisito para la configuración del tipo penal que se "violen las normas y derechos de propiedad industrial"[113]. Lo que habrá que precisar será, entonces, el tipo de accesoriedad administrativa que exigen los tipos penales de los delitos contra la propiedad industrial, esto es, si se trata de una accesoriedad de leyes o de una accesoriedad de acto.

Una accesoriedad de acto parecería existir en tanto se exige que la acción típica "viole los derechos de propiedad industrial". Si se revisa los diversos elementos de la propiedad industrial penalmente protegidos, podrá comprobarse que todos ellos requieren del re-

---

[112] En desacuerdo con esta técnica de tipificación de los delitos contra la propiedad industrial, SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 338.

[113] En este sentido, SCHULZ, *Das deutsche Markenstrafrecht*, p. 92 y ss., considera que se trata de elementos del tipo penal.

gistro para el surgimiento de los derechos correspondientes[114]. Esto quiere decir que siempre será necesario que la Administración registre previamente el derecho industrial solicitado por las personas autorizadas a pedirlo[115]. Los tipos penales necesitan, por tanto, de un reconocimiento administrativo de los derechos de propiedad industrial a través del registro[116]. No obstante, hay que señalar que no se trata una remisión como ley penal en blanco al contenido de estos actos administrativos de reconocimiento, sino que se requiere solamente que tal acto de reconocimiento exista. En consecuencia, no puede hablarse propiamente de una accesoriedad del tipo penal al acto administrativo, sino de un elemento típico constituido por un acto de la Administración. Esta incorporación del acto administrativo al tipo penal permite, por otra parte, que el juez penal pueda valorar con mayor libertad el elemento típico de "violación de los derechos de propiedad industrial", atendiendo, en cualquier caso, al fin de protección de la norma penal.

Una ley penal en blanco existe, por el contrario, en cuanto a la remisión que hacen los artículos 222 y 223 del Código penal a las "normas sobre propiedad industrial". Se trata de un caso de acce-

---

(114) En el Código penal español anterior al actualmente vigente, por el contrario, no se exigía expresamente este requisito, por lo que la doctrina y la jurisprudencia se encontraban divididas en cuanto a la necesidad del registro para la protección penal. Sobre esto informa con detalle, SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y propiedad industrial*, p. 188 y ss.

(115) El derecho de uso exclusivo está fundamentado en una inscripción, de manera que si aún no se ha procedido a la inscripción no habrá una responsabilidad penal, en todo caso, sólo una responsabilidad civil (igualmente, PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, pp. 35, 111). De otro parecer, SALAS LOZADA, *Thémis* 23, p. 108. La situación resulta distinta en la normativa penal argentina como lo informa TRABALLINI DE AZCONA, en *Derecho penal económico*, Balcarce (dir.), p. 364, aunque se exige, en el caso de las invenciones no registradas, que reúnan los requisitos de patentabilidad.

(116) Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 369. Igualmente en la legislación española, PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 110 y s.; MORENO Y BRAVO, *Delitos*, p. 53.

soriedad de leyes, en la que el juez penal debe evaluar si el hecho concreto ha infringido o no la ley de la materia[117]. Un primer aspecto que debe decidirse es si esta remisión a la legislación sobre propiedad industrial resulta contraria al mandato de certeza o determinación. Para responder a esta cuestión, debe tenerse presente que con esta remisión lo que se busca es concretar un elemento constitutivo de la conducta típica: la ilegalidad extrapenal de la conducta. Si bien esta remisión obliga a una interpretación accesoria del juez, no se afecta propiamente el mandato de certeza, ya que se trata solamente de criterios de concreción de un elemento de la conducta típica que se encuentra ya establecido en la ley penal. Esta labor de concreción es llevada a cabo por el juez penal, de manera tal que no se requiere un pronunciamiento previo de la Administración sobre si la conducta juzgada ha infringido o no la normativa sobre propiedad industrial. En este sentido, la prejudicialidad administrativa, reconocida en el artículo 245 del Decreto Legislativo 823 para las acciones civiles, no resulta de recibo en sede penal. El juicio sobre la contrariedad de las normas referidas a la propiedad industrial que recae sobre la conducta del autor debe ser hecho directamente por el juez penal.

Un punto importante a esclarecer en lo que atañe a la remisión a las normas sobre propiedad industrial, es si las posteriores modificaciones a la normativa extra-penal deben ser asumidas por el juez penal o si esta remisión debe mantenerse estática en la regulación legal vigente al momento de entrar en vigor los actuales tipos penales de los delitos contra la propiedad industrial. La respuesta a este interrogante debe partir del dato de que en este caso no se produce propiamente una modificación del tipo penal, sino solamente una modificación de los criterios de especificación dirigidos al juez. En este sentido, el juez deberá utilizar en su labor interpretativa las modificaciones a la legislación industrial para el juzgamiento de los casos nuevos[118]. Los casos acaecidos durante la vigencia de la nor-

---

[117] Vid., así, en la anterior regulación penal española, TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, p. 159.

[118] Igualmente en el resultado, SALAS LOZADA, *Thémis* 23, p. 109.

mativa extra-penal anterior deberán juzgarse, por razones de seguridad jurídica, con los criterios de especificación de esta normativa extra-penal, a no ser que la utilización de los nuevos criterios de especificación resulta siendo más favorable al reo, en cuyo caso podrán aplicarse también al juzgamiento de casos anteriores a la modificación extra-penal.

C. La finalidad mercantil

Otro elemento general definitorio de los delitos contra la propiedad industrial es la llamada finalidad mercantil de la conducta, es decir, que para poder castigar penalmente la violación de un elemento de la propiedad industrial se exige que esta violación se haga con fines comerciales[119]. En este sentido, si el objeto se utiliza, por ejemplo, en un *collage* artístico, esta utilización no será penalmente relevante[120]. En efecto, si se analiza de manera general la regulación típica de los delitos contra la propiedad industrial, se podrá apreciar que no se castiga el solo uso indebido o la disposición ilegal de los elementos de la propiedad industrial, sino que la violación de los derechos de propiedad industrial debe estar orientada a la introducción indebida de productos en el tráfico patrimonial o económico. La falsa atribución, por ejemplo, de una marca sin que conlleve la distribución de productos con dicha marca configurará, en todo caso, un delito de falsedad genérica, pero no un delito contra la propiedad industrial[121]. En consecuencia, la finalidad mercantil constituye un elemento constitutivo del delito contra la propiedad

---

(119) Vid., PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 38; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 387; MÖLLER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 15, n.m. 18. Respecto de las marcas, en el Derecho penal alemán, SCHULZ, *Das deutsche Markenstrafrecht*, p. 57 y s.; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 13, n.m. 593.

(120) Vid., en este sentido, PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 135. En la misma línea, SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 356; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGUESSE, *Derecho penal económico*, p. 459; MORENO Y BRAVO, *Delitos*, p. 54.

(121) Igualmente, PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 38.

industrial que no puede ser dejado de lado en la determinación de la conducta típica[122].

2. Análisis de los tipos penales

De la lectura de los artículos que comprende el Capítulo II del Título VII del Código penal, puede concluirse que los delitos contra la propiedad industrial pueden presentarse de dos maneras. Por un lado, como fabricación o comercialización ilegal de los productos sujetos a derechos de propiedad industrial conforme al artículo 222; por el otro, como fabricación o uso ilegal de elementos que contienen marca registrada conforme al artículo 223. Como puede verse, mientras la protección en el primer tipo penal es general a los elementos de la propiedad industrial, en el segundo tipo penal se limita específicamente a la marca. Por lo demás, ambos tipos penales pueden sancionarse con una pena agravada si el autor es miembro de una asociación ilícita o un funcionario o servidor público. Veamos cada una de estas modalidades delictivas de manera separada.

A. Fabricación, importación, almacenamiento, utilización o comercialización ilegal de productos sujetos a derechos de propiedad industrial (artículo 222)

El artículo 222 del Código penal tipifica la forma más usual de afectar ilegalmente la explotación exclusiva que genera el derecho de propiedad industrial de terceras personas. Pese a las particularidades de cada elemento de la propiedad industrial, el legislador penal no ha creído necesario diferenciar los tipos penales en función del derecho de propiedad industrial, como sí lo ha hecho, por ejemplo, el legislador español. En nuestro sistema penal, por el contrario, la conducta típica del delito contra la propiedad industrial es la

(122) Por ello, le asiste razón a SEGURA GARCÍA, en *Estudios*, Del Rosal Blasco (ed.), p. 252 y s., cuando señala que se trata de una exigencia objetiva de la conducta típica, de manera que resulta innecesario referirse a un elemento subjetivo especial en este sentido. De igual parecer, ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 283.

misma en todos los diferentes elementos constitutivos de la propiedad industrial, cambiando únicamente el objeto del delito.

a. Sujetos

La redacción del artículo 222 del Código penal permite concluir que se trata de un delito común que no requiere que el sujeto activo posea alguna calidad especial[123]. En este sentido, cualquier persona que realiza la acción típica del delito regulado en el artículo 222 podrá responder como autor del delito. Incluso autor del delito podría ser, bajo determinadas circunstancias, el titular original del derecho industrial cuando el derecho de explotación sobre el bien industrial le corresponda a un tercero[124], pues el tipo penal se sustenta en la "violación de un derecho de propiedad industrial". El caso más claro es el de la cesión de derechos, en virtud del cual el cesionario pasa a constituirse en el nuevo titular del derecho industrial de exclusiva. Aquí no se presenta duda alguna para admitir la responsabilidad penal del titular original (cedente) si es que lesiona de una manera típicamente relevante los derechos industriales cedidos, pues el derecho de explotación del bien industrial le corresponde exclusivamente al cesionario[125]. La situación resulta más discutible en caso que el titular original mantenga la titularidad del derecho industrial y solamente proceda a licenciar su uso a un tercero (por ejemplo, una licencia exclusiva reforzada de marca). Un sector entiende que el licenciante responde penalmente cuando utiliza la marca después de haber concedido una licencia exclusiva[126], pues con la licencia se ha transmitido de alguna manera la exclusividad del uso a un tercero. No obstante, debe reconocerse que en este caso el licenciante conserva su condición de titular del derecho

---

(123) En el mismo sentido, en la anterior regulación penal, PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 979. Igualmente en el Derecho penal español, ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 192.

(124) En este sentido, SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 367. De otra opinión, SCHULZ, *Das deutsche Markenstrafrecht*, p. 58.

(125) En el mismo sentido, ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 195.

(126) Vid., SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 370.

de exclusiva, por lo que no podría lesionar un derecho que todavía le corresponde. En este orden de ideas, hay que estar de acuerdo con aquéllos que consideran que, en el caso de una licencia, el incumplimiento del licenciante debería quedarse en el ámbito puramente civil sin tener una repercusión penal con base en el delito contra la propiedad industrial[127]. Evidentemente esta conclusión no enerva la posibilidad de que, dadas las circunstancias, se presenten los elementos constitutivos de una estafa en perjuicio del licenciatario.

El círculo de posibles autores también puede limitarse por razones de mínima intervención. Así, no resultaría conveniente sancionar penalmente los casos de titulares del derecho de explotación que se exceden en el ejercicio de estos derechos, como sería el caso de un cotitular del derecho de propiedad industrial[128] o el titular de una licencia de explotación[129]. Este incumplimiento de las condiciones de explotación debería considerarse solamente una infracción administrativa que, dado el caso, podría motivar el inicio de acciones civiles por los perjuicios causados. Sin embargo, cabe discutir de manera particular la relevancia penal de la infracción contractual respecto de la duración de la licencia, pues una vez transcurrido el plazo de vigencia de la licencia, la autorización concedida decae *ipso iure*[130]. En estos casos, consideramos que sí cabrá afirmar la relevancia penal de esta actuación, ya que la prolongación unilateral de la explotación de la invención implica una lesión completa al derecho de uso exclusivo del titular[131].

---

[127] Así, ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 197.

[128] Vid., así, SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 369 y s.; PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 108; GUINARTE CABANA, en *Comentarios*, Vives Antón (coord.), p. 1336; ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 198 y s.

[129] Vid., PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 143. De otro parecer, SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 368.

[130] Vid., en este sentido, respecto de la marca FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado*, p. 450; ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 197 y s.

[131] De manera más extensiva, SCHULZ, *Das deutsche Markenstrafrecht*, p. 62; ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 198, que incluye la infracción de los límites territoriales, de forma y de naturaleza.

Cuando la conducta delictiva se verifica en el marco de las actuaciones de personas jurídicas, habrá que individualizar la responsabilidad penal entre los distintos miembros de la empresa que han participado en el hecho. Para ello, será necesario precisar las distintas competencias que cada uno de los miembros de la empresa tienen en la estructura organizativa (directivos, mandos medios y trabajadores)[132]. En cualquier caso, debe precisarse que la cláusula del actuar en lugar de otro del artículo 27 del Código penal no resulta aquí aplicable[133], pues el delito que analizamos está configurado típicamente como un delito común. En efecto, condición necesaria para la aplicación de la cláusula del actuar en lugar de otro es que el tipo penal contenga elementos especiales que fundamenten la pena del autor, es decir, que se trate de un delito especial propio, lo cual no sucede con el artículo 222 del Código penal.

El sujeto pasivo del delito es el titular del derecho de propiedad industrial, sea titular exclusivo o cotitular del derecho[134]. En caso que el derecho le corresponda a una persona jurídica, el sujeto pasivo de la acción será la persona jurídica, no existiendo al respecto ninguna imposibilidad de imputarle la titularidad de los derechos de propiedad industrial[135]. Si el derecho de explotación ha sido transferido a un tercero distinto al titular, el sujeto pasivo dejará de ser el titular originario, pasando a serlo quien efectivamente tiene el derecho de explotación del correspondiente bien industrial[136]. En

---

(132) Sobre esta determinación de la responsabilidad Vid., *in extenso*, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, T. I, p. 707 y ss.

(133) De distinto parecer, SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 367 y s.; LA MISMA, en *Estudios*, Del Rosal Blasco (ed.), p. 245.

(134) Vid., así los casos de cotitularidad, SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 369 y s.

(135) Vid., igualmente, ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 200.

(136) Vid., aunque con una mayor amplitud sobre los casos de transferencia del derecho industrial, SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 370; VALLE MUÑIZ, en *Comentarios*, Quintero Olivares (dir.), p. 1260; GUINARTE CABANA, en *Comentarios*, Vives Antón (coord.), p. 1336; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 386.

la medida que este delito contra la propiedad industrial implica la afectación de derechos de propiedad industrial, siempre será posible identificar un sujeto pasivo de la acción típica.

b. Conducta típica

aa) Verbo rector

El tipo penal del artículo 222 del Código penal es un tipo penal mixto, lo que quiere decir que la conducta típica tiene como núcleo de prohibición varios verbos rectores establecidos de manera disyuntiva[137]. En este sentido, para que tenga lugar la conducta típica no es necesario que se realicen todas las acciones previstas en el tipo penal, sino que basta que se realice una de ellas. El tipo penal ha previsto concretamente los verbos "almacenar, fabricar, utilizar con fines comerciales, ofertar, distribuir, vender, importar y exportar". Como puede verse, el legislador penal ha intentado abarcar todo el ciclo de fabricación, distribución, utilización y comercialización ilegal de productos amparados por derechos de propiedad industrial[138]. No obstante, esta labor de incriminación se hace a costa de producir cierta situación de desigualdad, pues coloca en el mismo plano típico supuestos de autoría, participación y receptación[139]. De esta manera, se producen graves desigualdades en el trato penal,

---

[137] Igualmente en el Derecho penal español, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 39; PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 129; MORENO Y BRAVO, *Delitos*, p. 53 y s.; SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 351, en la regulación anterior.

[138] Ciertamente una interpretación literal del tipo penal podría englobar los supuestos en los que los productos se obtienen legalmente y su distribución y comercialización resulta recién contraria a los derechos de propiedad industrial. Sin embargo, semejante interpretación extensiva resultaría contraria a la mínima intervención del Derecho penal, dejando prácticamente vacío de contenido al Derecho administrativo sancionador. Por ello, hay que limitar el tipo penal a los casos de previa obtención ilegal de los productos amparados por derechos industriales. En el mismo sentido, PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 124 y ss.

[139] Vid., similarmente, PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 132.

como, por ejemplo, la pena considerablemente menor del que vende un producto obtenido por un delito de robo agravado en relación con la pena del que vende un bien obtenido con infracción de los derechos de propiedad industrial. Por otra parte, nuestra legislación ha sido extensiva no sólo mediante el castigo de conductas periféricas, sino también al no considerar ningún límite cuantitativo, pues castiga la realización "en todo o en parte" de cualquiera de los verbos típicos[140]. El ámbito de lo punible resulta así extremadamente amplio con efectos claramente sobrecriminalizadores.

Ante la criticable opción legislativa asumida por la regulación nacional no podemos quedarnos sin hacer nada, pues, como bien lo indica PAREDES CASTAÑÓN, "(...) el hecho de que el legislador no haya optado, más acertadamente, por intentar seleccionar aquello que constituye el centro del ataque al bien jurídico-penalmente protegido en estas conductas no exime al intérprete de su obligación de intentarlo a su vez"[141]. En atención a ello, puede indicarse que el curso fáctico contemplado por el tipo penal empieza con la fabricación e importación de los productos en contravención con los derechos de propiedad industrial, pasando por su almacenamiento y distribución, hasta llegar a su utilización con fines comerciales o a su efectiva comercialización (ofertar, vender, exportar)[142]. Dentro de este circuito fáctico el momento de mayor afectación del bien jurídico protegido se encuentra indudablemente en la última

---

(140) Muy por el contrario a la interpretación que se le da a los correspondientes tipos penales, Vid., así, PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 142.

(141) Vid., PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 132.

(142) Una cuestión discutida en la doctrina penal ha sido si estas conductas pueden realizarse en comisión por omisión. Anteriormente existía una oposición a la posibilidad de una comisión por omisión en estos delitos (MASCAREÑAS, *Los delitos*, p. 57; BAJO FERNÁNDEZ, *Actividad empresarial*, p. 257; EL MISMO/SUÁREZ GONZÁLEZ/PÉREZ MANZANO, *Manual*, PE, p. 369; SALAS LOZADA, *Thémis* 23, p. 109 y s.). Actualmente no hay mayores problemas para admitir supuestos de comisión por omisión (PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 152). Por nuestra parte, y en la medida que creemos en la absoluta irrelevancia dogmática de la distinción entre comisión y omisión, entendemos que una comisión por omisión es tan posible como una comisión activa.

etapa[143]. Por ello, la imposición de la sanción penal deberá tener en consideración, al menos como criterio de individualización de la pena, esta mayor gravedad de los actos de utilización con fines comerciales o efectiva comercialización de los productos ilegalmente obtenidos.

La conducta típicamente relevante comienza con la fabricación o importación de productos amparados por derechos de propiedad industrial. Ambas actividades deben entenderse en un sentido industrial o comercial, es decir, de producción en serie o importación de mercaderías[144], de manera tal que no podrá configurar el tipo penal del artículo 222 la producción artesanal o la importación de un solo objeto[145], a no ser que por la complejidad del bien su producción o importación unitaria sea ya una actividad industrial, como por ejemplo la fabricación o importación de un avión patentado[146]. Esta etapa del curso lesivo del bien jurídico se encuentra aún en la fase de preparación, lo que llevaría a afirmar que aquí se está castigando actos preparatorios[147]. No obstante, la necesidad de una interpretación restrictiva que impida una excesiva ampliación del ámbito de lo punible aconseja no quedarnos en el simple peligro abstracto de estas conductas y exigir, por el contrario, un peligro

---

(143) No obstante, CASTIÑEIRA PALAU, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Silva Sánchez (dir.), p. 269, advierte que esta diferenciación no resultará adecuada si la protección penal no se refiere al derecho de exclusiva, sino al cumplimiento de las normas civiles de propiedad industrial.

(144) Si bien puede afirmarse que la redacción del tipo penal de artículo 222 del Código penal permite castigar penalmente cuando la acción típica recae sobre un solo objeto, esta interpretación resultaría reñida con la mínima intervención del Derecho penal y el principio de insignificancia, por lo que consideramos más adecuado exigir una producción industrial o una importación comercial.

(145) Así, respecto de las marcas SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 335.

(146) En el mismo sentido, respecto del Derecho penal español, PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 166 y s.

(147) Vid., así, MOLINA BLÁZQUEZ, *Protección jurídica*, p. 415; BENÉYTEZ MERINO, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (ed.), p. 417.

concreto, en el sentido de probabilidad concreta de que los objetos producidos o importados sean utilizados con fines comerciales o efectivamente comercializados por terceros[148]. En este sentido, la consumación del delito no se quedará en la producción o importación de los primeros productos, sino que resulta necesario que los mismos se encuentren en situación de ser utilizados comercialmente o metidos en el mercado[149]. En atención a esta exigencia típica, resulta posible aceptar, bajo determinadas circunstancias, una tentativa punible en caso que el proceso productivo o la actividad importadora no hayan generado, por causas ajenas a la voluntad del autor, el peligro de utilización de los productos con fines comerciales o su efectiva comercialización[150].

A nivel de esta fase típica del delito contra la propiedad industrial se discute sobre la cuestión de si resulta típica la importación de productos cuyo destino final no es el Perú, sino otro país (tránsito). Para resolver esta cuestión parece que resulta decisivo determinar el ámbito territorial de protección penal. Si se considera que el peligro concreto de afectación de los derechos de propiedad industrial debe estar referido al mercado nacional, tendría que reconocerse efectivamente la atipicidad de la conducta[151]. No obstante, el artículo 222 del Código penal incluye los actos de exportación de productos amparados por derechos industriales obtenidos en el Perú, lo que significa que el peligro concreto no tiene que estar referido necesariamente al mercado nacional, sino solamente a un derecho

(148) Así, la exigencia de PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, pp. 173, 188.

(149) Vid., PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, pp. 178, 189 y s. En el caso de la importación, considera suficiente para la consumación que los productos pasen la frontera sin interesar si son controlados o decomisados por las autoridades aduaneras, SCHULZ, *Das deutsche Markenstrafrecht*, p. 90 y s.

(150) En el mismo sentido, PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, pp. 178, nota 141, 192. De otro parecer, BENÉYTEZ MERINO, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (ed.), p. 418.

(151) No obstante, SCHULZ, *Das deutsche Markenstrafrecht*, p. 91, considera típicos los casos en los que se presenta el peligro de que las mercancías entren al tráfico económico nacional.

de propiedad industrial reconocido en el Perú. Por esta razón, podría considerarse típica la importación de productos en tránsito que han sido obtenidos con la infracción de derechos de propiedad industrial reconocidos en el Perú. La única manera de defender la atipicidad de esta conducta sería entender que el verbo típico "importar" no incluye el régimen aduanero de mercancías en tránsito. En la ley española de propiedad industrial, por ejemplo, se han diferenciado estos supuestos, lo que da pie a la doctrina penal de ese país a negar la tipicidad de la conducta en caso de mercancías en tránsito[152].

Una vez fabricados o importados los productos, el circuito pasa a su etapa de almacenamiento y distribución. El almacenamiento no debe entenderse como una simple posesión de los productos, sino como una posesión orientada al tráfico comercial. Por esta razón, si se almacenan los productos con la finalidad de ocultarlos de los organismos de supervisión competentes sin intervenir en el circuito de producción y distribución, entonces nos encontraremos ante a un delito contra la Administración de Justicia, a saber, el delito de encubrimiento real del artículo 405 del Código penal[153]. Únicamente el almacenamiento como parte del circuito productivo y comercial de los objetos del delito podrá fundamentar una responsabilidad penal, ya que sólo en este caso el almacenamiento genera un peligro de utilización con fines comerciales o de efectiva comercialización de los productos. Muy importante será determinar si el peligro se verifica con la acción de almacenamiento o separada de la misma, pues a partir de ello podrá decidirse si se trata de un delito de mera conducta o de peligro. Consideramos que la sola conducta de almacenar dentro de un circuito de producción y comercialización gene-

---

(152) Así, en la actual regulación penal española, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 50; PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 188; MORENO Y BRAVO, *Delitos*, p. 55. Por el contrario, SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 336, entendía que este supuesto sí estaba abarcado por la anterior regulación penal española. En la normativa argentina, que utiliza el verbo introducir, se considera también abarcado el ingreso de mercancía incluso "en tránsito", tal como lo indica TRABALLINI DE AZCONA, en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), p. 95.

(153) Vid., así, PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 202.

ra el peligro requerido por el tipo penal, de manera que bastará con verificar este almacenamiento para afirmar la realización del tipo penal[154]. Por el contrario, en la distribución de los productos puede decirse que existe una mayor aproximación al núcleo de la prohibición, en la medida que implica acercar el producto a los consumidores mediante su entrega a los comerciantes mayoristas o minoristas. En este sentido, la conducta debe tener como resultado colocar el producto en lugares de venta, de manera tal que solamente cuando se haya hecho esa colocación puede considerarse consumada la conducta. Una tentativa podrá tener lugar si la colocación no se llega a materializar por causas ajenas a la voluntad del autor.

El núcleo de la prohibición se presenta cuando los productos son utilizados con fines comerciales o cuando son efectivamente comercializados. La acción típica de "utilización" no debe entenderse como la utilización indebida de una invención patentada o una marca registrada, pues esta conducta se encontraría abarcada, en cualquier caso, en la acción de "fabricar" un producto sin respectar los derechos de propiedad industrial correspondientes. En esta fase del circuito fáctico tipificado en el artículo 222, se hace referencia, más bien, a la utilización con fines comerciales de los objetos obtenidos previamente con infracción de la normativa sobre propiedad industrial. Planteadas así las cosas, los problemas de delimitación no se presentarán en relación con la etapa de fabricación de los productos, sino en relación con la etapa propiamente de comercialización. En efecto, la utilización con fines comerciales de productos obtenidos con infracción de los derechos de propiedad industrial implica, de alguna manera, su ofrecimiento al público, lo cual podría ser considerado ya un acto de comercialización[155]. No obstante, hay que reconocer que, a pesar de existir un ofrecimiento, no hay aún una efectiva comercialización de los productos, lo que, en cierta forma, permite todavía diferenciar las etapas.

---

(154) Igualmente en el Derecho penal español, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 39.

(155) En el mismo sentido la crítica que hizo BACIGALUPO ZAPATER, *Estudios*, p. 387 y s., al Proyecto de Código penal español de 1992.

Actos propiamente de comercialización son el ofrecimiento, la venta y la exportación de los productos amparados por derechos de propiedad industrial obtenidos en el Perú. Respecto del ofrecimiento, debemos establecer un límite con el supuesto de utilización de los productos con fines comerciales. En este sentido, conviene señalar que el ofrecimiento no debe entenderse como la simple presentación ante terceros de los productos que pretenden negociarse, lo cual se encuentra abarcado por la etapa anterior, sino como la efectiva integración como proveedor dentro de un proceso de comercialización[156]. Solamente esta segunda acepción entra propiamente en la fase de comercialización, siendo así como tendría que interpretarse el ofrecimiento de los productos[157]. No obstante, no se requiere que los productos se hayan puesto en la esfera de disposición de los adquirientes, sino que basta solamente con que los potenciales adquirientes hayan tomado conocimiento del ofrecimiento hecho. En la venta, por el contrario, existe ya una entrada, cuando menos jurídica, de los productos en la esfera de dominio del adquiriente[158]. No se requiere que formalmente sea un contrato de compra-venta, sino que basta con que se trate de una transmisión de propiedad a título oneroso[159]. La exportación, por su parte, constituye también una forma de comercialización, con la única diferencia de estar dirigida no hacia el mercado nacional, sino hacia el internacional. Los actos de comercialización de productos falsificados adquieren igualmente relevancia típica aun cuando se comercialicen junto con productos originales.

bb) Objeto de delito

Para poder precisar la conducta típica debemos hacer referencia a los productos que constituyen el objeto del delito. Estos productos

---

(156) Vid., PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 209 y s.

(157) Por el contrario, PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 210, entiende que el ofrecimiento es una etapa previa a la comercialización.

(158) No exige, por ello, la tradición de los productos, PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 1014.

(159) Igualmente, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 384. Similarmente, respecto de objetos patentados, TRABALLINI DE AZCONA, en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), p. 94.

se definen en función de dos formas de propiedad industrial: las invenciones y los signos distintivos[160]. Por razones de claridad expositiva, conviene abordar ambas formas de propiedad industrial de forma separada.

aaa) Invenciones

En cuanto a invenciones, el tipo penal recoge los siguientes elementos de la propiedad industrial: la patente de invención, el modelo industrial y el diseño industrial, las obtenciones vegetales y los esquemas de trazado obtenidos o registrados dentro del país. De esta descripción se desprenden diversas consecuencias. En primer lugar, solamente se protegen los derechos de propiedad industrial reconocidos en el Perú, lo cual significa asumir el llamado principio de territorialidad[161]. Por otra parte, el tenor del tipo se refiere únicamente a productos amparados o registrados por los mencionados derechos industriales, de manera tal que la protección penal no abarcará, a diferencia de las marcas, la utilización de una solución equivalente a la invención patentada que solamente cambia aspectos inesenciales de la invención[162].

Como objeto de protección no está incluido el secreto industrial, cuya violación podría constituir, sin embargo, un acto de competencia desleal que amerite una sanción administrativa. Pero una sanción penal por delito de competencia desleal (artículo 240 del Código penal)[163]

---

(160) Por el contrario, cabe precisar que los objetos materiales del delito son propiamente los productos obtenidos en contravención con las normas de propiedad industrial. Vid., sobre esto, BAJO FERNÁNDEZ, *Actividad empresarial*, p. 258; SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 266 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 122.

(161) Lo que no necesariamente implica una desprotección de los intereses extranjeros, pues podría recurrirse a las normas de competencia desleal para hacer frente a estas afectaciones. Vid., así, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 369 y s.

(162) Sobre la utilización equivalente de invenciones patentadas, KOUKER, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), XI 2, n.m. 35.

(163) De otro parecer, KRESALJA ROSELLÓ, *Thémis* 27-28, p. 11; NORABUENA CASANOVA, *La protección*, p. 63.

no parece posible en este caso, pues la violación del secreto industrial no puede englobarse en ninguna de las modalidades punibles de competencia desleal. No puede ser un acto de explotación de la reputación ajena, en tanto el secreto industrial constituye una información secreta que no forma parte del crédito social de una empresa, y tampoco podrá configurar un acto de denigración porque la revelación o divulgación del secreto industrial no produce necesariamente un descrédito en la reputación económica de la empresa titular del *know how*[164]. En sede penal, la violación de un secreto industrial solamente podría dar lugar, bajo ciertas circunstancias, a un delito de violación del secreto profesional del artículo 165 del Código penal.

- *Patente de invención*: Cuando la conducta típica afecta una patente de invención, la acción típica puede recaer sobre un objeto que está amparado por una patente de invención (invención de producto) o sobre un producto obtenido mediante un procedimiento patentado (invención de procedimiento)[165], tal como lo establece el artículo 222 literal a) del Código penal. El objeto material del delito no será, por tanto, la patente en sí misma, sino el objeto producido. Esta situación genera una cuestión problemática en cuanto a la invención de procedimiento, ya que al limitar la acción típica al objeto obtenido por un procedimiento patentado no se incluirán los casos en los que la invención de procedimiento no termina en un objeto, sino en un resultado[166]. En consecuencia, si se utiliza este procedimiento patentado con finalidades explotativas, se cometerá una infracción administrativa, pero no un delito, pues intentar castigar esta conducta penalmente implicaría transgredir el límite impuesto por el principio de legalidad.

---

(164) Distinto parece ser la opinión de PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, III, p. 284 y s.

(165) Igualmente, en el Derecho penal alemán, HELLMAN/BECKEMPER, *Wirtschaftsstrafrecht*, n.m. 550; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 13, n.m. 585.

(166) Situación diferente a la regulación penal española en donde se castiga la utilización del procedimiento patentado. Vid., sobre esto, PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 221 y ss.; BENÉYTEZ MERINO, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (ed.), p. 416.

- *Modelo de utilidad*: En cuanto al modelo de utilidad, la conducta típica debe recaer sobre el objeto amparado por el modelo de utilidad. En la discusión doctrinal se ha debatido mucho sobre la necesidad de dar protección penal a los modelos de utilidad, o dejar mejor esa protección al Derecho administrativo o civil[167]. Pero con independencia de esas consideraciones de *lege ferenda*, el hecho es que de *lege lata* el tipo penal abarca también las conductas lesivas que recaen sobre productos amparados por un modelo de utilidad. De mayor importancia para la interpretación del tipo penal resulta la cuestión de si, en efecto, como lo establece el artículo 222 literal b) del Código penal, el producto se encuentra amparado por un modelo de utilidad. Si analizamos el artículo 97 de la LPI podremos apreciar que el modelo de utilidad no recae sobre el objeto o producto, sino sobre una nueva forma, configuración o disposición de elementos del objeto o de una parte del mismo. En este sentido, resulta incorrecto hablar de un producto amparado por un modelo de utilidad, sino de un producto cuya forma, configuración o disposición de elementos se encuentre amparado por un modelo de utilidad[168].
- *Diseño industrial*: Lo anteriormente dicho sobre la protección penal del modelo de utilidad, resulta igualmente relevante para el diseño industrial recogido como objeto del delito en el artículo 222 literal c) del Código penal. En efecto, mientras que en el plano político-criminal resulta cuestionable su protección penal, hay que destacar que el producto como tal no se encuentra amparado por el diseño industrial, sino, más bien, ciertas características estéticas del producto[169]. En cualquier caso, la interpretación del tipo penal debe hacerse de manera restrictiva, de manera que sólo se castigue los casos de reproducción evidente de los elementos novedosos del diseño industrial y no, por tanto,

---

(167) Vid., así, SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 344.

(168) Vid., en este sentido, PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 123.

(169) En la misma línea, PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 124.

los actos de "mera inspiración", muy usuales en el mundo de la moda, por ejemplo[170].

- *Obtención vegetal*: El artículo 222 literal d) del Código penal recoge como objeto del delito contra la propiedad industrial las obtenciones vegetales. La protección penal abarca además su material de reproducción, propagación o multiplicación. Al igual que el resto de derechos industriales se requiere, en atención al principio de territorialidad de la protección, que las obtenciones hayan sido registradas en el Perú. De esta manera, puede constatarse la progresiva ampliación de la biotecnología como generadora de derechos de propiedad industrial, alcanzando incluso, como es de ver aquí respecto de las obtenciones vegetales, protección jurídico-penal[171].
- *Esquema de trazado*: El desarrollo tecnológico ha ampliado el marco de las invenciones amparadas por derechos de propiedad industrial no sólo en el ámbito de la biotecnología, sino que esta ampliación se ha dado también en el ámbito de la microelectrónica[172]. La protección de los esquemas de trazado se ha hecho efectiva también en el campo penal, como lo pone de manifiesto el artículo 222 literal e) del Código penal que castiga la realización de las conductas típicas que recaigan sobre un esquema de trazado registrado en el país (topografía)[173]. La protección penal no se queda sólo en el esquema de trazado, sino

---

(170) Vid., sobre esto, MASCAREÑAS, *Los delitos*, p. 157; SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 366.

(171) En la regulación española se critica precisamente que el nuevo Código penal no haya incorporado expresamente las obtenciones vegetales como objeto del delito. Vid., así, JORGE BARREIRO, en *Comentarios*, Rodríguez Mourullo (dir.), p. 787. En el Derecho penal alemán, sí se encuentran castigados penalmente, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 13, n.m. 609.

(172) Vid., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 43; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, PE, p. 434; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 13, n.m. 608.

(173) Esta regulación penal estimaba necesaria ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 375 y s.

que incluye además los circuitos semiconductores que incorporen dicho esquema de trazado, así como los artículos que incorporen tal circuito conductor.

bbb) Signos distintivos

En cuanto a los signos distintivos, la protección penal alcanza solamente a las marcas[174]. No obstante, la falta de incriminación de los otros signos distintivos no debe llevar a la conclusión de que el uso indebido de estos signos distintivos quede impune. Por ejemplo, el uso indebido de un nombre comercial ajeno podría configurar el tipo penal de competencia desleal en su modalidad de aprovechamiento de reputación ajena. Por su parte, el uso no autorizado de un lema comercial podría dar lugar, bajo ciertas circunstancias, a un delito contra los derechos de autor. Finalmente, el uso indebido de una denominación de origen podría configurar un delito de competencia desleal o contra los consumidores (publicidad engañosa). Incluso si no resultase posible imponer una sanción penal, queda intacta la vía en el ámbito administrativo, en donde puede emprenderse una acción por infracción de los derechos de propiedad industrial con la finalidad de fundamentar la imposición de una sanción administrativa.

- *Las marcas*: El artículo 222 literal f) del Código penal parte de distinción de la marca en función del objeto sobre el que recaen. En efecto, el tipo penal establece que la conducta delictiva puede recaer tanto sobre un producto (la llamada marca de producto), como sobre un servicio (la llamada marca de servicio)[175]. No existen mayores dudas para la incriminación del uso indebido de estas dos formas de marca. Por el contrario, serias dificultades encuentra la posibilidad de castigar penalmente el uso indebido

---

[174] No aprecian la razón de esta restricción, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 377; REYNA ALFARO, *Manual*, p. 454.

[175] Vid., con mayor detalle, BAYLOS CORROZA, *Tratado*, p. 809. En nuestro país, PAZOS HAYASHIDA, en *Cuadernos Jurisprudenciales*, 20, febrero de 2003, p. 13 y s. La protección penal de ambas formas de marcas la destacaba ya en la anterior regulación penal, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 377.

de las marcas colectivas y de certificación. Para poder decidir esta cuestión, hay que tener en consideración que la propia sistemática de la LPI, a la que el tipo penal se remite, hace la distinción entre las marcas de productos y de servicios, por un lado, y las marcas colectivas y de certificación, por el otro. En este sentido, una interpretación sistemática podría llevar a la conclusión de que el literal f) del artículo 222 del Código penal no incluye las marcas colectivas y de certificación[176]. No obstante, el uso indebido de estas marcas podría dar lugar a otros tipos penales, como sería el caso de un delito de competencia desleal (actos de explotación de la reputación ajena), así como de un delito de publicidad engañosa.

La conducta constitutiva de la infracción penal se sustenta en el hecho de que la marca no registrada utilizada en el producto deba ser idéntica o similar a otra registrada en el Perú[177]. A partir de esta característica del tipo penal, en la doctrina penal se han manejado distintas formas de afectación del derecho de uso exclusivo de una marca[178]. En primer lugar, se encuentran los actos de falsificación, en los que se reproduce exactamente una marca registrada[179]. En segundo lugar, están los llamados actos de usurpación, en los que sólo se reproduce elementos esenciales de la marca[180]. Finalmente,

---

(176) De otro parecer en el Derecho penal español, ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 210 y s. En el Derecho penal alemán, la situación es mucho más clara pues la normativa penal las considera expresamente (Vid., así, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 13, n.m. 597; KOUKER, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), XI 3, n.m. 52).

(177) Igualmente, en el Derecho penal alemán, HELLMAN/BECKEMPER, *Wirtschaftsstrafrecht*, n.m. 569.

(178) Vid., por todos, SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 317 y ss.; LA MISMA, en *Estudios*, Del Rosal Blasco (ed.), p. 236.

(179) Vid., ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 228.

(180) Así, en el Derecho penal argentino se habla de falsificación parcial, Vid., al respecto, TRABALLINI DE AZCONA, en *Derecho penal económico*, Balcarce (dir.), p. 383. En la actual regulación penal española se habla de "modificación de signos distintivos" que, conforme a ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*,

cabe mencionar los supuestos de imitación, los cuales tienen lugar cuando, sin falsificar o usurpar una marca registrada, se guarda un parecido o semejanza entre las marcas capaz de generar confusión en los consumidores. Por el contrario, la vulneración de los derechos de exclusiva del titular de una marca por medio de una importación paralela no puede subsumirse en el contexto expuesto de la conducta típica(181), pues la importación recae en productos auténticos. En estos casos, la marca utilizada en el producto no ha sido afectada en lo absoluto por una reproducción, alteración o imitación.

En cuanto al supuesto de falsificación de marca no hay mayores problemas de demostración, pues una simple comparación visual permite afirmar la realización del tipo penal. Sin embargo, se discute si cabe castigar la sola falsificación de una marca independientemente de si resulta idónea para inducir en error al consumidor, esto es, si procede castigar penalmente una falsificación de marca completamente manifiesta(182). Si se entiende que la protección penal de la marca se sustenta únicamente en la función de identificación del producto, no podrá afirmarse la relevancia penal de la falsificación que no induce a error(183). Sin embargo, somos del parecer de que la expectativa de conducta protegida por el tipo penal no es el interés del consumidor, sino el derecho de uso exclusivo de una marca, lo cual se afecta tanto si la falsificación es idónea o no para confundir al consumidor(184). Por esta razón, entendemos que en los actos de

---

p. 238, se refiere a la alteración más o menos pequeña, pero en términos suficientes para generar riesgo de confusión.

(181) Situación distinta en la nueva configuración del tipo penal en el Derecho español, como lo pone de manifiesto, con consideraciones críticas, ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 250 y ss.

(182) Así, entiende que no se configura delito contra la propiedad industrial, SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 332 y s.

(183) En este sentido, SEGURA GARCÍA, en *Estudios*, Del Rosal Blasco (ed.), p. 240 y s.

(184) En esta línea parece ir la argumentación de BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGUESSE, *Derecho penal económico*, p. 471. En otra interpretación, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Introducción a las marcas*, p. 88, quien afirma en los casos de doble identidad una presunción *iuris et de iure* del riesgo de confusión. En

falsificación de la marca el riesgo de confusión de los consumidores no es un elemento constitutivo de la infracción penal[185].

La situación adquiere contornos particulares en el caso de actos de usurpación y de imitación, pues aquí no existe el uso de una marca registrada, sino de una marca similar o parecida a una marca registrada[186]. En nuestro país, se presentó, por ejemplo, el caso de la fabricación de gorros con la marca "lew's", los cuales generaban riesgo de confusión con la marca "levis"[187]. En estos casos, el riesgo de confusión por parte del público consumidor resulta constitutivo de la infracción penal[188], centrándose la discusión, por tanto, en cuál es el criterio para precisar la confundibilidad de las marcas[189].

---

el ámbito penal, mantiene la necesidad de una confundibilidad también en casos de doble identidad, ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 255 y ss.

(185) Así, GUINARTE CABANA, en *Comentarios*, en Vives Antón (coord.), p. 1343; SCHULZ, *Das deutsche Markenstrafrecht*, p. 59; SACK, *WPR* 1998, p. 1127. De otro parecer, MORENO Y BRAVO, *Delitos*, p. 61; JORGE BARREIRO, en *Comentarios*, Rodríguez Mourullo (dir.), p. 792.

(186) Sobre la protección de confusión, SCHULZ, *Das deutsche Markenstrafrecht*, p. 63 y ss.

(187) Vid., Sentencia de la Corte Superior de Lima Exp. 1504-97 de 14 de octubre de 1997.

(188) Vid., de manera general, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 48 y s.; SCHULZ, *Das deutsche Markenstrafrecht*, p. 63 y s. Como lo indica ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 148, se trata de un riesgo de confusión abstracto, de manera tal que no es necesario demostrar una concreta situación de confusión en el consumidor. La aceptación del requisito de la confundibilidad no debe llevar a la conclusión de que los delitos contra la propiedad industrial protegen además los intereses de los consumidores, pues, como lo precisa GIMBERNAT ORDEIG, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 1426, la confundibilidad es un concepto objetivo independiente de si el consumidor resulta confundido o no. Igualmente respecto de las marcas, PAREDES CASTAÑÓN, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 1651.

(189) Si bien en las exposiciones especializadas la confundibilidad de las marcas se amplía a la llamada confundibilidad mediata (se diferencia las marcas, pero se asume que provienen de un mismo empresa productora) e incluso a la llamada confundibilidad en sentido amplio (se diferencia las marcas y las empresas, pero se asume que se trata de un mismo grupo económico o empresas en coope-

Por un lado, hay que precisar que la comparación se debe limitar a las marcas tal y como han sido registradas (comparación de signos, productos, semejanza gráfica, conceptual, fonética), sin interesar la forma cómo de hecho se explotan[190]. En segundo lugar, es necesario establecer un criterio para medir el riesgo de confusión que producen las semejanzas entre las marcas comparadas. En el ámbito administrativo se maneja el criterio del consumidor medio, según el cual se trata de una persona que no destaca por sus particulares conocimientos, ni tampoco por ser especialmente ignorante (artículo 131 literal b de la LPI)[191]. El interrogante que se plantea es si en el ámbito penal debe mantenerse este criterio o si, por la especial gravedad del ilícito penal, debe seguirse un criterio más estricto como el llamado consumidor razonable, según el cual se considera al consumidor como medianamente informado y razonablemente atento y perspicaz[192]. Por nuestra parte, consideramos que la línea correcta es, efectivamente, determinar la confundibilidad en el ámbito penal a partir de un criterio más estricto, es decir, del criterio del consumidor razonable. Este criterio específico de delimitación del ilícito penal y administrativo no será más que un desarrollo específico del criterio general de la mayor gravedad del ilícito penal.

De suma importancia es determinar si, además del riesgo de confusión, se castiga el riesgo de asociación; es decir, si se sanciona penalmente no sólo los casos en los que exista identidad o similitud entre los productos o servicios identificados con la marca, sino también los casos en los que sólo exista identidad o similitud entre las

---

ración), parece difícil que la protección penal pueda admitir una interpretación tan extensiva de la confundibilidad. Sobre estos grados de confundibilidad, Vid., KOUKER, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), XI 3, n.m. 32 y s.

(190) Vid., así, BACIGALUPO ZAPATER, *RECPC* 03-07 (2001), 9 y s.; ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 272.

(191) Sobre la idea del consumidor promedio, Vid., FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado*, p. 194 y ss. Sobre su aplicación también en el ámbito penal ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 256.

(192) Así, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 381.

marcas sin importar si los productos o servicios identificados con la marca son similares[193]. En el Derecho industrial la protección jurídica de la marca exige el cumplimiento del llamado principio de especialidad[194]. Conforme a este principio, la protección de la marca no se lleva a cabo en relación con cualquier bien o servicio, sino solamente con aquéllos que son del mismo tipo que el que usa la marca registrada. En este sentido, no basta con que la marca utilizada indebidamente se encuentre registrada, sino que es necesario que los productos o servicios sean iguales o similares a los que se encuentran revestidos de la marca registrada. Esta regla general cambia, sin embargo, para las llamadas marcas renombradas, pues en estos casos también el uso de la marca para productos o servicios de otra variedad puede perjudicar su fuerza distintiva y potencia publicitaria (riesgo de asociación)[195]. Por esta razón, el artículo 187 de la LPI le otorga una protección especial a las marcas renombradas que impide el uso de esta marca (su reproducción, imitación, traducción, transliteración o trascripción total o parcial) incluso para otros productos o servicios.

A partir del reconocimiento legal de las marcas renombradas, se podría sostener que la conducta típica del artículo 222 literal f) se configura sin el presupuesto de la especialidad cuando nos encontramos con marcas renombradas[196]. Sin embargo, esta conclusión

---

(193) Cabe, sin embargo, resolver esta discusión asumiendo, como lo hace ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 151 y s., que el riesgo de asociación no es un concepto alternativo, sino un riesgo de confusión indirecto, lo que produciría el mismo efecto práctico: ampliar la protección a los casos de asociación con la marca registrada.

(194) O también conocido como doble identidad, Vid., así, SCHULZ, *Das deutsche Markenstrafrecht*, p. 59. Sobre este principio, PACÓN, *Derecho* 47 (1993), p. 308 y s.; ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 153.

(195) Vid., con mayor detalle, FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado*, p. 307 y ss.; PACÓN, *Derecho* 47 (1993), p. 323 y ss.; AREÁN LALÍN, en *Los retos*, p. 186 y ss.; ARANA COURREJOLLES, *Gaceta Jurídica*, edición especial: Propiedad industrial, p. 14 y s.

(196) Por el contrario, sobre el requisito de la especialidad en la legislación penal argentina, TRABALLINI DE AZCONA, en *Derecho penal económico*, Balcarce (dir.), p. 383.

no es compartida por aquéllos que entienden que "el fundamento de la quiebra del principio de especialidad no es tanto la existencia de un riesgo real de confusión –ya que pueden preverse medidas para evitarlo–, sino el intento del tercero de aprovecharse de la fama y reputación condensada en el signo renombrado"[197], por lo que el uso de una marca renombrada no debería constituir un delito contra la propiedad industrial, sino, más bien, un acto de competencia desleal en su modalidad de explotación de la reputación industrial o comercial de otro[198]. Pero a este parecer cabe objetarle que el bien jurídico penalmente protegido no es la correcta información de los consumidores, sino el derecho de uso exclusivo de una marca, lo cual en el caso de las marcas renombradas no se encuentra limitada por el principio de especialidad. Por otra parte, la propia redacción del tipo penal no exige adicionalmente una similitud entre los productos o servicios[199]. En este sentido, consideramos que también en el caso de uso indebido de marcas renombradas resulta posible afirmar la realización de un delito contra la propiedad industrial.

Conviene finalmente señalar que la exigencia de que la marca utilizada se encuentre registrada por otro excluye la posibilidad de incluir en el tipo penal los supuestos de uso indebido de marca que goza de protección jurídica, pero que no se encuentra registrada. En primer lugar, cabe hacer mención a los casos de uso de una marca que aún no se ha registrado, pero cuyo registro ya ha sido solicitado por un tercero. Según el artículo 6 de la LPI el día y la hora de solicitud de registro genera un derecho de prelación en el derecho de propiedad industrial. No obstante, el tipo penal ha limitado la protección a la marca registrada, no siendo posible, aunque puede con-

---

(197) CASADO CERVIÑO, en *Propiedad Industrial*, p. 336.

(198) Vid., el uso de marca renombrada como aprovechamiento de la reputación de otro, FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado*, p. 327 y ss.; LEMA DEVESA/GÓMEZ MONTERO, en *Propiedad industrial*, p. 69 y s.

(199) A diferencia de la regulación penal española [Vid., SEGURA GARCÍA, en *Estudios*, Del Rosal Blasco (ed.), p. 239; ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 272 y ss.], en donde se establece que el signo distintivo se use para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos.

siderarse justa, la ampliación a supuestos no considerados expresamente por el legislador penal[200]. La misma limitación se presenta para el caso de las marcas notoriamente conocidas, en las que el derecho de uso exclusivo sobre una marca de bienes o servicios surge por el uso y no por el registro. Aun cuando el artículo 186 de la LPI otorga protección a estas marcas, la sanción penal no podrá alcanzar estos supuestos, pues si pretendemos castigar el uso de una marca protegida pero no registrada, estaríamos yendo más allá del tenor de la ley e infringiendo, por tanto, el principio de legalidad[201]. No obstante, cabe señalar que estos supuestos pueden ser abarcados por otros tipos penales como el delito de estafa[202] y el tipo penal del delito de competencia desleal. En este último caso, concretamente, por la modalidad de explotación de reputación ajena, en la medida en que el uso de una marca no registrada, pero usada por otro, implique una imitación que asocie el producto con el prestigio de ese otro y se obtenga así un beneficio injustificado de la reputación ajena[203].

c. Tipo subjetivo

El delito del artículo 222 del Código penal se castiga a título de dolo. En este sentido, se necesita imputar al autor el conocimiento de

---

(200) Igualmente en el Derecho penal español, SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 191; LA MISMA, en *Estudios*, Del Rosal Blasco (ed.), p. 233.

(201) En el mismo sentido, en la regulación anterior, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 378; REYNA ALFARO, *Manual*, p. 454. Igualmente en el Derecho penal español, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGUESSE, *Derecho penal económico*, p. 472; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 47; MORENO Y BRAVO, *Delitos*, p. 58 y ss.; VALLE MUÑIZ, en *Comentarios*, Quintero Olivares (dir.), p. 1264; JAÉN VALLEJO, *Cuestiones actuales*, p. 146 y s.; CASTIÑEIRA PALAU, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Silva Sánchez (dir.), p. 279; BACIGALUPO ZAPATER, RECPC 03-07 (2001), p. 8; ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 208 y s.

(202) Vid., en este sentido, JAÉN VALLEJO, *Cuestiones actuales*, p. 147.

(203) Vid., así, en el ámbito administrativo, LEMA DEVESA/GÓMEZ MONTERO, en *Propiedad Industrial*, p. 60 y s.; SEGURA GARCÍA, en *Estudios*, Del Rosal Blasco (ed.), p. 233.

haber almacenado, fabricado, utilizado con fines comerciales, ofertado, distribuido, vendido, importado y exportado *ilegalmente* productos amparados por derechos de propiedad industrial obtenidos o registrados en el país. Como puede verse, el conocimiento del autor no debe limitarse a cuestiones de percepción sensorial, sino que incluye cuestiones de valoración: concretamente, el conocimiento de que se están violando las normas y los derechos de propiedad industrial. La cuestión que debe aquí despejarse es si cabe exigirle o no al autor un conocimiento efectivo de los dispositivos legales sobre propiedad industrial, así como una exacta apreciación de su infracción.

Algunos autores entienden que la exigencia de un conocimiento de la normativa administrativa resulta desproporcionada, por lo que proponen, más bien, requerir del autor solamente el conocimiento del sentido social u ordinario de estos elementos normativos(204). Por nuestra parte, coincidimos con este parecer, en la medida que el conocimiento del autor no debe abarcar los criterios de concreción del elemento típico "ilegalidad extra-penal de la conducta", sino que estos criterios sirven únicamente al juez. El dolo del autor solamente debe estar referido a saber sobre la ilegalidad general de su conducta. No obstante, hay que precisar que, en nuestra opinión, la determinación de este conocimiento no debe hacerse como hecho psicológico verificable, sino como imputación de conocimiento que hace el juez penal a partir de las competencias de conocimiento del autor y para lo que tiene en consideración las circunstancias personales del autor(205). En este sentido, habrá que precisar, por ejemplo, si estamos ante una empresa que lleva varios años trabajando en el sector, de manera tal que debe conocer, por ejemplo, los requisitos para ser titular de su marca, o si nos referimos a un sujeto individual que emprende por primera vez actividades industriales. Datos como éstos son importantes a efectos de la imputación que el juez debe hacer al autor para fundamentar el conocimiento de que su conducta infringía la normativa sobre propiedad industrial.

---

(204) Vid., así, PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 266 y s.; SCHULZ, *Das deutsche Markenstrafrecht*, p. 114 y s.

(205) Vid., GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, T. I, p. 483 y ss.

Especialmente difícil se presenta la imputación de conocimiento del registro de los elementos de la propiedad industrial (diseño industrial, certificado de obtención vegetal, esquema de trazado y marca). En opinión de algunos autores, hubiese sido mejor no exigir tal conocimiento específico, siendo suficiente que el autor sepa que existe un derecho de monopolio por parte de un tercero[206]. A pesar de estas opiniones, el hecho es que la imposición de la sanción penal requiere necesariamente, por el tenor del tipo penal, el conocimiento del registro del elemento de propiedad industrial explotado indebidamente, en la medida que el conocimiento del dolo debe abarcar los elementos objetivos del tipo penal. Hay que recordar, sin embargo, que el conocimiento del dolo no es un dato psicológico que deba inferirse a partir de hechos externos, sino que se trata de una imputación que el ordenamiento jurídico penal hace a la subjetividad del autor. En este sentido, adquiere especial relevancia el artículo 7 de la LPI, el cual establece que todos deben conocer el contenido de los registros de propiedad industrial[207]. Algunos autores se han mostrado contrarios a que el solo deber de conocer los registros fundamente el conocimiento efectivo necesario para la imputación penal, de manera que el mismo tendrá que, aun con todo, probarse en el caso concreto[208]. Por nuestra parte, consideramos que el conocimiento de los registros, en lo que respecta a la titularidad de derechos de propiedad industrial, es un conocimiento mínimo que se imputa a las personas que realizan actividades de comercialización de bienes o servicios, pues admitir lo contrario fomentaría no sólo la indiferencia, sino que haría perder el sentido jurídico

---

(206) En esta línea, PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 259.

(207) A partir de esta presunción *iuris et de iure*, DÍAZ VELASCO, en *Estudios*, p. 700, sostenía que el ánimo doloso estaba presunto desde el momento de la publicación oficial del registro de la marca. Actualmente señala como insostenible la validez de tal presunción en el Derecho penal, TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, p. 157; SEGURA GARCÍA, en *Estudios*, Del Rosal Blasco (ed.), p. 246.

(208) Vid., así, BAJO FERNÁNDEZ, *Actividad empresarial*, p. 262 y s.; BENÉYTEZ MERINO, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), pp. 417, 426.

de los registros públicos[209]. Solamente en caso que el desconocimiento de los registros se deba a factores que desde las circunstancias del autor resultan atendibles, podría negarse la existencia del dolo, como, por ejemplo, cuando un abogado de empresa que no está especializado en temas de propiedad industrial, le dice al empresario que puede utilizar una marca no registrada sin ningún problema, confiando éste en que el abogado, por el hecho de serlo, constituye una opinión confiable en cualquier campo jurídico.

En la doctrina penal se ha discutido si el tipo penal subjetivo del delito contra la propiedad industrial admite la punición del dolo eventual. En cuanto al tenor literal del artículo 222 del Código penal parece claro que no existe ningún impedimento legal para negar esta punición, en la medida que no se aprecia ninguna exigencia típica que limite la conducta típica a los casos de dolo directo. La discusión se traslada, por ello, al ámbito político-criminal, en el sentido de si resulta necesario, en atención al principio de mínima intervención del Derecho penal, proceder al castigo de los supuestos de dolo eventual. Por nuestra parte, estimamos que la realización del delito contra la propiedad industrial del artículo 222 del Código penal debe castigarse también a título dolo eventual[210], pues sólo a partir de esta perspectiva podría castigarse, por ejemplo, los casos de indiferencia del autor. Negar el castigo en estos casos sería limitar considerablemente el ámbito de lo punible, ya que la dificultad de determinación del elemento volitivo favorecería la impunidad en varios supuestos[211].

---

[209] De alguna forma así se ha actuado en la jurisprudencia penal española, tal como lo informa JAÉN VALLEJO, *Cuestiones actuales*, p. 143.

[210] A favor de la incriminación del dolo eventual en los delitos contra la propiedad industrial en el Derecho español, PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 264; SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 387 y s.; ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 293. En el Derecho penal alemán, sostiene el mismo parecer MÖLLER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 15, n.m. 21. En la anterior regulación nacional admitía esta forma de dolo en algunos supuestos, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 388 y s.

[211] Vid., similarmente, SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 389 y s.

Si el autor ha actuado además con la finalidad concreta de afectar los derechos de propiedad industrial, será una cuestión que podrá tener relevancia en la individualización de la pena, pero no en la configuración del dolo típico.

Además del dolo, se ha discutido si resulta necesario exigir, como elemento subjetivo especial, una finalidad lucrativa del autor. En efecto, en la medida que penalmente no se castiga el uso privado de un elemento de la propiedad industrial, se plantea la cuestión de si esta característica de la regulación penal debe llevar a la exigencia adicional de una finalidad de lucro del autor. En nuestra opinión, no se requiere de tal elemento especial para la configuración de la conducta típica. La conducta penalmente relevante se coloca, como ya lo vimos, en el contexto de un curso fáctico dirigido a la comercialización de productos amparados por derechos de propiedad industrial, de manera tal que este conocimiento situacional de la conducta típica formará parte ya del dolo[212]. En este sentido, exigir una finalidad concreta de lucro en el autor constituiría un requerimiento excesivo que no se encuentra justificado por los elementos constitutivos de la conducta típica[213]. Basta solamente con que el autor conozca que su actuación afecta derechos industriales jurídicamente reconocidos en el marco de la explotación comercial de los mismos, para que la parte subjetiva del injusto se encuentre plenamente configurada.

---

(212) Vid., en este sentido, SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 375; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 390 y s. Por ello, algunos autores BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGUESSE, *Derecho penal económico*, p. 465; TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, p. 161, consideran que el fin de comercialización es un tema de tipo objetivo.

(213) Por su parte SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 378; MORENO Y BRAVO, *Delitos*, p. 55, señalan que la exigencia de un ánimo de lucro no agregaría ningún elemento subjetivo adicional al injusto. De un parecer distinto, PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 269, nota 60, quien entiende que razones de fragmentariedad aconsejarían limitar el injusto penal a los casos de ánimo de lucro.

d. Supuestos específicos de atipicidad y justificación

aa) La vigencia de la patente y la marca

La protección de la patente o la marca sólo opera mientras dure el plazo de vigencia o ésta no haya caducado[214]. En cuanto a la caducidad, se discute si la misma tiene lugar desde el momento en que tuvieron lugar las causales previstas en la ley o sólo cuando existe una declaración de la autoridad competente. En la medida que tanto en la regulación legal de la patente como de la marca no se exige la declaración de caducidad, puede concluirse que la conducta que recae sobre una patente o una marca que se encuentra sujeta a una causal de caducidad, no será penalmente relevante, aun cuando la autoridad administrativa competente al momento del hecho no haya declarado expresamente la caducidad de los derechos de propiedad industrial[215]. No obstante, la declaración de caducidad será una cuestión prejudicial que deberá plantearse en el proceso penal a efectos de evitar la prosecución del mismo[216].

Especialmente problemáticos se presentan los casos de falta de uso de la propiedad industrial. Para resolver esta cuestión conviene diferenciar los diversos elementos de la propiedad industrial. En el caso de las patentes de invención, la falta de uso no implica la pérdida

---

[214] Así, BAJO FERNÁNDEZ, *Actividad empresarial*, p. 257; EL MISMO/BACIGALUPO SAGUESSE, *Derecho penal económico*, p. 457; HELLMAN/BECKEMPER, *Wirtschaftsstrafrecht*, n.m. 545. Igualmente, referido a la marca, BENÉYTEZ MERINO, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 423.

[215] Vid., igualmente, SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 381 [aunque luego cambia de opinión, en *Estudios*, Del Rosal Blasco (ed.), p. 234]; ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 215. De otro parecer, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 38.

[216] Vid., así, SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 382. No obstante, algunos autores como BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGUESSE, *Derecho penal económico*, p. 456; ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 215 y ss., consideran que la cuestión de la caducidad debe ser resuelta por el juez penal aplicando la normativa de propiedad industrial.

del derecho, sino que genera la posibilidad de otorgar licencias obligatorias a terceros (artículo 75 de la LPI)[217]. Por consiguiente, el uso no licenciado de la invención tendrá que castigarse penalmente, aun cuando el titular de la patente no la haya explotado. La situación cambia, sin embargo, en el caso de las marcas, pues el no uso de la marca en los tres años precedentes significa entrar en un supuesto de cancelación del registro de la marca, tal como lo establece el artículo 172 de la LPI. Incluso en este mismo dispositivo legal se autoriza a que el que usa indebidamente la marca pueda defenderse de la acción por infracción, solicitando la cancelación de la marca no usada y su preferencia en el registro[218]. Si esta solución repercute en el ámbito penal es una cuestión que debe responderse teniendo en cuenta que el tipo penal del artículo 222 del Código penal se remite a la normativa administrativa para la configuración de la conducta típica. En este sentido, el uso no autorizado de una marca que no ha sido utilizada en los tres años siguientes a su registro no podrá castigarse penalmente[219], pues lo contrario implicaría entrar en contradicciones con la normativa administrativa que no sanciona este supuesto.

bb) Nulidad del registro

Un tema discutible se presenta cuando se ha violado un derecho de propiedad industrial cuyo registro se declara posteriormente nulo[220]. Se plantea concretamente la cuestión de si se mantiene la responsabilidad penal de quien ha violado ese derecho industrial.

---

(217) Vid., PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 36.

(218) Vid., así, ARANA COURREJOLLES, *Thémis* 36, p. 196.

(219) Como causa de justificación, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 13, n.m. 599. De parecer distinto, SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, pp. 192, 381, nota 198.

(220) En la doctrina penal se sostiene que la declaratoria de nulidad es una cuestión prejudicial que debe resolverse previamente. Así, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGUESSE, *Derecho penal económico*, p. 456. Matizando en función de si se trata de una nulidad absoluta o relativa, ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 220 y s.

Si entendemos que lo protegido por los delitos contra la propiedad industrial es el respeto al contenido formal de los registros, entonces la nulidad del registro no debería afectar la responsabilidad penal[221]. No obstante, ya hemos precisado que lo que se protege en sede penal es el derecho de exclusividad en el uso de un bien industrial, de manera tal que para la realización del tipo penal no basta sólo con ir en contra de lo establecido en los registros de propiedad industrial, sino que hay que afectar derechos existentes. Esta afirmación, sin embargo, no debe llevar a la conclusión de que en los casos de nulidad del registro no exista responsabilidad penal[222]. Para decidir si la responsabilidad penal persiste en caso de un registro nulo hay que precisar si la causal de nulidad se debe a una causal material o únicamente a un defecto procedimental.

Si el defecto es puramente procedimental (por ejemplo, el incumplimiento de los requisitos formales de la solicitud de inscripción), la responsabilidad penal deberá, pese a todo, mantenerse, pues las condiciones materiales para el reconocimiento del derecho industrial están aún presentes. Por contra, en caso que el registro esté sujeto a una causa de nulidad material, esa inexistencia del derecho no permitirá afirmar la realización del tipo penal, aunque debe señalarse que tal situación no lleva necesariamente a una completa impunidad. En primer lugar, puede que la nulidad del registro afecte la propiedad del titular del registro, pero no niegue la propiedad industrial de un tercero con mejor derecho, de manera tal que el error sobre la identidad del titular no tendría que afectar la responsabilidad penal[223]. Pero aun cuando no haya un posible titular del

---

[221] Así en cuanto a la conclusión SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 347; ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 220.

[222] Así, sin embargo, BAJO FERNÁNDEZ, *Actividad empresarial*, p. 255; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 38; VALLE MUÑIZ, en *Comentarios*, Quintero Olivares (dir.), p. 1259; PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 977; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 369; MORENO Y BRAVO, *Delitos*, p. 53; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 13, n.m. 585; KOUKER, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), XI 2, n.m. 20.

[223] Vid., en este sentido, PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 116 y s. Similarmente en cuanto a la conclusión, ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 223.

derecho industrial, tampoco puede hablarse de una impunidad absoluta, pues cabe discutir la presencia de una tentativa inidónea si el autor creía que violaba típicamente los derechos de una patente de invención[224]. Si bien en nuestra legislación penal el delito imposible es impune, esta impunidad debe alcanzar sólo a la tentativa absolutamente inidónea, pero no a la tentativa inidónea en el caso concreto, cuya punibilidad podría fundamentarse conforme al artículo 16 del Código penal[225].

La situación anterior se complica más cuando la nulidad del registro de la propiedad industrial resulta siendo posterior a una sentencia condenatoria por delito contra la propiedad industrial. En estos casos, si se sigue lo establecido en el artículo 11 literal a) de la LPI, tendría que mantenerse la sentencia condenatoria, pues conforme al tenor literal de este dispositivo no cabe aplicar retroactivamente la nulidad del registro en el caso de sentencias firmes y ejecutadas. Sin embargo, una interpretación más precisa de este dispositivo legal debería llevar a la conclusión de que el mismo no puede aplicarse tal cual en el Derecho penal, en la medida en que, como ya lo señalamos, el injusto penal no se basa en la desobediencia a los registros, sino en la lesión de los derechos de propiedad industrial. En consecuencia, la nulidad del registro de un derecho de propiedad industrial tendría que dar lugar a una revisión de la sentencia condenatoria que se encuentre ejecutándose y llevar consigo la liberación del condenado[226].

cc) El consentimiento del titular

La LPI otorga a los titulares de derechos de propiedad industrial la facultad de impedir que terceros realicen sin su consenti-

---

(224) Vid., PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 117.

(225) Niega la punibilidad de la tentativa inidónea, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 369.

(226) Así, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 368 y s. En el mismo sentido, respecto de la regulación española, BENÉYTEZ MERINO, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (ed.), pp. 413 y s., 424; MORENO Y BRAVO, *Delitos*, p. 53.

miento actos de explotación de los elementos de la propiedad industrial. En este sentido, los actos de explotación económica de un derecho industrial que cuenten con el consentimiento del titular no realizarán el tipo penal del artículo 222 del Código penal[227]. Se presenta discusión en la doctrina penal sobre los casos en los que el consentimiento del titular está viciado y esta situación es conocida por el autor. En términos jurídicos no habría un consentimiento, de manera que habría que considerar típico el aprovechamiento del elemento de la propiedad industrial[228]. No obstante, esta solución debe asumir un criterio diferenciador, pues el titular del derecho industrial es tan competente por el hecho como el que lo explota. Bajo esta consideración, solamente los casos de vicio del consentimiento provocados por el autor o no impedidos por éste estando obligado a hacerlo, podrán dar lugar a una conducta típica. El consentimiento conseguido mediante un engaño, por ejemplo, resulta plenamente imputable al autor y, por lo tanto, no puede eximirlo de responsabilidad penal.

En determinados supuestos especiales cabe usar el elemento de la propiedad industrial sin el consentimiento del titular, de manera tal que no se configurará un ilícito penal aun cuando el titular se oponga a su uso. Así, por ejemplo, el artículo 66 de la LPI establece que el titular de una patente de invención no podrá oponerse a los actos de explotación en los siguientes supuestos: a) cuando se trate de la importación del producto patentado que hubiere sido puesto en el comercio en cualquier país, con el consentimiento del titular, de un licenciatario o de cualquier otra persona autorizada para ello;

---

(227) Así, como causa de atipicidad, TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, p. 156; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 40; PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 251; SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad Industrial*, p. 385; LA MISMA, en *Estudios*, Del Rosal Blasco (ed.), p. 246; MORENO Y BRAVO, *Delitos*, p. 53; JORGE BARREIRO, en *Comentarios*, Rodríguez Mourullo (dir.), p. 789; SCHULZ, *Das deutsche Markenstrafrecht*, p. 55; ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 279. Por el contrario, lo considera como una causa de justificación, BAJO FERNÁNDEZ, *Actividad empresarial*, p. 259 y s.; SALAS LOZADA, *Thémis* 23, p. 114.

(228) Vid., así respecto de la marca, SCHULZ, *Das deutsche Markenstrafrecht*, p. 56.

b) cuando el uso tenga lugar en el ámbito privado y en escala no comercial; o c) cuando el uso tenga lugar con fines no lucrativos, a nivel experimental, académico o científico.

En el ámbito de la marca, existen también supuestos especiales en los que no se requiere el consentimiento del titular de la marca[229]. El artículo 170 de la LPI establece que "siempre que se haga de buena fe y no constituya uso a título de marca, los terceros podrán, sin consentimiento del titular de la marca registrada, utilizar en el mercado: su propio nombre, domicilio o seudónimo; el uso de un nombre geográfico; o de cualquier otra indicación cierta relativa a la especie, cantidad, destino, valor, lugar de origen o época de producción de sus productos o de la prestación de sus servicios u otras características de éstos; siempre que tal uso se limite a propósitos de identificación o de información y no sea capaz de inducir al público a error sobre la procedencia de los productos o servicios". Se indica además que "el registro de la marca no confiere a su titular el derecho de prohibir a un tercero usar la marca para anunciar, ofrecer en venta o indicar la existencia o disponibilidad de productos o servicios legítimamente marcados; o usar la marca para indicar la compatibilidad o adecuación de piezas de recambio o de accesorios utilizables con los productos de la marca registrada; siempre que tal uso sea de buena fe, se limite al propósito de información al público y no sea susceptible de inducirlo a error o confusión sobre el origen empresarial de los productos respectivos". Finalmente, el artículo 171 de la LPI señala que "el derecho conferido por el registro de la marca no concede a su titular la posibilidad de prohibir a un tercero la utilización de la misma, con relación a los productos marcados de dicho titular, su licenciatario o alguna otra persona autorizada para ello, que hubiesen sido vendidos o de otro modo introducidos lícitamente en el comercio nacional de cualquier país por éstos, siempre y cuando las características de los productos no hubiesen sido modificadas o alteradas durante su comercialización".

---

[229] Vid., así, ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 281.

dd) El licenciamiento para la explotación de la propiedad industrial

La LPI reconoce al titular de derechos de propiedad industrial la facultad de otorgar licencias de uso a terceras personas. Por esta razón, la comercialización de productos con base en estas licencias constituye una conducta atípica. Discutible se presenta, por el contrario, la posibilidad de considerar típico el incumplimiento de las condiciones pactadas de explotación de un elemento de la propiedad industrial por el que se otorga una licencia. Por nuestra parte, y en mérito al carácter fragmentario del Derecho penal, consideramos que, en principio, el incumplimiento de las condiciones pactadas en un licenciamiento para la explotación de un derecho de propiedad industrial debe constituir sólo una infracción contractual que habría que solventar por la vía de la responsabilidad civil, pero no un delito contra la propiedad industrial que requiera de la imposición de una sanción penal[230]. Hacer lo contrario significaría ampliar excesivamente el ámbito de lo punible. Tal como ya lo hemos indicado, solamente la infracción temporal de la licencia en cuanto a su duración puede alcanzar el mismo desvalor del ilícito penal, pues una vez transcurrido el plazo de vigencia de la licencia, la autorización concedida decae *ipso iure*[231].

Hay que tener presente, por otra parte, que las licencias pueden, en algunos casos, ser obligatorias, de manera tal que se otorgarán sin la voluntad de los titulares de la patente. Así son los casos, por ejemplo, de licencias obligatorias sobre determinadas patentes de invención por razones de interés público, emergencia o seguridad nacional, tal como lo establece el artículo 79 de la LPI. En estos casos, la utilización con fines industriales de la invención no generará responsabilidad penal, aun cuando no se cuente con la autorización del titular de la patente de invención[232]. Sin embargo, requisito necesario para la atipicidad de esta conducta será contar con la autorización de la autoridad administrativa correspondiente.

---

(230) Vid., así, PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 137 y ss.

(231) Vid., en este sentido, respecto de la marca FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado*, p. 450; ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 197 y s.

(232) En el mismo sentido, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 373.

e. Autoría y participación: el castigo de la participación

Las reglas de la autoría y participación contempladas en los artículos 23 y siguientes del Código penal resultan, en principio, aplicables a los delitos contra la propiedad industrial. Sin embargo, hay que recordar que ciertos actos preparatorios se encuentran incriminados ya como realización de la conducta típica del artículo 222 del Código penal. En este sentido, los actos preparatorios de la conducta propiamente lesiva de los derechos de propiedad industrial son elevados por el tipo penal a la categoría de actos de ejecución. Esta ampliación del ámbito de lo punible permitiría, con base en la reglas generales del artículo 24 y 25 del Código penal, castigar, a su vez, la participación en los actos preparatorios expresamente incriminados por el tipo penal, lo cual, por ejemplo, permitiría castigar al cooperador necesario o cómplice simple del sujeto que importa productos fabricados en contravención con la regulación de los derechos de propiedad industrial. Por nuestra parte, consideramos que esta ampliación del ámbito de lo punible no resulta de recibo, pues autoriza una criminalización de actos que va no sólo contra el criterio general de la impunidad de los actos preparatorios, sino contra principios elementales del sistema penal como el principio de lesividad, reconocido expresamente en el artículo IV del Título Preliminar del Código penal.

f. Penalidad y otras consecuencias jurídicas del delito

El artículo 222 del Código penal castiga las diversas conductas tipificados con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años, con sesenta a trescientos sesenta y cinco días multa e inhabilitación conforme al artículo 36 inciso 4) del Código penal, es decir, una inhabilitación para ejercer por cuenta propia o de tercero profesión, comercio, arte o industria, siempre y cuando el delito se haya cometido en el ejercicio de estas actividades[233]. Se trata de tres clases de penas que se aplican al autor de manera conjunta, de manera tal que el juez penal no podrá renunciar a alguna de ellas en el caso concreto. No obstante, en el marco de la labor de individualiza-

[233] Así, de manera categórica, PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 247.

ción de la pena, el juez podrá determinar el *quantum* de cada una de ellas a efectos de poder dar en conjunto una pena adecuada a la gravedad del delito. El propio artículo 222 establece como criterios para la determinación de la pena la gravedad del delito y los perjuicios ocasionados[234]. Estos criterios especiales de referencia no constituyen, sin embargo, un complemento de la regulación general de los criterios de determinación de la pena establecidos en el artículo 46 del Código penal. En este artículo se reconocen como criterios generales para la determinación de la pena la gravedad del hecho punible y la responsabilidad del autor, así como un conjunto de criterios específicos dentro de los cuales se encuentra la extensión del daño o peligro causados (artículo 46 inciso 4). Por ello, creemos que la única razón que explica la referencia expresa que el artículo 222 hace al criterio general de la gravedad del daño y al criterio específico de los perjuicios ocasionados, sería la preponderancia de estos aspectos a la hora de individualizar la pena. La labor de determinación judicial de la pena deberá atender especialmente a los criterios establecidos en el artículo 222 por encima de los otros criterios regulados en el artículo 46 del Código penal.

Junto con la pena, el delito de fabricación, almacenamiento, utilización o comercialización ilegal de productos sujetos a derechos de propiedad industrial, puede dar lugar a otras consecuencias jurídicas del delito, como son, por ejemplo, las consecuencias accesorias[235]. Si el delito es cometido en el ejercicio de las actividades de una persona jurídica, cabrá imponer también las consecuencias accesorias reconocidas en el artículo 104 y 105 del Código penal. En el artículo 104 se regula la posibilidad de decomisarle a la persona jurídica las ganancias obtenidas ilícitamente, en la medida que sean necesarias para cubrir la reparación civil. En el artículo 105 se reconoce todo un conjunto de medidas tendentes a hacer frente a la

---

(234) En la legislación penal española, la especial gravedad del hecho da lugar a una circunstancia agravante de la pena [Vid., PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 232 y ss.; BENÉYTEZ MERINO, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 427 y s.].

(235) Vid., así, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 394.

peligrosidad de la persona jurídica manifestada por la realización del delito. Condición necesaria para poder imponer estas medidas a las personas jurídicas sin limitar su derecho de defensa en el proceso penal, será que previamente el juez penal las constituya en parte pasiva de posibles consecuencias accesorias. Un aspecto a considerarse especialmente en la viabilidad de estas medidas sobre las personas jurídicas es la afectación que puede producirse sobre los intereses de los trabajadores.

Una mención especial merece la consecuencia accesoria del comiso de los efectos provenientes de la infracción penal y de los instrumentos con los que se hubiere ejecutado[236]. Esta consecuencia accesoria se encuentra regulada de manera general en el artículo 102 del Código penal, por lo que resulta aplicable a todos los delitos, incluidos los delitos contra la propiedad industrial. Sin embargo, el propio artículo 224 del Código penal establece específicamente esta medida con carácter cautelar para los delitos contra la propiedad industrial, autorizando al Juez a ordenar, previa solicitud del Ministerio Público, el allanamiento o descerraje del lugar donde se estuviera cometiendo delitos contra la propiedad industrial, así como, de ser el caso, la incautación de los ejemplares de procedencia ilícita y de los aparatos o medios utilizados para la comisión del delito. En este artículo se señala además que si en el proceso penal se emite sentencia condenatoria, los ejemplares de procedencia ilícita serán entregados al titular del derecho vulnerado o a alguna institución adecuada, pero bajo ningún concepto podrán restituirse al encausado, procediéndose, en cualquier caso, a su destrucción. No obstante, se presenta el problema de qué sucedería si un tercero no interviniente en la infracción adquiere de buena fe los objetos producidos en infracción del artículo 222 del Código penal; ¿podría pedir la restitución de estos objetos? Para poder dar respuesta a este interrogante, resulta necesario recurrir a la distinción entre objetos de lícito comercio y objetos de ilícito comercio. Solamente en caso de tratarse de objetos de lícito comercio podría impedirse el comiso de los objetos

[236] Vid., igualmente en el Derecho penal alemán, MÖLLER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 15, n.m. 27.

y su posterior destrucción. Sin embargo, surge la cuestión de si es posible que objetos que han sido obtenidos en violación de los derechos de propiedad industrial puedan constituir bienes de lícito comercio. La respuesta parece ser negativa, en la medida que condición para su incorporación al mercado es haber sido producidos o importados respetando los derechos de propiedad industrial correspondientes[237]. Por consiguiente, a los terceros de buena fe que han adquirido derechos sobre estos objetos, les quedará sólo el derecho de pedir la devolución del pago efectuado.

Además de las consecuencias accesorias, el juez debe establecer, como consecuencia jurídica del delito, la reparación civil que el condenado y el tercero civilmente responsable, de ser el caso, deberán abonar a los agraviados. La reparación civil engloba, tal como lo establece el artículo 93 del Código penal, dos aspectos: a) la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y b) la indemnización por daños y perjuicios, que incluye no sólo el daño emergente, sino también el lucro cesante. En lo que respecta concretamente a los delitos contra la propiedad industrial conviene hacer un par de precisiones. En primer lugar, que para determinar el lucro cesante hay que tener en consideración los criterios establecidos en el artículo 246 de la LPI[238]. En segundo lugar, que el propio artículo 224 del Código penal señala que la entrega de los ejemplares de procedencia ilícita al titular del derecho vulnerado no tiene carácter indemnizatorio,

---

[237] SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 400 y s., considera, sin embargo, que en el caso de productos obtenidos mediante el uso ilegal de invenciones patentadas, éstos son bienes de lícito comercio si se cuenta con el consentimiento del titular.

[238] El artículo 246 de la LPI establece que "la indemnización por daños y perjuicios compensará las pérdidas sufridas, así como el lucro cesante causado por la violación. La cuantía de las ganancias dejadas de obtener se fijará teniendo en cuenta, entre otros, los criterios siguientes: a) Los beneficios que el titular hubiese obtenido mediante el uso o explotación del derecho de no haberse producido la violación; b) Los beneficios obtenidos por el infractor como consecuencia de la violación; c) El precio que el infractor hubiese tenido que pagar al titular por la concesión de la licencia que le hubiese permitido llevar a cabo su utilización conforme a derecho.

de manera tal que no podrá ser entendida como parte de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. Sin embargo, respecto de los aparatos o medios utilizados para la comisión del delito no se dice nada al respecto, por lo que nada impediría que estos bienes sirvan para cubrir la reparación civil que el condenado deba pagar a los agraviados.

B. Fabricación, uso, distribución y comercialización ilegal de elementos que contienen marca registrada (artículo 223)

El artículo 223 del Código penal constituye un complemento de la protección penal del artículo 222 del mismo cuerpo legal en lo que respecta a las marcas. En efecto, si se analiza las diversas formas de aparición de los actos de falsificación de la marca de un producto, podrá apreciarse que la marca falsificada no siempre se encuentra incorporada en el producto, sino que la misma puede estar incorporada en los elementos que contienen el producto, esto es, en el envase o envoltorio del producto[239]. Puede incluso que el envase o envoltorio sean verdaderos, siendo falso, por el contrario, el producto contenido. En este sentido, el artículo 223 se encarga de castigar los actos de fabricación y comercialización de envoltorios o envases falsos, su utilización para engañar a los consumidores, así como la utilización de envases o envoltorios verdaderos en productos de origen distinto.

a. Sujetos

El sujeto activo del tipo penal contenido en el artículo 223 del Código penal puede ser cualquier persona, pues se trata de un delito común. Llama la atención, sin embargo, que la descripción del sujeto activo en este tipo penal no recurra a la formulación en tercera persona singular, sino que lo haga en plural. Esta particularidad podría llevar a sostener que este tipo penal no puede ser realizado por una sola persona, sino que se requiere de una pluralidad de personas (dos o más). Se trataría, por tanto, de un delito de convergencia.

---

[239] Vid., así, BAJO FERNÁNDEZ, *Actividad empresarial*, p. 274.

No obstante, desde una interpretación teleológica parecería ser que no existe razón alguna para hacer semejante diferenciación, pues el derecho de explotación exclusiva de una marca registrada se afecta igualmente con la falsificación de envases o envoltorios realizada por una persona o por varias. En este sentido, nos animaríamos a entender que, pese a la utilización de la palabra "quienes", el tipo penal del artículo 223 del Código penal puede ser realizado plenamente por una sola persona. En cuanto al sujeto pasivo del delito, podemos señalar que éste es el titular de la marca. La fabricación, uso, distribución y comercialización ilegal de elementos que contienen marca registrada afecta al derecho de uso exclusivo del titular de la marca registrada.

b. Acción típica

La conducta típica está compuesta por tres modalidades distintas de afectación del derecho de uso exclusivo de una marca. Si se atiende al tenor literal del artículo 223, podrá verse que estas tres modalidades de actuación se encuentran vinculadas copulativamente, lo que significaría que, para poder sancionar al autor, es necesario que este último realice las tres modalidades de acción. Sin embargo, un análisis más detallado nos lleva a un parecer distinto, ya que se trata de tres formas de actuación independientes que parten de supuestos completamente distintos. En este sentido, para la realización del tipo penal no será necesario que el autor ejecute las tres modalidades de actuación previstas por el tipo penal, sino que bastará con la ejecución de una sola de ellas. Estas modalidades de afectación del bien jurídico son las siguientes:

- *Fabricar, comercializar, distribuir o almacenar etiquetas, sellos o envases que contengan marcas registradas*: Con esta modalidad de actuación se incrimina, en general, todo el ciclo de producción y comercialización de elementos accesorios a un producto que contienen una marca registrada por otro. Esta incriminación, sin embargo, podría cuestionarse, en la medida que se trata de actos preparatorios que, como tales, no resultan punibles. En efecto, la sola reproducción de una marca no implica una afectación al derecho de uso exclusivo de su titular si no se enlaza a un

producto o servicio. No obstante, debe tenerse presente que se trata de actos de fabricación y comercialización de etiquetas, sellos y envases, cuya única finalidad lógica es servir a la identificación de un producto o servicio. En este sentido, la equivocidad del acto preparatorio se pierde en estos casos, de manera tal que resultará procedente su incriminación excepcional, a pesar de ser actos preparatorios.

- *Retirar o utilizar etiquetas, sellos o envases que contengan marcas originales para utilizarlos en productos de distinto origen*: La redacción de esta modalidad de actuación resulta muy confusa, dando la impresión de que su aprobación por el legislador no ha sido lo suficientemente meditada o discutida. Por esta razón, se hace necesaria una reinterpretación del tenor de la ley para poder precisar el sentido de la prohibición. A nuestro juicio, son dos las formas de realización que abarca esta modalidad de actuación. En primer lugar, se castiga la acción de retirar las etiquetas, sellos o envases de productos originales con la finalidad de utilizarlos en productos de distinto origen. Como puede verse, se trata de un delito con un elemento subjetivo de tendencia que no requiere, para la consumación del delito, que se produzca la efectiva utilización de los elementos accesorios en productos de distinto origen.

  En segundo lugar, se castiga de manera independiente la utilización de los elementos accesorios como etiquetas, sellos o envases en productos de distinto origen. No es condición para el castigo de esta forma de conducta típica que el autor sea el que previamente haya retirado los elementos accesorios de los productos originales para luego utilizarlos en otros productos. Si fue el mismo autor quien retiró previamente las etiquetas, sellos o envases de los productos originales, esta primera actuación será un hecho previo consumido por el desvalor de la segunda actuación.

- *Envasar y/o comercializar productos empleando envases identificados con marcas cuya titularidad corresponde a terceros*: Al igual que la modalidad de actuación precedente, conviene también aquí hacer una diferenciación de las formas de realización de esta mo-

dalidad de actuación. Por un lado, se castiga el hecho de envasar un producto empleando envases con marca registrada cuya titularidad corresponde a un tercero. Así, se castigará a quien utilizando botellas de la Coca-cola, envasa una bebida similar. Como es apreciable, este comportamiento no recae sobre la marca misma, sino sobre el contenido del producto individualizado con marca ajena. La marca es auténtica, pero se utilizan los envases para llenarlos con productos que no son los que corresponden a la marca ajena registrada[240]. Un supuesto específico cuya tipicidad resulta discutible sería el caso de mezcla del producto ajeno con el original contenido en el envase con la marca registrada[241]. En estos casos, no se envasa propiamente un producto ajeno en un envase con marca registrada, por lo que no podrá castigarse como delito contra la propiedad industrial, sino en todo caso como delito de estafa en perjuicio de los consumidores.

Pero la responsabilidad no sólo queda en el que realiza el envasado, sino que responderá también el que comercializa estos productos con conocimiento de la falta de identidad entre el producto y el envase, sea porque el mismo lo ha envasado, sea porque se lo ha encargado a otra persona. Por consiguiente, responderán penalmente por esta modalidad de afectación del derecho de marca tanto el que envasa y comercializa, como el que sólo envasa o sólo comercializa. La mayor gravedad de la responsabilidad de quien envasa y comercializa podrá ser considerada a efectos de individualizar la pena.

c. Tipo subjetivo

La conducta prevista en el tipo penal del artículo 223 se castiga, conforme al artículo 12 del Código penal, únicamente a título de dolo. No cabe una sanción por culpa o imprudencia. La impunidad de la realización culposa no afecta, sin embargo, la posibilidad de

---

(240) Vid., CORGATELLI, en *Cursillo sobre Derecho penal económico*, p. 75.

(241) Por el contrario, este supuesto sí está contemplado en la legislación penal uruguaya, como lo explica Corgatelli, en *Cursillo sobre Derecho penal económico*, p. 75.

responder a título de dolo eventual. En este sentido, el comerciante que, en virtud de ciertos elementos de juicio (el valor de venta, la procedencia de los productos, etc.), puede suponer que los productos adquiridos son de origen distinto a la marca consignada en el envase, podrá responder penalmente en grado de dolo eventual. El tipo penal no requiere, de manera general, un elemento subjetivo especial que impida la posibilidad de castigar supuestos dolosos distintos al dolo directo. Sin embargo, existen supuestos específicos que sí requieren de cierto elemento subjetivo de tendencia, como, por ejemplo, es el caso de la modalidad de acción de retirar etiquetas, sellos o envases con marcas originales para ser utilizados en productos de distinto origen. Para castigar esta conducta es necesario que el autor tenga específicamente la finalidad de utilizarlos en productos de distinto origen.

d. Penalidad

En cuanto a la pena, el artículo 223 del Código penal prevé las mismas sanciones penales que el artículo 222. En este sentido, en este apartado no cabe sino remitirnos a las conclusiones a las que llegamos al referirnos a la penalidad del delito contemplado en el artículo 222 del Código penal. Lo mismo puede decirse respecto de los criterios de individualización de la pena (gravedad del delito y el valor de los perjuicios ocasionados), así como de las otras consecuencias jurídicas del delito que pueden derivarse de la realización del tipo penal.

C. Agravantes

El artículo 225 del Código penal agrava la sanción penal en lo que respecta a la multa, la cual aumenta en su marco penal mínimo a noventa días-multa. Como puede verse, la agravación es realmente mínima, surgiendo la cuestión de si este agravante tiene realmente entidad o constituye no más que un agravante de carácter puramente simbólico. Por nuestra parte, entendemos que se trata efectivamente de un agravante de carácter puramente simbólico, pues ni siquiera en la pena de multa se amplía el marco penal máximo. En cualquier caso, son dos las situaciones que llevan a la agravación de la pena:

a. Miembro de una organización ilícita

En este supuesto, la agravación de la pena se sustenta en la mayor peligrosidad de la conducta, en la medida que no se trata de una comisión eventual del delito, sino de un delito cometido dentro de un contexto delictivo con vocación de permanencia. En este sentido, la resolución criminal que muestra el autor es mayor, pues está dispuesto a seguir realizando actos contra la propiedad industrial. Se ha discutido mucho sobre el número necesario de personas para poder hablar de una organización ilícita. Por nuestra parte, entendemos que basta una pluralidad de personas, lo cual se cumple ya cuando son dos los que deciden organizarse para cometer actos delictivos. La organización debe estar constituida para cometer delitos contra la propiedad industrial, sea de manera específica, sea dentro de un conjunto de mayores actividades delincuenciales.

b. Funcionario o servidor público

La sanción penal se agrava también cuando el sujeto activo posee la calidad de funcionario o servidor público. Se tratará, pues, de un delito especial impropio, en el que el *intraneus* es castigado con una pena agravada. El agente debe tener el estatus formal de funcionario o servidor público. Para determinar el alcance de este elemento normativo del tipo, podrá recurrirse al artículo 425 del Código penal. No obstante, creemos que el agravante no se configura sólo por el hecho de que el sujeto activo sea, en general, un funcionario o servidor público. El funcionario o servidor público debe, de alguna manera, haberse aprovechado de su cargo o violado algún deber inherente a su función para que se le aplique la agravante, pues de lo contrario la agravación no tendría una razón material suficiente. En este sentido, la pena agravada estará justificada, por ejemplo, si un funcionario del INDECOPI realiza actos contrarios a la libre competencia. El deber especial que tiene este funcionario respecto de la protección de los derechos de propiedad industrial fundamentará el aumento, aunque sea mínimo, de la sanción penal. Lo paradójico de esta interpretación será, sin embargo, que beneficiará finalmente al funcionario público, pues no le resultará aplicable la agravante genérica del artículo 46 A del CP que le habría resultado más gravosa.

Un aspecto que conviene destacar brevemente es la posibilidad de ampliar los conceptos de la inhabilitación al supuesto del artículo 36 inciso 1) del Código penal, que permite la privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado. Si bien no se impondría como sanción principal, pues el artículo 225 literal b) no lo contempla, sí se haría como pena accesoria, conforme lo establece el artículo 39 del Código penal. En este sentido, el funcionario que abusando de su cargo o infringiendo un deber inherente a su cargo realiza el tipo penal del artículo 222 ó 223 del Código penal, será pasible de una sanción de inhabilitación accesoria que, por mandato de la ley, durará el mismo tiempo que la pena principal.

3. Concursos

En lo referente a los concursos cabe plantearnos primeramente las situaciones de concurso que se producen en relación con el propio artículo 222 ó 223 del Código penal. En efecto, puede suceder, en primer lugar, que, en la medida que se trata de actos enmarcados dentro de una actividad productiva o comercial, la acción típica se pueda descomponer en diversos actos de fabricación o comercialización. Así, por ejemplo, la fabricación de un lote de productos amparados por una patente de invención, puede descomponerse en cada acto de fabricación de cada producto. Para decidir si estamos en este caso ante un concurso ideal de delitos homogéneo o una unidad de delito, debemos tener en consideración si se presentan tres requisitos necesarios: a) una unidad de sujeto pasivo; b) una unidad de objeto jurídico (el derecho de propiedad industrial); y c) la fungibilidad de los diversos objetos sobre los que recae la conducta típica[242]. Si se cumple con estos tres aspectos mencionados, estaremos ante un único delito, mientras que si falta uno de ellos entonces tendrá lugar un concurso ideal de delitos. En segundo lugar, puede ser que el autor realice una serie regular de acciones típicas a lo largo del tiempo (por ejemplo: fabricar durante dos años productos con marca registrada por otro). En estos casos, podrá afirmarse

[242] Así, PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 276 y s.

la existencia de un solo delito continuado[243], siempre que se den los requisitos específicos del artículo 49 del Código penal. Finalmente, se presenta el caso del autor que realiza él mismo las distintas etapas del ciclo de producción y comercialización del objeto material del delito. En la medida que el hecho posterior consume los actos anteriores, se tratará de un concurso de leyes que permite el castigo solamente por el acto final de afectación del derecho de propiedad industrial (comercialización)[244].

Un delito contra la propiedad industrial puede entrar en concurso, por otra parte, con otros tipos penales. Una situación discutida de concurso se presenta en relación con el delito de competencia desleal. En la vía administrativa se establece la preponderancia de la infracción contra la propiedad industrial[245]. En el ámbito penal, por el contrario, habrá que decidir primeramente si estamos ante un supuesto de concurso de leyes o un concurso de delitos. La respuesta a esta cuestión resulta de central importancia, pues si se trata de un concurso de leyes habrá que determinar con criterios de especialidad la ley aplicable, mientras que en caso de concurso de delitos habrá que precisar la pena a imponer con base en la regulación especial del artículo 48 ó del artículo 50 del Código penal. Para decidir esta cuestión hay que tener en consideración que en nuestra legislación la copia o reproducción no autorizada de bienes de terceros protegidos por la legislación de propiedad industrial constituye un supuesto específico de competencia desleal (artículo 19 del Decreto Ley 26122), lo que significa una relación de especialidad de los actos contra la propiedad industrial respecto de la competencia desleal. Por consiguiente, parecería ser que la mejor solución es la del concurso de leyes[246]. Sin embargo, debemos recordar que el Código

---

(243) En el mismo sentido, PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 277 y s.

(244) Igualmente, PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 280.

(245) Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 395.

(246) Así parece ser la opinión de ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 131, aunque luego (p. 395) considera la posibilidad de un concurso ideal de delitos.

penal no hace una incriminación general de los actos de competencia desleal, sino que incrimina solamente dos supuestos específicos: la explotación y la denigración de la reputación ajena. Ante esta situación de la legislación penal, tenemos que precisar, para mantener la tesis del concurso de leyes, si los delitos contra la propiedad industrial constituyen supuestos especiales del delito de competencia desleal. Un análisis del artículo 240 del Código penal muestra con claridad que las conductas específicas del delito de competencia desleal no abarcan los elementos constitutivos del delito contra la propiedad industrial, de manera tal que no estaremos ante un concurso de leyes, sino ante un concurso de delitos[247]. Sin embargo, cabría sostener que la modalidad de explotación de la reputación comercial o industrial ajena podría abarcar, de alguna manera, los supuestos de falsificación o imitación de marca, en la medida que los medios ordinarios de ejecución de ese delito son la imitación o la confusión. No obstante, pensamos que la leve penalidad del delito de competencia desleal, sumado a su carácter de delito perseguible a instancia de parte, parece no englobar en el injusto el desvalor de una imitación o confusión de marca. Por esta razón, nos inclinaríamos a considerar que también en estos casos se produce un concurso (ideal) de delitos. La pena del autor se determinará con base en el marco penal del delito contra la propiedad industrial, en la medida que contempla la pena más grave que puede ser incrementada hasta en una cuarta parte.

La realización de un delito contra la propiedad industrial puede concurrir también con un delito contra los consumidores. En primer lugar, cabe un concurso con un delito de publicidad engañosa en el caso que, por ejemplo, se ofrezca o venda productos con marca falsificada a través de ciertos medios publicitarios[248]. En estos casos no sólo se afectará del derecho de uso exclusivo del titular de la marca, sino también a los consumidores respecto de las características del

---

[247] Así parece ser la práctica asumida por nuestros tribunales (así, la Corte Superior de Lima, en la Sentencia del Exp. 184-97, de 6 de mayo de 1997).

[248] Vid., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 52; PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 283, aunque referido a productos patentados.

producto (su procedencia comercial, por ejemplo). Por otra parte, puede también que los productos ofrecidos de distinta procedencia a la establecida en el envase o envoltorio afecten finalmente la salud de los consumidores y den lugar, por ello, a un delito de tráfico de productos defectuosos (artículo 288 del Código penal). Este sería el caso, por ejemplo, si se envasan en envases originales productos de distinta procedencia capaces de afectar la salud de los consumidores. En ambos casos de concurso con delitos contra los consumidores, existirá un concurso ideal de delitos que, conforme a la regla del artículo 48 del Código penal, tendrá que castigarse con el marco penal del delito más grave, pudiendo incrementarse la pena hasta en una cuarta parte sobre dicho marco penal máximo.

Otro supuesto de concurso de delitos puede presentarse con relación al delito de estafa[249] cuando el engaño suficiente, por ejemplo, se hace sobre productos con marca falsificada[250]. Por ejemplo: si un comerciante adquiere un lote de productos bajo la creencia de estar adquiriendo los productos de una determinada marca, pero al final recibe productos con marca falsificada o productos de distinto origen contenidos en envases originales, se habrá producido, además de un delito contra la propiedad industrial, una disposición patrimonial que configura el tipo penal de estafa del artículo 196 del Código penal[251]. La situación de concurso no se discute en estos casos, pero sí la determinación del marco penal. En cuanto a la pena privativa de libertad no existe mayor problema, en la medida en que la pena más grave del delito de estafa servirá para determinar el

---

(249) Vid., TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, p. 164; MÖLLER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 15, n.m. 31. En el ámbito de las invenciones igualmente, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 44 y s.; PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 287.

(250) Vid., así, CASTIÑEIRA PALAU, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Silva Sánchez (dir.), p. 265; ORÉ SOSA, *La protección penal de la marca*, p. 318. Si no hay engaño suficiente, tal como lo indica JAÉN VALLEJO, *Cuestiones actuales*, p. 144 y s., no podrá configurarse un delito de estafa, pues el consumidor le corresponde también deberes de autoprotección cuya infracción sustentarían una imputación del resultado a la víctima.

(251) Igualmente, GIMBERNAT ORDEIG, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 1430.

incremento de la pena hasta en una cuarta parte con base en la regla de exasperación del concurso ideal de delitos. La discusión surge respecto de las penas de multa e inhabilitación previstas solamente en el delito contra la propiedad industrial. En cuanto a la pena de inhabilitación podría argumentarse que se trata de una pena accesoria que podría imponerse igualmente al autor con base en las reglas generales del concurso de delitos. Pero respecto de la pena de multa, surgen serias dudas para considerarla una pena accesoria. No obstante, consideramos que la pena de multa no debería quedar desplazada, pues, de ser así, se terminaría favoreciendo al delincuente que comete no sólo un delito, sino varios.

Discutible es, por el contrario, la cuestión de si resulta posible un concurso de los delitos contra la propiedad industrial con los delitos contra los derechos de autor. Se dice, como punto de partida, que el concurso entre estos delitos se encuentra, en principio, excluido, pues la propiedad industrial y los derechos de autor están conceptualmente diferenciados(252). Esta diferenciación conceptual, sin embargo, no excluye una concurrencia de ilícitos penales, ya que puede suceder que creaciones artísticas se usen con fines industriales(253). En este sentido, la lesión a los derechos de propiedad industrial sobre determinada creación artística podrá traer consigo también una lesión de los derechos de autor y presentarse, por tanto, un concurso entre ambos delitos. Si este concurso es ideal o real, dependerá de la forma cómo se materialice la conducta delictiva.

En la doctrina penal nacional se sostiene que un concurso con los delitos de falsificación de documentos no resulta, en principio, posible, pues la marca no entra dentro del elemento del tipo "documento"(254). No obstante, conviene tener presente que en nuestro país

(252) Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 397.

(253) El artículo 4 del Decreto Legislativo 822 establece que "el derecho de autor es independiente y compatible con los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra". Igualmente en el Derecho español, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 45; PAREDES CASTAÑÓN, *La protección*, p. 285.

(254) Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 396. De un parecer distinto la doctrina española, así MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal*

se castiga también el delito de falsedad genérica tipificado en el artículo 438 del Código penal, el cual sí parece englobar supuestos de atentados contra derechos de propiedad industrial como, por ejemplo, la falsificación de marca registrada. En este caso, la conducta típica se encontrará abarcada tanto por el delito contra la propiedad industrial como por el delito contra la fe pública. Para decidir el tipo penal aplicable (con su respectivo marco penal), debemos precisar primeramente que estamos ante un supuesto de concurso de leyes, solventable específicamente con el principio de especialidad. En este sentido, la conducta de falsificación de marca registrada deberá castigarse con base en el tipo penal del delito contra la propiedad industrial, pues resulta más específico que el tipo penal de falsedad genérica.

4. Delimitación de la infracción administrativa y el delito

Un aspecto particular que resulta pertinente tratar en este apartado es la posibilidad de una doble imposición de sanciones, en la medida que el hecho resulte relevante tanto administrativa como penalmente. Llama la atención que pese a la evidencia de este problema, la regulación legal, a diferencia de otros ámbitos de la competencia, no establezca criterios de delimitación[255]. Ante el vacío de la legislación, le corresponde a la práctica de los tribunales y a las opiniones de la doctrina encontrar el criterio más adecuado. En la doctrina penal nacional se ha manejado, por ejemplo, el criterio de la idoneidad del engaño (confundibilidad) sobre todo para los delitos de uso indebido de signos distintivos (marcas). Se propone utilizar para el Derecho penal un baremo más estricto (a saber: el consumidor razonable) que el que habría que utilizar para el Derecho administrativo sancionador (a saber: el consumidor medio)[256]. Pese a

---

económico, PE, p. 52, quien entiende que la materialidad del signo distintivo puede ser considerado soporte material idóneo para integrar el concepto de documento, lo que daría lugar a un concurso de leyes solventable con el principio de especialidad.

(255) Hace mención a este vacío, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 406.

(256) Vid., así, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 381.

la posible utilidad de este criterio de distinción, resulta evidente que, en cualquier caso, tal criterio no puede generalizarse a todos los elementos de la propiedad industrial, por lo que, o se busca un criterio único más general, o se establecen criterios de delimitación sectoriales. Consideramos que, en la medida que los delitos contra la propiedad industrial se encuentran englobados en un mismo tipo penal, la solución más conveniente será definir un criterio general de delimitación de los ilícitos. Y éste solamente podrá encontrarse en el criterio de la mayor gravedad que diferencia, de manera general, el ilícito penal del ilícito administrativo.

La mayor gravedad del ilícito penal se manifestará en diversos aspectos constitutivos del injusto penal. En primer lugar, la protección penal no abarca todos los elementos de la propiedad industrial, de manera tal que la violación de los elementos de la propiedad industrial no contemplados en los tipos penales quedará en el marco de protección exclusivamente administrativa[257]. En segundo lugar, el ilícito penal se circunscribe, en virtud del artículo 12 del Código penal, a los casos de dolo, por lo que las infracciones imprudentes sólo podrán ser objeto de sanciones administrativas[258]. Además de estos aspectos derivados de los tipos penales pueden considerarse circunstancias concretas de la conducta que manifiesten una mayor gravedad como los medios empleados o el perjuicio causado al titular del derecho industrial y a los consumidores. Si bien el recurso a estas circunstancias del hecho podría albergar un alto grado de discrecionalidad, el silencio de la legislación no deja otra alternativa. De mucha importancia será, por tanto, la labor de mayor concreción que tendrán que emprender los tribunales penales.

Una vez que se ha determinado, a partir de los criterios de gravedad del hecho, la relevancia penal de una infracción contra los derechos de propiedad industrial, deberá desarrollarse mecanismos para evitar el *bis in idem*. El punto de partida de estos mecanismos

---

(257) Similarmente en el Derecho penal español, Vid., CASTIÑEIRA PALAU, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Silva Sánchez (dir.), p. 273 y ss.

(258) Vid., igualmente, CASTIÑEIRA PALAU, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Silva Sánchez (dir.), p. 275.

debe ser la prevalencia de la norma penal, lo que quiere decir que sólo cabrá imponerle al autor la sanción de carácter penal. No obstante, los problemas de duplicidad no se reducen a las sanciones, sino que habrá que resolver el problema de un eventual doble proceso sancionatorio por un mismo hecho. La solución más adecuada a esta problemática será suspender el procedimiento administrativo mientras se resuelva el tema penal. La prejudicialidad administrativa se encuentra establecida solamente para efectos de solicitar una indemnización por daños y perjuicios en la vía civil (artículo 245 de la LPI), no resultando obligado trasladar la misma consecuencia al ámbito penal. No obstante, se produce un problema adicional: ¿Podrá constituirse en parte civil en el proceso penal los afectados por las infracciones contra los derechos de propiedad industrial? En nuestra opinión, consideramos que tal constitución en parte civil resulta posible, en la medida que una sentencia condenatoria en sede penal deja establecido sin ninguna duda una infracción de los derechos de propiedad industrial y, por tanto, la legitimidad para exigir el pago de una reparación civil.

5. Cuestiones procesales

Un aspecto de carácter procesal que conviene resaltar es el referente al ejercicio de la acción penal. En primer lugar, debemos señalar que el ejercicio de la acción penal es independiente del proceso administrativo, tal como puede inferirse del tenor del artículo 240 de la LPI. Si bien el artículo 245 de la LPI exige el agotamiento de la vía administrativa para las acciones civiles, no hace lo mismo con las acciones penales. En este sentido, si se entiende que el hecho infractor de los derechos de propiedad industrial es de una entidad tal que merece una sanción penal, podrá el fiscal denunciar el hecho ante juez penal. Sin embargo, la Tercera Disposición Final de la LPI establece que antes de iniciar los procesos penales por los delitos de artículo 222, 223 y 225 del Código penal el Fiscal deberá solicitar un informe técnico al INDECOPI[259], el cual deberá emitirse en un pla-

[259] Vid., PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 980; REYNA ALFARO, *Manual*, p. 457. Sobre la razón de porqué estos informes técnicos son requisitos de procedibi-

zo de cinco días. Este informe técnico tendrá que ser valorado por el juez o tribunal al momento de resolver[260]. Si se abre investigación sin el informe técnico del INDECOPI, el procesado podrá interponer la cuestión previa que exige el informe técnico correspondiente, acarreando la nulidad de todo lo actuado y teniendo como no presentada la denuncia[261].

---

lidad en nuestro sistema jurídico, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, T. I, p. 163 y s.

(260) Vid., en este sentido, PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 980; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 395.

(261) Vid., así, REYNA ALFARO, *Manual*, p. 457.

TÍTULO II
DELITOS CONTRA LOS MEDIOS DE PAGO

BIBLIOGRAFÍA DEL PRESENTE TÍTULO

ACALE SÁNCHEZ, "Los delitos de mera actividad", *RDPC* 10 (2002), p. 25 y ss. / BACIGALUPO ZAPATER, *Estudios jurídico-penales sobre insolvencia y delito*, Buenos Aires, 1970 [cit. *Insolvencia y delito*]. / BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho penal*, Parte especial, 2ª ed., Madrid, 1993 [cit. *Manual*, PE]. / BALCARCE, "Delitos cometidos con cheques", en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), Buenos Aires, 2004 [cit. *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.)]. / BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wechselgesetz und Scheckgesetz*, 20. Aufl., München, 1997 [cit. *Wechselgesetz und Scheckgesetz*]. / BORINSKY, *Derecho penal económico y de la empresa*, Buenos Aires, 2004 [cit., *Derecho penal económico*]. / BORINSKY, *Derecho penal del cheque*, Buenos Aires, 1973 [cit. *Derecho penal del cheque*]. / BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., "Aspectos penales de la nueva Ley de Títulos Valores Ley 27287", *Gaceta Jurídica* 83-B (2000), p. 51 y ss. / CASTRO SALINAS, "Algunos aspectos referentes al contrato de cuenta corriente bancaria", *Thémis* 35, p. 31 y ss. / CORSI/ESPOSITO/BARALDI, Glosario sobre la teoría social de Luhmann, (trad. Romero/Villalobos), México, 1996 [cit. *Glosario*]. / DE LA RÚA, *El nuevo régimen penal del cheque*, Buenos Aires, 1966 [cit. *El nuevo régimen penal del cheque*]. / GIMÉNEZ ALCOVER, El Derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann, Barcelona, 1992 [cit. *El Derecho*]. / GÓMEZ LEO, *Instituciones de Derecho cambiario*, T. III, El cheque, Buenos Aires, 1985 [cit. *Instituciones*, III]. / GONZÁLEZ RUS, "Aproximación a los delitos contra el orden socio-económico en el proyecto del Código penal de 1992", en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor a Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 167 y ss. [cit. *LH-Tiedemann*]. / HELLLMANN, "Fälschung und Missbrauch von Zahlungskarten", *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 2004, IX, 2 [cit. *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.)]. / LAJE ANAYA, *El cheque*, Córdova, 1996 [cit. *El cheque*].

/ LUHMANN, Die Wirtschaft der Gesellschaft, Frankfurt a.M., 1994 [cit. *Die Wirtschaft*]. / MAJADA, *Cheques y talones de cuenta corriente, en sus aspectos bancario, mercantil y penal*, Barcelona, 1969 [cit. *Cheques y talones de cuenta corriente*]. / MARINA GARCÍA-TUÑÓN, *La responsabilidad por el pago de cheque falso o falsificado*, Valladolid, 1993 [cit. *La responsabilidad por el pago de cheque falso o falsificado*]. / MONTOYA ALBERTI, "La protección penal del cheque", en *Libro Homenaje a Carlos Rodríguez Pastor*, Lima, 1992, p. 347 y ss. [cit. *LH-Rodríguez Pastor*]. / NUÑEZ CASTAÑO, *La estafa de crédito*, Valencia, 1998 [cit. *La estafa de crédito*]. / OTTO, *Bargeldloser Zahlungsverkehr und Strafrecht*, 1978 [cit. *Bargeldloser Zahlungsverkehr und Strafrecht*]. / PELÁEZ BARDALES, *El cheque. Protección jurídica y el delito de libramiento y cobro indebido*, 2ª ed., Lima, 2001 [cit. *El cheque*]. / PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal*, Parte especial, II-B, Lima, 1995 [cit. *Tratado*, PE, II-B]. / QUINTANO RIPOLLÉS, "En torno al libramiento de cheques sin provisión", *Rev. de Derecho privado*, 1960, p. 97 y ss. / RAMOS HERRANZ, *El pago de cheques*, Madrid, 2000 [cit. *El pago de cheques*]. / REYNA ALFARO, *Manual de Derecho penal económico*, Lima, 2002 [cit. *Manual*]. / RIGHI, *Delitos por la emisión ilegal de cheques*, Buenos Aires, 1997 [cit., *Delitos por la emisión ilegal de cheques*]. / RODRÍGUEZ MOURULLO, "La protección penal del cheque y de la letra de cambio", en *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, Madrid, 1986, p. 936 y ss. [cit. *Derecho cambiario*]. / SOLER, *Derecho penal argentino*, T. V, Buenos Aires, 1988 [cit. *Derecho penal argentino*, V]. / SOLSONA, "La protección penal del cheque", en Gómez Leo, *Instituciones de Derecho cambiario*, T. III, El cheque, Buenos Aires, 1985, p. 409 y ss. [cit. *Instituciones*, III]. / SUÁREZ MONTES, "Estafa mediante cheque en el Código penal de 1995", *ADPCP* 1995, p. 689 y ss. / SUÁREZ MONTES, "La protección penal de los títulos valores", en *Economía y Derecho empresarial*, Doral García (coord.), Pamplona, 1988, p. 212 y ss. [cit. *Economía y Derecho empresarial*, Doral García (coord.)]. / SUÁREZ MONTES, *El cheque en descubierto*, Barcelona, 1965 [cit. *El cheque en descubierto*]. / VARONA GÓMEZ, *Estafa y falsedad en titulos-valores (cheque, pagaré y letra de cambio)*, Pamplona, 2002 [cit. *Estafa y falsedad en títulos-valores*]. / VÁSQUEZ VÁSQUEZ, "Aspectos generales del delito de libramiento indebido", *Gaceta Jurídica* 23 (1995), p. 101-A y ss. / VÁSQUEZ VÁSQUEZ, "Repercusiones de la nueva Ley de Títulos Valores en la aplicación del Derecho penal", *Gaceta Jurídica* 81 B (2000), p. 37 y ss. / TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, Besonderer Teil mit wichtigen Gesetzes- und Verordnungstexten, Köln, 2006 [cit. *Wirtschafsstrafrecht*, BT]. / TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten, Köln, 2004 [cit. *Einführung*].

El pago es la comunicación propia del sistema económico[1], siendo el dinero el modo específico de realización de este tipo de comunicación social. Si bien el dinero no tiene un valor en sí mismo, el sistema económico le asigna uno determinado[2], lo que hace necesario asegurar la confianza en dicho modo de pago para el funcionamiento de la economía. A esta labor de aseguramiento de la confianza en el orden monetario contribuye el Derecho penal mediante el castigo de aquellas conductas que falsifican el dinero de curso oficial y que dejan a las personas que lo reciben en pago sin capacidad de poder utilizarlo en una posterior adquisición de otros bienes o servicios. La defraudación de la confianza en el dinero como medio de pago requiere de la imposición de la pena de quien ha elaborado y/o utilizado a sabiendas el dinero falsificado.

El dinero no es, sin embargo, el único medio de pago en el sistema económico. La diversificación del mercado ha traído consigo que se hayan desarrollado otros medios de pago, cuyo uso extendido en la economía justifica que el Derecho penal intervenga también para eliminar el peligro de generalización de conductas que apuntan a utilizarlos fraudulentamente. Bajo estas consideraciones, resulta explicable que el Código penal incorpore adicionalmente determinados tipos penales para reprimir los casos de uso indebido de

---

(1) Sobre el código binario de pago y no pago del sistema económico Vid., específicamente, LUHMANN, *Die Wirtschaft*, pp. 14, 53; GIMÉNEZ ALCOVER, *El Derecho*, p. 124, nota 8.

(2) Vid., así, LUHMANN, *Die Wirtschaft*, pp. 14 y s., 230 y ss.; CORSI/ESPOSITO/BARALDI, *Glosario*, p. 69; GIMENEZ ALCOVER, *El Derecho*, p. 67, nota 17

otros medios de pago. Así, se tipifica la falsificación de títulos valores o de títulos de créditos transmisibles por endoso, así como el uso fraudulento de los cheques. En esta oportunidad, vamos a ocuparnos solamente del delito de libramiento y cobro indebido de cheques. El análisis particular de los delitos monetarios y del delito de falsificación de títulos valores o títulos de crédito lo dejaremos para un trabajo posterior.

CAPÍTULO I
EL DELITO DE LIBRAMIENTO Y COBRO INDEBIDOS

I. INTRODUCCIÓN

En la economía moderna el pago de las obligaciones dinerarias no siempre se hace en efectivo, siendo cada vez más usual recurrir a otros medios de pago que permitan a los agentes económicos prescindir de llevar consigo el dinero en efectivo. Es en este contexto en el que el cheque adquiere significación e importancia en el sistema económico[1]. No obstante, la admisión de este medio de pago trae, junto con su utilidad en el tráfico patrimonial, el riesgo de ser usado de forma irregular para obtener beneficios indebidos. En efecto, si el cheque no es pagado por el banco girado, se perjudicaría no sólo a los que realizaron una disposición patrimonial en virtud de la emisión de un cheque, sino también a los que usan correctamente este medio de pago, pues la confianza sobre la seriedad de este medio de pago se verá seriamente perjudicada[2]. El legislador penal peruano

---

(1) Por el contrario, TIEDEMANN, *Einführung*, p. 4, considera que los delitos por medio de pagos no dinerarios son instrumentos neutrales al sistema económico, es decir, independientes.

(2) En este sentido, SUÁREZ MONTES, *El cheque en descubierto*, p. 14 y ss., sostiene que el designio fundamental de la protección penal del cheque es el robustecimiento de la confianza en él.

ha decidido evitar estos efectos nocivos del uso indebido del cheque, tipificando el delito de libramiento y cobro indebidos en el artículo 215 del CP.

Para precisar adecuadamente los aspectos constitutivos de la protección jurídico-penal del cheque resulta necesario definir los contornos jurídicos de este instrumento de pago en el tráfico comercial, por lo que antes de entrar en el análisis del tipo penal del delito de libramiento y cobro indebidos conviene que nos ocupemos de hacer una breve exposición sobre la regulación legal del cheque en la ley de la materia, es decir, en la Ley de Títulos Valores (LTV). En atención a ello, este capítulo estará dividido en dos apartados: un primer apartado dedicado a la regulación legal del cheque y otro apartado de carácter propiamente penal, dedicado al análisis de las figuras típicas contempladas en el artículo 215 del CP.

II. LA REGULACIÓN LEGAL DEL CHEQUE

El cheque podría definirse como un título de pago que contiene una orden de pagar cierta cantidad de dinero, dirigida a un banco en donde el que gira el cheque tiene fondos disponibles para tal efecto[3]. Esta operación supone la existencia de dos actos jurídicos previos. Por un lado, está el contrato de cuenta corriente celebrado por librador del cheque con el banco, que le permita contar con fondos disponibles para el uso de cheques[4] y, por el otro, el pago de una obligación dineraria al beneficiario del cheque, quien puede cobrar directamente el cheque o, a su vez, pagar una deuda propia con el endoso del talón a su acreedor. La existencia de este conjunto de derechos y obligaciones que se derivan del uso del cheque justifica que el ordenamiento jurídico se ocupe de precisar los elementos constitutivos del mismo, así como las distintas consecuencias jurídicas de su utilización en el tráfico económico. Así lo ha entendido nuestra

(3) Vid., PELÁEZ BARDALES, *El cheque*, p. 70.

(4) Sobre el contrato de cuenta corriente, Vid., CASTRO SALINAS, *Thémis* 35, p. 34 y s. El pacto de cheques es una cláusula accesoria al contrato de cuenta corriente, Vid., así, GÓMEZ LEO, *Instituciones*, III, p. 4; RAMOS HERRANZ, *El pago de cheques*, p. 47.

LTV, cuyas disposiciones generales se aplican, en lo que corresponda, al cheque, previendo además una regulación especial para este título-valor en los artículos 172 y siguientes.

1. Formalidades

El artículo 172 de la LTV establece que los cheques serán emitidos sólo a cargo de bancos, entendiéndose dentro del término "bancos" todas las empresas del Sistema Financiero Nacional autorizadas por la ley de la materia a mantener cuentas corrientes con giro de cheques. Para que una orden de pago con cargo a una cuenta corriente pueda considerarse un cheque, debe observarse ciertos requisitos de forma. La ley exige que la orden de pago conste en formularios impresos, desglosables de talonarios numerados en serie o con claves u otros signos de identificación y seguridad. Estos talonarios deben ser proporcionados, bajo recibo, por los bancos a sus clientes. También éstos pueden imprimirlos bajo su cuenta y responsabilidad, para su propio uso, siempre que sean previamente autorizados por el banco respectivo en las condiciones que acuerden. Los bancos pueden entregar o autorizar los formularios impresos en formas distintas a talonarios. Las dimensiones, formatos, medidas de seguridad y otras características materiales relativas a los formularios, podrán ser establecidos por cada banco o por convenio entre éstos o por disposiciones del Banco Central de Reserva del Perú. Las órdenes de pago giradas en contravención de estos requisitos formales carecerán de la calidad de cheques.

2. La emisión, endoso y pago del cheque

A. Emisión

La emisión de un cheque debe contener necesariamente los requisitos establecidos en el artículo 174 de la LTV. Los requisitos exigidos son los siguientes:

a) El número o código de identificación que le corresponde;

b) La indicación del lugar y de la fecha de su emisión;

c) La orden pura y simple de pagar una cantidad determinada de dinero, expresada ya sea en números, o en letras, o de ambas formas;

d) El nombre del beneficiario o de la persona a cuya orden se emite, o la indicación que se hace al portador. Si el emitente gira el cheque a la orden de sí mismo, puede poner su nombre o la cláusula "a mí mismo";

e) El nombre y domicilio del banco a cuyo cargo se emite el cheque;

f) La indicación del lugar de pago;

g) El nombre y firma del emitente, quien tiene la calidad de obligado principal. En el caso de personas jurídicas será el nombre y firma de los representantes autorizados para girar cheques con cargo a las cuentas corrientes de la persona jurídica.

El documento al que le falte alguno de los requisitos mencionados no tendrá validez como cheque, a no ser que la ley establezca presunciones a dicha omisión (por ejemplo: en caso de ausencia de una indicación especial sobre el lugar de pago, se tendrá como tal cualquiera de las oficinas del banco girado en el lugar de emisión del cheque). Hay que tener presente, además, que, tal como lo establece el artículo 178 de la LTV, el cheque, como instrumento de pago, no puede ser emitido, endosado o transferido en garantía. Si se prueba que el tenedor recibió el cheque a sabiendas de que se infringía esta prohibición, el título no producirá efectos cambiarios y tampoco penales[5]. Tampoco puede emitirse un cheque postdatado[6]. Si se emite un cheque con infracción de esta prohibición, la fecha postdatada o la cláusula que consigne un plazo para la negociación o pago del cheque se considerará no puesta, teniéndose como fecha de emisión el día de su primera presentación a cobro[7]. En conse-

---

(5) Así lo establece reiterada jurisprudencia nacional (Vid., PELÁEZ BARDALES, *El cheque*, p. 301 y ss.).

(6) Si lo que se quiere es impedir que el tenedor presente el cheque para su cobro desde el mismo instante de su giro, la ley contempla la posibilidad de colocar en el mismo una cláusula de pago diferido.

(7) Nuestra legislación ha seguido, en este caso, el sistema propuesto por el Convenio de Ginebra, no negándosele validez al cheque postdatado. Vid., sobre esto, GÓMEZ LEO, *Instituciones*, III, p. 205 y s.

cuencia, el cheque postdatado debe tratarse como un cheque regularmente emitido, incluso también a efectos penales[8].

B. Endoso

Salvo las limitaciones que podrían imponerse en ciertos cheques especiales sobre los que haremos especial referencia más adelante, se entiende que los cheques emitidos a favor de una persona pueden ser transferidos mediante endoso a otro. El endoso es definido como un acto jurídico unilateral y accesorio mediante el cual se transmite la propiedad del documento y la titularidad del derecho, habilitando al endosatario para ejercer todos los derechos resultantes del título[9]. La transferencia del cheque por endoso puede ser hecho incluso a favor del propio emitente o de cualquier obligado, quienes, a su vez, pueden endosar nuevamente el cheque. En la medida que estamos ante un título destinado a la circulación, el endoso será una operación usual sobre estos títulos.

C. Pago

El cheque es pagadero a la vista el día de su presentación[10], aunque tuviere fecha postdatada. Cualquier estipulación contraria, con la única excepción del cheque de pago diferido, se considerará inexistente. El cheque debe ser pagado por su valor facial y en la misma unidad monetaria que expresa su importe. El artículo 207 de la LTV señala que el plazo de presentación de un cheque para su pago, sea que haya sido emitido dentro o fuera del país, es de 30 (treinta) días desde su fecha de emisión o giro inclusive. Sin embargo, la propia ley establece que la empresa o el banco girado puede pagar el cheque, aun expirado el plazo señalado, hasta un año de emitido el cheque si hay fondos disponibles. Esta facultad se pierde si el cheque es revocado luego de vencido el plazo de su

---

(8) Vid., así, Solsona, en *Instituciones*, III, p. 439; Laje Anaya, *El cheque*, p. 42.

(9) Vid., Gómez Leo, *Instituciones*, III, p. 175.

(10) Vid., Ramos Herranz, *El pago de cheques*, p. 70.

presentación[11]. La orden de pago contenida en el cheque sólo podrá ser revocada por el emitente cuando haya vencido el respectivo plazo para la presentación, salvo mandato judicial.

Dentro del plazo de presentación para el pago, el emitente o el beneficiario o, de ser el caso, el último endosatario o tenedor legítimo del cheque, podrán solicitar por escrito la suspensión de su pago a la empresa o al banco girado. Este procedimiento está regulado de manera general en el artículo 107 de la LTV, según el cual quien pretenda solicitar la declaración judicial de ineficacia de un título valor (cheque), bajo su responsabilidad, podrá dirigir comunicación de fecha cierta y recepción comprobable a los obligados a pagarlo o a cumplir las obligaciones inherentes al título valor, requiriéndoles suspender el cumplimiento de dichas obligaciones y señalando la causa de esta medida. Esta causa solamente puede ser alguna de las indicadas en el artículo 102 de la LTV, a saber: porque ha desaparecido cualquier dato necesario para la identificación o determinación de los derechos que representa el título valor (cheque), o porque éste ha sido extraviado o sustraído. Esta suspensión del pago está sujeta a la condición de que se interponga la demanda judicial de ineficacia respectiva por la misma causal señalada en dicha solicitud. Si el obligado no es notificado del inicio del proceso de ineficacia del cheque o el peticionario no le hace entrega de la copia de la respectiva demanda presentada ante la autoridad judicial dentro de los siguientes quince días de su petición extrajudicial de suspender el pago, caduca tal derecho de suspensión, quedando el obligado liberado de toda responsabilidad por el pago que realice transcurrido dicho plazo de suspensión.

Ni la muerte, ni la incapacidad del emitente ocurridas después de la emisión del cheque producen efectos con relación a este título valor. La conclusión del contrato de cuenta corriente por quiebra, interdicción o por muerte del emitente, sólo ocurrirá después de transcurrido 60 (sesenta) días calendario, contados desde la fecha de ocurrencia de tales hechos debidamente comunicados al banco

(11) Después del plazo de pago existe la libre revocación del cheque. Vid., RAMOS HERRANZ, *El pago de cheques*, p. 344 y s.

girado. En caso se inicie un procedimiento concursal sobre el emitente, la difusión del procedimiento concursal, debidamente comunicada al banco girado, causa la revocación de los cheques que hubiera emitido hasta la fecha de publicación de dicha difusión, aunque el plazo para la presentación al pago del cheque no haya vencido.

El banco no pagará los cheques girados a su cargo en los siguientes casos:

a) Cuando no existan fondos disponibles, salvo que decida sobregirar la cuenta;

b) Cuando el cheque esté a simple vista raspado, adulterado, borrado o falsificado, en cuanto a su numeración, fecha, cantidad, nombre del beneficiario, firma del emitente, líneas de cruzamiento, cláusulas especiales o de cualquier otro dato esencial;

c) Cuando se presente fuera del plazo de 30 días y el emitente hubiere notificado su revocatoria;

d) Cuando se presente dentro del plazo señalado y el emitente o, en su caso, el beneficiario o último tenedor legítimo, bajo su responsabilidad, haya solicitado por escrito al banco girado la suspensión de su pago;

e) Cuando el cheque sea a la orden y el derecho del tenedor no estuviere legitimado con una serie regular de endosos; o cuando, conteniendo la cláusula "intransferible" u otra equivalente, no lo cobrase el beneficiario o el endosatario impedido de endosar, o un banco al que haya sido transferido para su cobro;

f) Cuando el cheque sea al portador y quien exige su pago no se identifique y firme en constancia de su cancelación parcial o total; y,

g) Cuando se trate de un cheque cruzado o para abono en cuenta, o de pago diferido u otro especial, y no se presentase al cobro de acuerdo con lo dispuesto en la ley de títulos valores.

En caso que el banco no pague el cheque, el tenedor podrá protestar el título valor conforme a la regulación mercantil correspondiente. El protesto del cheque por falta de pago puede sustituirse

por la comprobación puesta por el banco girado. Así, el banco que se niegue a pagar un cheque dentro del plazo de su presentación, a simple petición del tenedor, queda obligado a dejar constancia de ello en el mismo título, con expresa mención del motivo de su negativa, de la fecha de su presentación y con la firma de funcionario autorizado del banco. Esta comprobación, a la que queda obligado el banco girado de así requerirlo el interesado, podrá hacerse desde la primera presentación del cheque y en la oportunidad que decida su tenedor, durante el plazo legal de su presentación para su pago. Dicha comprobación acredita por sí sola el rechazo del cheque y surte todos los efectos del protesto, asumiendo el banco girado responsabilidad por los perjuicios que cause al interesado si injustificadamente no señala en forma expresa el motivo o causa de su rechazo.

Cuando la falta de pago se debe a la insuficiencia de los fondos disponibles del librador para pagar la suma requerida, el banco girado pagará el cheque, a petición del tenedor, hasta donde alcancen los fondos disponibles del emitente en la oportunidad de su presentación a cobro, hecha dentro del plazo legal para su pago, dejando constancia de la causa que motiva la falta de pago total[12]. En los casos que el tenedor exija que se deje constancia de la causa que motiva la falta de pago, de ser el caso, el banco girado estará obligado a realizar en forma previa el pago parcial con los fondos que hubiera y el tenedor estará obligado a recibirlo. Las constancias de los pagos parciales deberán anotarse en el mismo cheque y el tenedor debe otorgar el correspondiente recibo al banco girado que efectúe tales pagos.

3. Cheques especiales

Hasta ahora nos hemos ocupado de hacer algunas referencias legales a la regulación del cheque en general. Sin embargo, nuestra legislación regula en la Ley de títulos valores diversas formas especiales del cheque cuyas particularidades conviene precisar, pues

(12) Igualmente la Ley Cambiaria española. Vid., RAMOS HERRANZ, *El pago de cheques*, p. 303.

podrían resultar relevantes a efectos de determinar la realización de un delito de libramiento o cobro indebidos de cheque.

A. El cheque cruzado

El cheque cruzado es aquél en el que el emitente o el tenedor limita el cobro del cheque mediante el cruzamiento de dos líneas paralelas trazadas en el anverso del título, en el sentido de que sólo podrá ser cobrado a través de una institución bancaria[13]. La finalidad de esta medida es evitar cobros indebidos por pérdidas o robos, ya que su negociación a través de bancos permite que, en todo momento, el cheque esté controlado[14]. El cruzamiento puede ser general o especial[15]. El cruzamiento es general cuando no contiene entre las dos líneas designación alguna, o constare sólo la mención "banco", o una denominación equivalente. En estos casos, el cheque sólo puede ser pagado por el banco girado a otro banco o a su propio cliente. El cruzamiento es especial cuando entre las líneas se escribe el nombre de un banco determinado. En estos casos, el cheque sólo puede ser pagado por el girado al banco designado; y si éste es el girado, a su cliente. Sin embargo, el banco mencionado en el cruzamiento puede recurrir a otro banco para el cobro del cheque. Salvo cláusula especial que lo impida, el cheque cruzado es negociable, bajo condición que su presentación al pago se haga a través de cualquier banco o, en caso de tratarse de un cruzamiento especial, a través del banco designado.

B. El cheque para abono en cuenta

Mediante el cheque para abono en cuenta el emitente, así como el tenedor de un cheque, pueden prohibir su pago en efectivo y por

---

(13) Vid., sobre el origen inglés de este cheque especial, Baumbach/Hefermehl, *Wechselgesetz und Scheckgesetz*, SchG Art. 37; Gómez Leo, *Instituciones*, III, p. 376 y s.

(14) Críticamente sobre esta justificación, Gómez Leo, *Instituciones*, III, p. 380 y s., en el sentido de que la única seguridad que ofrece es que no podrá ser cobrado por ventanilla.

(15) Vid., Gómez Leo, *Instituciones*, III, p. 382.

caja, insertando en el título la cláusula "para abono en cuenta" u otro equivalente[16]. El banco girado debe atender el pago sólo mediante el abono del importe del cheque en la cuenta señalada y de la que además sea titular o cotitular el último tenedor. Este abono equivale al pago. El banco girado no está obligado a acreditar el cheque sino con referencia a quien tenga cuenta corriente u otra cuenta con él; salvo que el cheque hubiera sido endosado a otro banco para su cobro y posterior abono en cuenta mantenida en dicho banco endosatario, en cuyo caso la obligación anterior corresponde ser cumplida a este último banco, bajo responsabilidad, una vez que haya hecho efectivo su cobro. Si el tenedor no tuviese cuenta y el banco rehusara a abrirla, se negará el pago del cheque.

C. El cheque intransferible

El cheque emitido con la cláusula "intransferible", "no negociable", "no a la orden" u otra equivalente, sólo debe ser pagado a la persona en cuyo favor se emitió; o, a pedido de ella, puede ser acreditado en cuenta corriente u otra cuenta de la que sea su titular, admitiéndose el endoso sólo a favor de bancos y únicamente para el efecto de su cobro. Esta cláusula puesta por el endosante surte los mismos efectos respecto al endosatario. La Ley de títulos valores señala que el banco girado que pague un cheque que contenga esta cláusula a persona diferente del facultado a cobrarlo o del banco endosatario para su cobro, responde del pago efectuado. Los endosos realizados a pesar de la prohibición prevista en la ley se consideran no hechos.

D. El cheque certificado

Mediante el cheque certificado los bancos certifican, a petición del girador o de cualquier tenedor, la existencia de fondos disponibles con referencia a este cheque, siempre que no se haya extinguido

---

(16) Este cheque especial tiene su origen en el Derecho alemán. Vid., al respecto, BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wechselgesetz und Scheckgesetz*, SchG Art. 39; GÓMEZ LEO, *Instituciones*, III, p. 385 y s.

el plazo para su presentación al pago, cargando al mismo tiempo en la respectiva cuenta corriente girada la suma necesaria para su pago[17]. Efectuada la certificación, el banco girado asume la responsabilidad solidaria de pagar el cheque durante el plazo legal de presentación para su pago. Sin embargo, si el cheque no fuere presentado durante dicho plazo, quedará automáticamente sin efecto la certificación y toda responsabilidad derivada de ésta para el banco, debiendo éste proceder a acreditar, en la cuenta corriente del emitente, la cantidad que hubiere retirado para destinarlo al pago del cheque.

E. El cheque de gerencia

Las empresas del Sistema Financiero Nacional autorizadas al efecto pueden emitir cheques de gerencia a cargo de ellas mismas, pagaderos en cualquiera de sus oficinas del país. Con expresa indicación de ello en el mismo título, estos cheques podrán ser emitidos también para ser pagados en sus oficinas del exterior. Los cheques de gerencia, salvo cláusula en contrario, son transferibles y no pueden ser girados en favor de la propia empresa, ni al portador.

F. El cheque giro

Las empresas del Sistema Financiero Nacional autorizadas a realizar transferencias de fondos y/o emitir giros pueden emitir cheques a su propio cargo, con la cláusula "Cheque Giro" o "Giro Bancario" en lugar destacado del título. Estos Cheques tendrán las siguientes características:

a) Serán emitidos sólo a la orden de determinada persona;

b) No son transferibles, sin que para ello se requiera de cláusula especial; y

c) Son pagaderos sólo en las plazas u oficinas propias de la empresa emisora y/o en la de sus corresponsales, señalada al efecto en el mismo título, ubicada en plaza distinta a la de su emisión.

---

(17) Vid., el origen y características de este cheque especial, Gómez Leo, *Instituciones*, III, p. 391 y ss.

De no ser presentado para su pago por el beneficiario, la empresa emisora reembolsará su importe, a través de la misma oficina emisora u otra según determine la empresa, sólo a petición de la misma persona que solicitó su emisión, previa devolución del original del título.

G. El cheque garantizado

El banco puede autorizar que se giren a su cargo cheques con provisión de fondos garantizados, en formatos especiales y papel de seguridad, en los que se señale expresamente:

a) La denominación de "Cheque Garantizado";

b) Cantidad máxima por la que el cheque garantizado puede ser emitido; o, cantidad impresa en el mismo título;

c) Nombre del beneficiario, no pudiendo ser girado al portador; y

d) Otras que el banco girado acuerde.

La existencia de fondos de estos cheques es garantizada por el banco girado, sin requerir de certificación, para cuyo efecto éste mantendrá depósito constituido por el emitente o concederá autorización a éste para sobregirarse, lo cual servirá exclusivamente al pago de estos cheques. A diferencia del cheque certificado, el cheque garantizado no tiene un plazo definido.

H. El cheque de viajero

El cheque de viajero, o de turismo, puede ser emitido por una empresa del Sistema Financiero Nacional autorizada al efecto, a su propio cargo, para ser pagado por ella o por los corresponsales que consigne en el título, en el país o en el extranjero[18]. Con este título se ofrece a los viajeros una gran comodidad y seguridad, pues el cheque de viajero se asimila al dinero en efectivo, evitando los riesgos

(18) En la doctrina mercantil se discute si realmente se trata de un cheque o no. Informa sobre la discusión, GÓMEZ LEO, *Instituciones*, III, p. 399 y ss.

de pérdida o robo y simplificando los problemas de cambio con las monedas extranjeras[19]. El cheque de viajero debe ser expedido en papel de seguridad y llevar impresos el número y serie que le corresponda, el domicilio de la empresa emisora y el valor monetario representado por el título. El que reciba un cheque de viajero de su tomador originario, además de verificar la identidad personal de éste, está obligado a cerciorarse de que la firma del endoso que será estampada en su presencia, guarde conformidad con la que, según aparezca del mismo título, hubiere sido puesta al tiempo de su emisión.

I. El cheque de pago diferido

El cheque de pago diferido es una orden de pago, emitido a cargo de un banco, bajo condición para su pago que transcurra el plazo señalado en el mismo título, que no podrá ser mayor a 30 (treinta) días desde su emisión, fecha en la que el emitente debe tener fondos suficientes. Todo plazo mayor se reduce a éste. El título deberá señalar la denominación de "Cheque de Pago Diferido" en forma destacada, así como la fecha desde la que procede ser presentado para su pago, precedida de la cláusula "Páguese desde el....". A partir de esta fecha resultan aplicables a este cheque todas las disposiciones legales referidas a los cheques comunes. El cheque de pago diferido puede ser negociado desde la fecha de su emisión, pero sólo debe presentarse para su pago desde la fecha al efecto señalada en el mismo título. El banco girado rechazará el pago antes de esa fecha, sin que tal rechazo origine su protesto o formalidad sustitutoria, ni dé lugar a responsabilidad o sanción alguna para el emitente. Los bancos podrán entregar a sus clientes talonarios distintos o especiales para la emisión de cheques de pago diferido, pudiendo emitirse estos cheques y/o los comunes contra una misma cuenta corriente.

4. Acciones cambiarias derivadas del cheque

En el ámbito del Derecho privado, la falta de pago de un cheque da lugar a un conjunto de acciones cambiarias. Para poder iniciar

---

[19] Vid., en este sentido, Gómez Leo, *Instituciones*, III, p. 397 y s.

estas acciones judiciales es necesario que la falta de pago esté acreditada por el protesto o por la constancia de falta de pago emitida por el banco girado. La acción directa cabe ejercitarla contra el librador como obligado principal y su avalista, mientras que la acción de regreso procede contra los endosantes y sus avalistas[20]. En caso que un obligado de regreso pague el cheque de forma judicial o extrajudicial, tiene la acción cambiaria de reembolso o ulterior regreso contra los obligados anteriores[21].

La falta de pago de un cheque no sólo tiene repercusión en el ámbito del Derecho privado con el inicio de las acciones cambiarias mencionadas, sino que también puede traer consigo consecuencias jurídico-penales, en la medida que se verifiquen los elementos de desvalor jurídico-penal. Nuestra exposición pretende destacar esta parte de la protección jurídica del cheque, por lo que nos ocuparemos, en lo que sigue, de precisar los elementos constitutivos del delito de libramiento y cobro indebidos tipificado en el artículo 215 del CP.

III. EL DELITO DE LIBRAMIENTO Y COBRO INDEBIDOS

El análisis del delito de libramiento y cobro indebidos no puede limitarse a una exégesis de los elementos típicos recogidos en el artículo 215 del CP. La comprensión del sentido de este tipo penal y, a partir de ello, la precisión de sus alcances sólo podrá conseguirse entrando previamente en el análisis del bien jurídico protegido. Por esta razón, antes de comenzar con el análisis de los supuestos típicos previstos en la ley penal, nos ocuparemos de hacer una labor de determinación del bien jurídico protegido por el tipo penal. Sin este trabajo previo el estudio de las conductas delictivas quedaría sin un norte y sujeto a la arbitrariedad del eventual intérprete.

1. El bien jurídico penalmente protegido

En repetidas veces hemos señalado que resulta un error analítico utilizar un mismo concepto de bien jurídico para legitimar la

(20) Sobre la acción de regreso, GÓMEZ LEO, *Instituciones*, III, p. 272 y ss.

(21) Vid., GÓMEZ LEO, *Instituciones*, III, pp. 70, 275 y ss.

intervención del Derecho penal y para interpretar los tipos penales existentes. Por ello, nuestra exposición abordará estos aspectos de manera diferenciada. En cuanto a la legitimación de la intervención del Derecho penal, hay que señalar que esta actuación del Estado debe encontrarse guiado por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, según el cual sólo puede recurrirse al Derecho penal en caso de tratarse de cuestiones esenciales para el desarrollo de la persona en sociedad. No obstante, este juicio del legislador no puede mantenerse impermeable a otros criterios valorativos derivados de la prudencia política del legislador. En este sentido, no basta con destacar la importancia que actualmente tienen en el tráfico comercial los cheques como órdenes de pago[22], sino que es necesario sopesar si resulta conveniente o no castigar penalmente el abuso de este instrumento mercantil.

Difícilmente podría negarse el hecho de que el cheque constituye un instrumento de pago de uso frecuente en las transacciones patrimoniales, aun cuando la mayor seguridad que ofrecen actualmente las tarjetas de crédito y de débito haya restringido su uso en las operaciones de compra de bienes y servicios. Si bien el uso del cheque ya no es tan frecuente en este tipo de operaciones, su importancia no se ha visto reducida en otros ámbitos económicos como, por ejemplo, el pago de acreedores. Por este motivo, la utilidad que tiene para los empresarios el poder pagar con cheques a sus proveedores y no tener que llevar consigo grandes sumas de dinero, es una razón más que suficiente para asegurar jurídico-penalmente el uso correcto de este instrumento mercantil[23]. Pero, como lo hemos dicho, el análisis sobre la legitimidad de la intervención del Derecho penal para castigar el abuso de los cheques no termina en una cuestión de merecimiento de pena. La decisión de criminalizar este ámbito de actuación debe pasar además por la cuestión de si resulta necesario utilizar el Derecho penal para solventar estos abusos o si

(22) Esto sucede cuando se dice que el bien jurídico es la seguridad en el tráfico mercantil. Vid., así, Peláez Bardales, *El cheque*, p. 153 y s.

(23) De una opinión contraria, Suárez Montes, *ADPCP* 1995, p. 705; Nuñez Castaño, *La estafa de crédito*, p. 139 y s.

los mismos niveles de prevención podrían alcanzarse con simples medidas administrativas regulatorias o de carácter sancionatorio.

Algunos autores sostienen, por ejemplo, que el giro de cheque sin fondos debería solventarse sólo con las normas mercantiles o eventuales sanciones administrativas, no siendo necesario recurrir al Derecho penal para castigar esta forma de abuso del cheque[24]. En nuestra opinión, la imposición de sanciones administrativas no bastaría para darle suficiente confianza al uso del cheque en las transacciones comerciales en nuestro país, pues dicha confianza depende, en gran medida, del refuerzo penal. Si se le quita el respaldo penal al cheque, se le condenará al abandono absoluto como una forma segura de pago[25], pues los mecanismos mercantiles de recuperación, además de ser onerosos, resultan siendo relativamente lentos en nuestro sistema judicial. No obstante, para evitar el efecto sobrecriminalizador que podría producir la penalización, en general, del libramiento de un cheque sin provisión de fondos, podría resultar aconsejable la incorporación de una cláusula de regularización que excluya la necesidad de imponer una sanción penal cuando el girador paga el monto total del cheque, tal cual como se reconoce en diversas legislaciones penales.

Justificado entonces el recurso al Derecho penal para respaldar el uso del cheque, el legislador debe precisar las conductas que estarán sujetas a sanciones penales. De mucha importancia es, en esta etapa, el principio de fragmentariedad que obliga a criminalizar sólo las lesiones más graves del interés protegido por el Estado. Por esta razón, no todo uso irregular del cheque debe configurar el tipo penal, siendo necesario un grado de gravedad que justifique la im-

---

[24] Vid., así, QUINTANO RIPOLLÉS, *Rev. de Derecho privado*, 1960, p. 97 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Derecho cambiario*, p. 936; BAJO FERNÁNDEZ/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual*, PE, p. 536; PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 793 y s.; VARONA GÓMEZ, *Estafa y falsedad en títulos-valores*, p. 18. En esta línea se mueve también el Informe del Comité Europeo sobre problemas de la criminalidad del Consejo de Europa del año 1980. Vid., al respecto, RAMOS HERRANZ, *El pago de cheques*, p. 328.

[25] Igualmente en la realidad argentina, SOLSONA, en *Instituciones*, III, p. 429.

posición de la sanción penal. El supuesto más grave posiblemente sea generar con la emisión del cheque una apariencia de solvencia que no se tiene y que lleva al beneficiario del cheque a realizar una disposición patrimonial a favor del emitente o de un tercero[26]. Pero para castigar esta conducta no resultaría necesario crear un tipo penal específico de libramientos indebidos, sino que bastaría con recurrir al tipo penal de estafa[27]. La necesidad de crear un tipo penal específico sólo podría justificarse si se estima necesario castigar el uso indebido de un cheque con independencia de si se crea un perjuicio patrimonial mediante un engaño o no[28]. Esta opción legislativa ha sido la asumida por nuestro Código penal, como puede deducirse del tenor del artículo 215 del CP[29], en donde se sanciona la emisión o transferencia de un cheque que no podrá ser pagado o cuyo pago se frustra dolosamente, así como el cobro indebido de un cheque mediante actos de suplantación o modificación. El injusto penal no se encuentra, por tanto, en el engaño sobre la víctima, sino en la frustración de la expectativa de pago. No obstante, el legislador penal ha impuesto que, en determinados casos, se le requiera al girador el pago del monto del cheque, de manera tal que el cumplimiento de este requerimiento excluiría la necesidad de imponer la sanción penal prevista.

Con la determinación de las conductas sancionadas penalmente, se entra en el terreno propiamente penal y, por tanto, resulta po-

---

(26) Hace referencia a estos supuestos como "apariencia de bienes", Solsona, en *Instituciones*, III, p. 437.

(27) Así fue la opción legislativa del Código penal de 1924 (Vid., Reyna Alfaro, *Manual*, p. 386), y del actual Código penal español (Vid., Suárez Montes, *ADPCP* 1995, p. 689 y ss.; Varona Gómez, *Estafa y falsedad en Títulos-Valores*, p. 22 y ss.).

(28) Así en la discusión alemana sobre la subsunción del giro de cheques sin fondos en el tipo penal de estafa, Helllmann, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), IX, 2, n.m. 30.

(29) Vid., Vásquez Vásquez, *Gaceta Jurídica* 23 (1995), p. 103-A; Reyna Alfaro, *Manual*, p. 386. Cuestiona, por el contrario, esta opción legislativa, González Rus, *LH-Tiedemann*, p. 175 y s.

sible precisar cuál es el bien jurídico protegido. Afirmar que el bien jurídico es la Fe Pública[30], la confianza o buena fe en los negocios[31] o el sistema crediticio[32] nos lleva a conceptos tan generales como poco útiles para la interpretación de los tipos penales. Lo que, en todo caso, queda claro es que la realización de una conducta típica no podrá afectar estos intereses generales, pues un solo libramiento indebido no desestabiliza, por ejemplo, el sistema de créditos. Si el bien jurídico para el Derecho penal es aquello que se protege concretamente con la imposición de una sanción penal, las razones generales que motivaron la actividad incriminadora del legislador no podrán ser consideradas como el bien jurídico penalmente protegido. Por ello, somos del parecer de que el delito de libramiento y cobro indebidos tiene como bien jurídico protegido la expectativa normativa de conducta de los agentes económicos referida al uso regular del cheque tanto por parte del girador, como de los endosatarios y tenedores[33]. Esta expectativa se defrauda con un solo libramiento o cobro indebido, con absoluta independencia de su repercusión en el funcionamiento del sistema de créditos o los negocios. Con esta formulación procuramos no caer en el error naturalista de definir el patrimonio como bien jurídico y decir que el delito lesiona este bien jurídico[34]. Si bien la expectativa penalmente protegida tiene un carácter patrimonial, la defraudación de esta expectativa no precisa necesariamente la lesión efectiva de intereses patrimoniales.

---

(30) Vid., BORINSKY, *Derecho penal del cheque*, p. 37; EL MISMO, *Derecho penal económico*, p. 250 y s.; SOLSONA, en *Instituciones*, III, p. 425; BALCARCE, en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), p. 121.

(31) Vid. VÁSQUEZ VÁSQUEZ, *Gaceta Jurídica* 23 (1995), p. 103A. Anteriormente en términos similares, SOLER, *Derecho penal argentino*, T. V, p. 491; DE LA RÚA, *El nuevo régimen penal del cheque*, p. 67.

(32) Así, REYNA ALFARO, *Manual*, p. 387.

(33) Similarmente como los medios de pago no dinerarios, OTTO, *Bargeldloser Zahlungsverkehr und Strafrecht*, p. 45; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 9, n.m. 334.

(34) Vid., PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 799.

2. Figuras delictivas

El delito de libramiento y cobro indebidos de cheques tiene una descripción típica general y posteriores descripciones típicas específicas. Para poder afirmar la tipicidad de una conducta concreta no basta que esta conducta encuadre dentro de la descripción general, sino que es necesario, por mandato del principio de legalidad, que la misma pueda subsumirse dentro de alguna de las descripciones específicas. En este sentido, puede decirse que la descripción típica general es una primera delimitación de la conducta penalmente relevante, pero aún insuficiente para fundamentar la imposición de una sanción penal.

A. Conducta típica general

El primer párrafo del artículo 215 del CP establece como conducta típica general que el autor gire, transfiera o cobre un cheque. En este primer nivel de la descripción típica debe excluirse la relevancia penal de formas de pago que no constituyan, en sentido estricto, el pago a través de un cheque. El cheque no se encuentra definido expresamente en la LTV, pero es evidente que debe definirse de acuerdo a los contornos normativos que este instrumento mercantil tiene en dicha ley (artículos 1.2 y 172)[35]. En consecuencia, si bien el cheque es una orden de pago, no toda orden de pago es un cheque. Por ejemplo: las cajas rurales de ahorro y crédito pueden abrir cuentas de ahorro con órdenes de pago según lo reglamenta la Resol. SBS 433-96. Aun cuando estas órdenes de pago con cargo a cuentas de ahorro puedan cumplir funciones similares a las de un cheque, no se tratará, en sentido estricto, de un cheque, pues no tienen su origen en una cuenta corriente, ni pueden ser transmitidas por endoso. La interpretación autónoma que podría realizar el juez penal respecto del elemento del tipo "cheque", no le permite rebasar

(35) El elemento del tipo "cheque" no puede interpretarse libremente por el juez penal, sino que tiene que ser definido accesoriamente con la regulación mercantil. Vid., al respecto, Bacigalupo Zapater, *Insolvencia y delito*, p. 131; Solsona, *Instituciones*, III, p. 409 y s.; Peña Cabrera, *Tratado*, PE, II-B, p. 784; Borinsky, *Derecho penal económico*, p. 245.

el límite del tenor literal, por lo que no podrá considerar cheque algo que ni en el lenguaje bancario lo es.

La conducta típica general no establece de manera expresa una cualidad especial del sujeto activo, por lo que podría concluirse que se trata de un delito común[36]. Sin embargo, un análisis más detallado mostrará lo contrario. Cuando el delito se configura por la conducta del emitente de un cheque, sujeto activo solamente podrá serlo aquel que tiene la condición de cuentacorrentista, pues solamente esta persona tiene la facultad de girar cheques con cargo a los fondos disponibles en una cuenta corriente[37]. La pregunta que se presenta es si podrá castigarse como autores a los que, a pesar de no ser propiamente titulares de la cuenta corriente, tuvieron el dominio del riesgo típico. En la medida que estamos ante un delito de dominio[38], la respuesta deberá ser afirmativa. Por ejemplo: si el titular de la cuente corriente es una persona jurídica, el representante o administrador con facultades para girar cheques en nombre de la persona jurídica realizará el tipo penal aunque no reúna la calidad de cuentacorrentista. Para llegar a esta solución no resulta necesario recurrir a la cláusula del actuar en lugar de otro del artículo 27 del CP, siendo suficiente una interpretación fáctica de la conducta típica[39]: el que ha girado, en términos fácticos, un cheque sin fondos disponibles

---

(36) Así, REYNA ALFARO, *Manual*, p. 389.

(37) Vid., PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 803. Igualmente, en otros ordenamientos penales, BACIGALUPO ZAPATER, *Insolvencia y delito*, p. 132; SUÁREZ MONTES, en *Economía y Derecho empresarial*, Doral García (coord.), p. 212; LAJE ANAYA, *El cheque*, p. 63 y s.; BALCARCE, en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), p. 124. En el mismo la sentencia de la Corte Superior de Lima, Exp. 3471/98 de 14/09/98 (PELÁEZ BARDALES, *El cheque*, p. 294 y ss.).

(38) Por el contrario, BACIGALUPO ZAPATER, *Insolvencia y delito*, p. 133 y s., ve un delito de infracción de un deber.

(39) No obstante, la sentencia de la Corte Superior de Lima Exp. 7012-97 de 30/03/1998 sí recurre al artículo 27 del CP para hacer responsable al gerente general de una persona jurídica por un delito de libramiento indebido [Vid., *Gaceta Jurídica* 83-B (2000), p. 154 y s.]. En el mismo sentido, BAJO FERNÁNDEZ/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual*, PE, p. 544, en la anterior regulación española.

es el representante o administrador de la persona jurídica, de manera tal que éste será responsable como autor del delito de libramiento indebido. Lo importante es poder determinar que para poder ser autor del delito es necesario que la persona haya asumido la posición desde la cual se puede afectar el bien jurídico penalmente protegido, con independencia del estatus formal deducido del tipo penal. Esta interpretación fáctica sólo tiene como límite formal el tenor de la ley.

Las mismas ideas pueden utilizarse cuando la conducta típica se configura con el acto de transferir el cheque. En estos casos, el delito solamente podrá ser cometido por el legítimo tenedor del cheque que puede endosarlo o cederlo a otra persona. Para poder ser autor del delito, en estos casos, se requiere tener la capacidad de poder endosar o transmitir un cheque. Si se trata de una persona jurídica, el endosante del cheque será la persona jurídica desde el punto de vista de los efectos cambiarios, pero en el ámbito fáctico, lo será el representante. Por lo tanto, sólo a partir de una perspectiva fáctica de análisis es posible responsabilizar penalmente al representante o administrador de una persona jurídica por el delito de libramientos indebidos. La situación cambia completamente cuando el delito se configura por el hecho de cobrar indebidamente un cheque. En estos supuestos, autor del delito podrá ser cualquiera, en la medida que esta acción puede ser materializada por cualquier persona, sea o no beneficiario real del cheque, que lo cobre indebidamente.

B. Conductas típicas específicas

Es evidente que el solo hecho de girar, transferir o cobrar un cheque por sí mismo no adquiere aún relevancia delictiva, siendo necesario que se den algunas condiciones o circunstancias adicionales para configurar el desvalor penal. En los seis incisos del artículo 215 del CP se especifican las circunstancias que le otorgan significación penal a la conducta general de girar, transferir o cobrar un cheque. Hay que precisar que se trata de un tipo penal alternativo, en la medida que el delito se consumará con la realización de una sola de las modalidades previstas en el tipo penal.

a. Giro de cheques sin fondos (artículo 215 inciso 1 CP)

La primera modalidad del delito de libramiento indebido consiste en girar un cheque sin provisión de fondos suficientes o autorización para sobregirar la cuenta corriente. La prohibición penal se sustenta en el deber legal establecido en el artículo 173 de la LTV, según el cual, para la emisión de 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[40]. Si bien no se desprende de la redacción del tipo penal, el delito solamente se configurará cuando se emite un cheque como pago de una obligación[41], pues, de lo contrario, se podría dar protección penal a la emisión de cheques con causa ilícita[42]. Con esta restricción, se encontrarán también fuera del ámbito del tipo penal no sólo los supuestos de giro de cheque en garantía, sino también los casos en los que la causa del libramiento del cheque ha sido una donación (*donandi causa*)[43]. Si bien estos supuestos pueden presentarse como formalmente típicos, no contienen el suficiente desvalor como para acreditar la lesividad requerida por el tipo penal.

De suma importancia para la configuración típica de la conducta es precisar el momento en el que el titular de la cuenta corriente está en obligación de tener fondos suficientes o contar con autorización de sobregiro. Mientras unos autores sostienen que la obligación de tener fondos disponibles debe exigirse al momento de emitirse el cheque, otros señalan que la obligación debe exigirse al mo-

---

(40) Vid., así, REYNA ALFARO, *Manual*, p. 389.

(41) En la redacción original de la anterior regulación penal española se era mucho más específico, pues se exigía que el cheque haya sido dado en pago. Vid., al respecto, MAJADA, *Cheques y talones de cuenta corriente*, p. 223 y s.

(42) En este sentido, BAJO FERNÁNDEZ/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual*, PE, p. 548.

(43) Vid., en este sentido, MAJADA, *Cheques y talones de cuenta corriente*, p. 223 y s. Pero si el cheque girado como donación o en garantía se endosa, el endosatario de buena fe adquiere un derecho autónomo, lo que significa que tiene la facultad de exigir el derecho incorporado en el cheque, no extendiéndose la causa del giro al endosatario.

mento de la presentación del cheque para su cobro[44]. Esta disparidad de criterio influye en el momento de la consumación del delito, pues en el primer caso el delito se consumará al momento de girar el cheque, mientras que en el segundo caso se consumará al momento de su falta de pago por ausencia de fondos[45]. El tenor del tipo penal apunta a exigir la provisión de fondos o la autorización de sobregiro al momento de la emisión del cheque. Frente a esta afirmación podría decirse que lo que realmente importa no es el momento de la emisión del cheque, sino del pago[46]. Sin embargo, hay que recordar que el cheque, a excepción del cheque de pago diferido[47], es pagadero desde el momento de su emisión, lo que da mucha lógica a la exigencia de fondos o autorización de sobregiro desde el momento de la emisión[48]. En este sentido, la emisión de un cheque sin fondos o autorización de sobregiro será típica, aun cuando al momento de su presentación para el pago el titular de la cuenta haya hecho un abono suficiente para satisfacer el pago. En este último caso, si bien la conducta es típica, podrá decirse que no hay una antijuridicidad material (afectación al bien jurídico protegido), en la medida que el tenedor del cheque ha visto cumplida su expectativa de cobro al momento de presentarlo al banco girado.

Dada la especial característica que hemos mencionado del cheque de pago diferido, habría que precisar si la protección penal al-

---

(44) Vid., así, Peláez Bardales, *El cheque*, p. 166.

(45) Hay incluso una tercera posibilidad de interpretación que señala que el delito se consuma cuando el girador se niega a pagar el cheque en el plazo otorgado por el requerimiento del tenedor del cheque. Si la estructura del tipo penal es la unión de una acción y de una omisión (Vid., así, Laje Anaya, *El cheque*, p. 99) o solamente una omisión (Bacigalupo Zapater, *Insolvencia y delito*, p. 114), es una discusión doctrinal en la que no vamos a entrar, por sernos superficial la diferencia entra acción y omisión.

(46) Así el parecer de Suárez Montes, en *Economía y Derecho empresarial*, Doral García (coord.), p. 216 y s.; Laje Anaya, *El cheque*, p. 77; Paláez Bardales, *El cheque*, p. 137.

(47) Vid., así, Bramont-Arias Torres, *Gaceta Jurídica* 83-B (2000), p. 54.

(48) En este sentido, Borinsky, *Derecho penal del cheque*, p. 81; Peña Cabrera, *Tratado*, PE, II-B, p. 807.

canza también a esta forma de cheque especial. Una respuesta espontánea podría ir en la dirección de no encontrar una razón para excluirlo del concepto de cheque utilizado por el tipo penal, por lo que simplemente habría que ajustar sus particularidades al tipo penal de libramiento indebido. En este orden de ideas, por ejemplo, BRAMONT-ARIAS TORRES considera que en el caso del cheque con pago diferido la provisión de fondos se exige a partir de la fecha consignada para el pago[49]. En la doctrina penal argentina, sin embargo, se ha discutido sobre la posibilidad de ampliar la protección penal al cheque diferido, recurriendo como principal argumento a la idea de que esta clase de cheque no constituye un medio de pago, sino un instrumento de crédito[50]. Quien gira un cheque de pago diferido no tiene la obligación de tener fondos disponibles al momento de girarlo, asumiendo únicamente el compromiso concreto de depositar los fondos correspondientes al momento previsto para el pago. La penalización de la falta de provisión a la fecha consignada para el pago en el cheque de pago diferido constituiría una forma de prisión por deudas constitucionalmente proscrita[51].

Para tomar postura frente a la discusión sobre la inclusión del cheque de pago diferido en el ámbito de protección del delito de libramiento indebido, hay que tener presente, en primer lugar, que en la LTV se establece expresamente que el cheque de pago diferido es una *orden de pago*, emitido a cargo de un banco, bajo condición para su pago que transcurra el plazo señalado en el mismo título. No se trata, por tanto, de la simple asunción de una obligación de futura provisión de fondos. De hecho, el cheque de pago diferido puede negociarse en el mercado cambiario desde el momento de su libramiento, por lo que su protección penal resultaría plenamente justificada. No obstante, son consideraciones formales las que obligan a negar la posibilidad de aplicar el artículo 215 inciso 1 del CP a los cheques de pago diferido, pues la conducta típica se ajusta únicamente a los cheques que deben estar cubiertos al momento del

(49) Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES, *Gaceta Jurídica* 83-B (2000), p. 54.

(50) Vid., así, BORINSKY, *Derecho penal económico*, p. 252.

(51) Así, BORINSKY, *Derecho penal económico*, p. 252 y s.

giro ("gire sin tener provisión de fondos suficientes o autorización para sobregirar la cuenta corriente"). En consecuencia, la falta de fondos suficientes o autorización para sobregiro en el caso del cheque de pago diferido no puede ser abarcada por el tenor del supuesto legal de giro de cheque sin fondos, aun cuando resulta perfectamente justificable su castigo desde consideraciones materiales. No obstante, lo anteriormente dicho no impide la aplicación del resto de conductas típicas del artículo 215 del CP al cheque de pago diferido, por ejemplo, a quien endosa a sabiendas un cheque que fue girado con pago diferido y que al momento de intentar cobrarlo no fue pagado por falta de provisión de fondos.

La importancia que hemos destacado de la falta de pago para la configuración del injusto penal plantea la cuestión de si puede tener lugar un delito de libramiento indebido cuando se paga el cheque sólo parcialmente. Como ya lo hemos visto al explicar los aspectos generales de la regulación legal del cheque, cuando los fondos resultan insuficientes para pagar el monto total de la orden de pago contenida en el cheque, puede procederse a realizar un pago parcial. Sin embargo, este pago parcial no excluye la responsabilidad penal por el libramiento indebido[52], pues con ello no se evita la defraudación de la expectativa de pago que genera el libramiento de un cheque sin fondos. La expectativa de pago es por el monto global del cheque, no por montos parciales.

En cuanto a la parte subjetiva del tipo, esta modalidad del delito de libramiento indebido se configura solamente a título de dolo. No cabe, por tanto, un delito culposo de giro de cheque sin fondos[53]. El

---

(52) En el mismo sentido, Majada, *Cheques y talones de cuenta corriente*, p. 237; Suárez Montes, en *Economía y Derecho empresarial*, Doral García (coord.), p. 216; Solsona, en *Instituciones*, III, p. 450; Peláez Bardales, *El cheque*, p. 138 y s.; Bajo Fernández/Suárez González, *Manual*, PE, p. 546.

(53) Vid., Peña Cabrera, *Tratado*, PE, II-B, p. 808. No puede encontrar asidero, en este sentido, el castigo por el delito de libramiento indebido a quien "realiza una conducta negligente", como lo hace la sentencia de la Corte Superior de Lima Exp. 626-92 del 27/06/1994 [*Gaceta Jurídica* 76-B (2000), p. 156 y ss.].

dolo del autor debe abarcar la conducta prohibida y, concretamente, la falta de fondos suficientes para el pago del cheque girado[54]. No obstante, la descripción de la conducta típica no requiere ninguna circunstancia especial que limite la realización subjetiva al dolo directo, por lo que será perfectamente posible la realización de este supuesto delictivo a título de dolo eventual. En este sentido, el conocimiento de la alta probabilidad de que el cheque no se encuentra provisto de fondos y de que, por lo tanto, no podrá ser pagado al tenedor al momento de su presentación para el pago, resulta suficiente para la imputación subjetiva que exige este supuesto típico.

b. Frustración del pago (artículo 215 inciso 2 CP)

El artículo 215 inciso 2 del CP sanciona la conducta consistente en frustrar por cualquier medio el pago de un cheque emitido previamente de forma válida. En cuanto a los medios para producir esta frustración de pago, el tipo penal asume una regulación abierta, por lo que el uso de cualquier medio indebido dará lugar a responsabilidad penal. La acción de frustración del pago más usual es el retiro o uso de los fondos para evitar el pago del cheque al momento de su presentación[55]. El girador de un cheque está obligado a mantener los fondos en la cuenta para el cobro efectivo del cheque. Sin embargo, esta obligación no puede hacerse sin ningún límite temporal, pues generaría una situación de incertidumbre patrimonial perjudicial para los intereses del cuentacorrentista. Como límite temporal podría plantearse, en primer término, el plazo legal para poder pagar un cheque. La legislación comercial autoriza al banco girado a pagar al tenedor de un cheque hasta dentro de un año desde su emisión, siempre que no haya sido revocado. La amplitud de este plazo parece exceder el nivel razonable de previsión que se le puede exigir a cualquier cuentacorrentista, siendo además poco compatible con la movilidad que el dinero debe tener en la

(54) Vid., TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 9, n.m. 334.

(55) Consideran que este supuesto pertenece al giro de cheques sin fondos, LAJE ANAYA, *El cheque*, p. 149 y s.; BALCARCE, en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), p. 132.

actividad comercial. Por ello, consideramos que la obligación de tener fondos disponibles para el pago de un cheque debe limitarse, más bien, al plazo legal para su presentación, es decir, a los treinta días establecidos en el artículo 207 de la LTV[56]. Transcurrido este plazo, el cuentacorrentista no estará obligado a tener fondos disponibles o autorización de sobregiro para el pago del cheque, de manera que la insuficiencia de fondos conscientemente producida no daría lugar al supuesto de frustración de pago del cheque.

El deber de mantener fondos suficientes dentro del plazo legal de presentación se levanta en determinados casos especiales. Por ejemplo: el artículo 192.3 de la LTV establece que durante la vigencia de la certificación, el emitente queda liberado de responsabilidad penal por libramiento indebido, correspondiendo al representante del banco girado que certificó el cheque las responsabilidades pertinentes por la falta de fondos para el pago del cheque. No obstante, hay que precisar que esta remisión de responsabilidades no significa que en este caso el representante del banco girado será el autor del delito de libramiento indebido. Aceptar este traslado de responsabilidad significaría admitir una forma de responsabilidad penal por el hecho de tercero, lo que resulta contrario al principio de culpabilidad. El sentido del artículo 192 de la LTV es hacer responsable civilmente al representante y obviamente también al banco por la falta de pago. El incumplimiento de la certificación bancaria no dará lugar a una responsabilidad penal, a no ser que se asuma la posibilidad de una autoría mediata del que usa un instrumento cualificado en situación de error.

Debemos precisar que la modalidad del delito de libramiento indebido por frustración del pago no se limita al caso de retiro de fondos de la cuenta corriente, sino que incluye otros supuestos como el giro y cobro inmediato de otro cheque para retirar los fondos, el cambio posterior de la firma autorizadora, etc. Se trata, en resumidas cuentas, de realizar actos dirigidos a impedir indebidamente

---

[56] A favor de esta interpretación, Laje Anaya, *El cheque*, p. 83; Peláez Bardales, *El cheque*, p. 137; Balcarce, en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), p. 126.

que un cheque válidamente emitido sea pagado al momento de su presentación al banco girado. Esta modalidad del delito se consumará, entonces, cuando el cheque es presentado al banco girado para su pago y se niegue este pago debido a los actos de frustración realizados por el girador o librador.

Para que el emitente de un cheque sea penalmente responsable no basta que su actuación posterior sea la causa que frustra el pago del cheque. El tipo subjetivo requiere que el emitente haya actuado maliciosamente. Este elemento subjetivo especial significa que el emitente debe haber realizado los actos dirigidos a frustrar el pago del cheque con pleno conocimiento y voluntad[57]. En este sentido, esta modalidad del delito de libramiento indebido solamente podrá configurarse a título de dolo directo de primer grado, quedando fuera del ámbito de lo punible la realización del delito con dolo eventual[58]. Esta particularidad de la imputación subjetiva será un fácil expediente para aquéllos que no llevan un orden de los cheques y sus fondos disponibles, pues le permitiría alegar con cierto éxito una falta de voluntad o conocimiento cierto de la frustración del pago del cheque.

c. Imposibilidad de pago (artículo 215 inciso 3 CP)

La acción típica de esta tercera modalidad del delito de libramiento indebido tiene lugar cuando el emitente gira un cheque a sabiendas que al momento de su presentación no podrá ser pagado legalmente. Se trata de una ley penal en blanco que se remite a las diversas normas jurídicas que impiden el pago de un cheque[59]. Las

---

(57) Vid., PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 812. Resalta sólo el aspecto cognitivo, BRAMONT-ARIAS TORRES, *Gaceta Jurídica* 83-B (2000), p. 55.

(58) De otro parecer, LAJE ANAYA, *El cheque*, p. 152.

(59) El cheque no debe pagarse por causas prescritas en la ley [BALCARCE, en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), p. 129]. En este sentido, RIGHI, *Delitos por la emisión ilegal de cheques*, p. 134, le atribuye el carácter de ley penal en blanco a este supuesto. No obstante, BACIGALUPO ZAPATER, *Insolvencia y delito*, p. 144, precisa que no es necesario que las normas de complemento tengan el rango de ley.

causas de la imposibilidad del pago pueden ser de diversa índole, siendo necesario solamente que el emitente sepa que por estas causas el cheque no podrá ser pagado al tiempo de su presentación. El giro de un cheque sobre cuenta cerrada, el inicio de un procedimiento concursal, el embargo de las cuentas, la utilización de una firma diferente a la real o la utilización de una sola firma cuando son necesarias dos, son algunas de las posibles causas que impedirían el pago del cheque[60]. Lo que debe quedar claro es que, a diferencia del inciso anterior, la conducta típica no requiere que el emitente del cheque realice actos posteriores dirigidos a impedir el pago del cheque, sino que el autor solamente conozca la existencia de ciertas circunstancias especiales que impedirán el pago legal del cheque al momento de su presentación[61]. Si es el emitente el que luego de girado el cheque realiza actos dirigidos a evitar el pago, estaremos ante un supuesto regulado en el inciso anterior.

El tipo subjetivo de la modalidad de imposibilidad de pago que ahora analizamos exige la presencia de dolo. Pero, además, debe precisarse que el tenor del tipo penal lleva a la conclusión de que no basta la existencia de cualquier forma de dolo, en la medida que requiere que el autor gire el cheque "a sabiendas" que al tiempo de su presentación no podrá ser pagado legalmente. La exigencia de un conocimiento cierto tiene como consecuencia que este supuesto típico sólo podrá cometerse cuando el autor actúe con dolo directo (de primer o de segundo grado)[62]. Por contra, si el autor no tiene la certeza de esta imposibilidad de pago, el delito no se realizará en su parte subjetiva[63]. La simple sospecha de una imposibilidad de pago

---

(60) Vid., sobre estos supuestos, con mayores referencias, Solsona, en *Instituciones*, III, p. 472 y s.; Laje Anaya, *El cheque*, p. 114 y ss.; Righi, *Delitos por emisión ilegal de cheques*, p. 134.

(61) Vid., Solsona, en *Instituciones*, III, p. 469.

(62) Igualmente, en el Derecho penal argentino exige un dolo cierto, Bacigalupo Zapater, *Insolvencia y delito*, p. 140 y s.; Solsona, en *Instituciones*, III, p. 470; Righi, *Delitos por emisión ilegal de cheques*, p. 136; Balcarce, en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), p. 129.

(63) Vid., Laje Anaya, *El cheque*, p. 127.

no resultará aún suficiente para configurar la parte subjetiva del hecho requerida por el tipo penal.

La consumación de la modalidad de imposibilidad de pago en el delito de libramiento indebido se produce cuando el autor gira el cheque con conocimiento de la existencia de una causa que impide el pago legal del cheque. Como puede verse, el delio se consuma con independencia de si el cheque se ha presentado para su cobro o no. Si bien la exigencia legal de un requerimiento de pago al girador para poder iniciar el proceso penal implicaría necesariamente que el afectado haya presentado el cheque para su cobro, hay que tener presente, como se explicará más adelante, que este aspecto no afecta la configuración típica del injusto penal, sino la categoría de la punibilidad. En este sentido, la consumación del delito no depende de que en el caso se presente un supuesto de exclusión de la punibilidad legalmente previsto.

d. Revocación encubierta del pago (artículo 215 inciso 4 CP)

El inciso 4 del artículo 215 del CP regula como otra modalidad del delito de libramiento indebido la revocación del cheque durante su plazo legal de presentación a cobro por causa falsa. En primer lugar, cabe destacar que según el artículo 208 de la LTV el emitente solamente puede revocar la orden de pago contenida en el cheque una vez vencido el plazo legal de treinta días, salvo mandato judicial[64]. Dentro del plazo legal solamente cabe la suspensión del pago del cheque, siempre que se ampare en alguna de las causales establecidas en el artículo 102 de la LTV. Si es que se solicita la suspensión del pago del cheque alegando causa falsa, el artículo 208.3 de la LTV establece que dicha suspensión conllevará responsabilidad penal, según la ley de la materia. En consecuencia, parecería ser que el inciso 4 del artículo 215 del CP vendría a materializar el castigo

(64) La razón de ser de la imposibilidad de revocación dentro del plazo legal de presentación para el pago se sustenta en la necesidad de garantizar la confianza de los tenedores de un cheque en el sentido de que esa orden de pago no podrá ser revocada a voluntad del girador. Vid., en este sentido, RAMOS HERRANZ, *El pago de cheques*, p. 342.

penal anunciado por la Ley de títulos valores. Sin embargo, los términos empleados en la normativa penal hacen difícil llegar a esa conclusión.

Para determinar el alcance del supuesto de revocación encubierta del pago hay que partir del hecho de que el tipo penal no usa el término suspensión, sino revocación. La suspensión tiene un carácter provisional, mientras que la revocación apunta a ser definitiva. En este sentido, el término suspensión difícilmente podría ser incluido o abarcado por el de revocación. Desde el punto de vista del tenor de la ley, parecería que efectivamente no hay forma de responder a esta crítica, pues la ampliación del sentido literal del término "revocación" llevaría a una infracción del principio de legalidad. En este sentido, solamente podrán incluirse en esta modalidad del delito de libramiento indebido los casos en los que cabe una revocación del pago del cheque dentro del plazo legal de presentación, es decir, los casos en los que es el juez quien ordena que no se pague el cheque, sea porque se ha iniciado una acción de ineficacia del título valor o porque se ha denunciado la comisión de un delito en la emisión del cheque (coacciones o estafa, por ejemplo). Si un particular pide la suspensión del pago aduciendo una causa falsa, ese hecho no podrá ser castigado con base en el artículo 215 inciso 4 del CP.

La única forma de evitar la impunidad de la acción de suspender el pago de un cheque alegando causas falsas sería incluyendo este supuesto en otro de los incisos del artículo 215 del CP. En esta línea, la modalidad de frustración de pago del inciso 2 se presenta como la más idónea para abarcar el supuesto en estudio, pues la suspensión del pago del cheque por la alegación de una causa falsa significa, en definitiva, una frustración del pago de un cheque válidamente emitido. De hecho, podría decirse que no era necesaria la incriminación expresa del supuesto de revocación encubierta del pago, pues tales casos pueden ser abarcados perfectamente por el supuesto de frustración del pago. En cualquier caso, esta reiteración específica no genera ningún problema en la persecución penal.

En cuanto a la imputación subjetiva, la revocación del pago del cheque por alegación de causa falsa requiere que el emitente sepa efectivamente que la causa que alega para la admisión de esta medi-

da es falsa. En este sentido, el delito solamente podrá ser cometido a título de dolo[65]. La temeridad en el planteamiento de una revocación de la obligación de pago de un cheque dentro del plazo legal de su presentación para el cobro, a pesar de que constituye la forma más grave de culpa, no resulta suficiente para configurar la parte subjetiva de esta modalidad del delito de libramiento indebido, pues el tipo penal requiere de una realización dolosa.

e. Cobro indebido (artículo 215 inciso 5 CP)

El artículo 215 inciso 5 del CP regula la figura del cobro indebido. Este supuesto típico puede configurarse de dos formas: por actos de suplantación o por actos de modificación. Los actos de suplantación tienen lugar cuando el autor utiliza cualquier medio para suplantar al beneficiario o endosatario real del cheque, sea en su identidad o firma, logrando cobrar de esta forma el cheque. Mediante los actos de modificación el autor altera las cláusulas (por ejemplo: "intransferible" o "no negociable"), las líneas de cruzamiento (en el caso del cheque cruzado) o cualquier otro requisito formal del cheque (los previstos en el artículo 174 de la LTV, como la cantidad a pagar, el nombre del beneficiario, etc.). Se trata, en definitiva, de la modificación del contenido del cheque para poder cobrarlo sin tener derecho a ello o poder hacerlo en condiciones distintas a las previstas por el girador. En ambos supuestos el delito se consuma con el cobro del cheque.

Un punto que puede levantar cierta discusión sería la incidencia penal que podría tener el hecho de que el cobro indebido se haya producido por una actuación negligente del banco girado o del girador[66]. Este sería el caso, por ejemplo, si el banco no corroboró suficientemente la identidad o firma de un suplantador del beneficiario del cheque o el girador dejó suficiente espacio en la cantidad a pagar,

---

(65) Igualmente en el Derecho argentino, LAJE ANAYA, *El cheque*, p. 147.

(66) En el Derecho comercial se discute sobre quién resulta responsable por el pago de un cheque falso o falsificado. Sobre este tema, Vid., con detalle, MARINA GARCÍA-TUÑÓN, *La responsabilidad por el pago de cheque falso o falsificado*, passim (espec. p. 73 y ss.).

de manera que el beneficiario pudo agregar otras cifras aumentando dicha suma. La cuestión que se presenta es si no estamos ante una infracción de incumbencias de autoprotección que lleva a imputar el resultado lesivo a la propia víctima y no al autor. La respuesta a esta cuestión debe partir de la idea de que en la medida que el autor ha actuado con una clara finalidad fraudulenta, difícilmente la falta de precaución de los funcionarios bancarios o del girador podría reconducir la imputación penal a éstos. En este sentido, la responsabilidad penal del autor de un cobro indebido se mantendrá incólume, pudiendo tenerse en cuenta la conducta de la víctima, en todo caso, al momento de la individualización de la pena. Distinto será la apreciación de estas circunstancias en caso de evaluarse la aplicación del tipo penal de estafa, pues el elemento del engaño suficiente requiere que la víctima no haya podido salir fácilmente de su error[67].

La incorporación del supuesto de cobro indebido en el artículo 215 del CP presenta serios cuestionamientos en el plano político-criminal. Debe reconocérsele razón a Vásquez Vásquez cuando critica la regulación expresa de los supuestos de cobro indebido en el mencionado artículo, pues estas conductas se encuentran ya abarcadas por los delitos de estafa y falsificación de documento, en donde se contemplan penas incluso mayores a las previstas por el delito de cobro indebido[68]. En consecuencia, lo único que se ha conseguido con esta incriminación específica es beneficiar a los autores del cobro indebido de cheques, pues su conducta se castigará, en virtud del principio de especialidad, con un tipo penal más benigno. La única forma de salir al paso ante esta incoherencia será considerando un concurso ideal de delitos sustentado en la afectación de bienes jurídicos distintos.

f. Endoso indebido de cheque (artículo 215 inciso 6 CP)

El inciso 6 del artículo 215 del CP contempla el supuesto en el que el beneficiario de un cheque lo endosa sabiendo que no tiene

---

(67) Vid., en este sentido, Varona Gómez, *Estafa y falsedad en Títulos-Valores*, p. 31.

(68) Vid., Vásquez Vásquez, *Gaceta Jurídica* 81-B (2000), p. 50 y s.

provisión de fondos. Sobre el desvalor penal de esta conducta parece no haber mayor duda. La discusión se presenta, más bien, sobre las razones por las que el legislador ha decidido limitar el ámbito de los endosos punibles a los casos de cheques sin fondos. En la medida que el legislador penal castiga penalmente el giro de cheques que no podrán ser cobrados al momento de su presentación para el pago, la consecuencia lógica de esta incriminación debió haber sido la inclusión, dentro del ámbito de los endosos punibles, también del caso de quien endosa un cheque que sabe no podrá ser pagado legalmente[69]. Estos casos presentan idéntico desvalor penal que el supuesto de endoso de cheques sin fondos, pero en razón del límite que impone el principio de legalidad, no podrán ser castigados con base en el inciso 6 del artículo 215 del CP.

La conducta típica exige que el endosante sepa que está endosando un cheque sin provisión de fondos, de manera que el delito solamente podrá cometerse con dolo de primer grado. La única manera de poder tener esta certeza es que el endosante haya intentado cobrar el cheque, pero el banco se lo haya denegado por falta de fondos. El delito se consuma en este caso con la acción de endosar el cheque. La figura delictiva del endoso de cheques sin fondos está unida al delito previo de giro de cheque sin fondos, en el que el afectado por el primer delito quiere trasladar el perjuicio a otra persona endosándole el cheque. La responsabilidad penal por el endoso no enerva la responsabilidad penal que le corresponde al emitente por girar un cheque sin fondos.

C. Resultado típico

En la doctrina penal se ha manejado la interpretación de que el delito de libramiento indebido es un delito de mera conducta que no requiere un perjuicio patrimonial. Esta afirmación no resulta del todo acertada, pues no es cierto que los delitos de mera conducta no produzcan un resultado, sino simplemente que la acción

---

[69] Vid., el mismo vacío en la regulación argentina, SOLSONA, en *Instituciones*, III, p. 476.

y el resultado lesivo no se encuentran temporalmente diferenciados[70]. En este sentido, el delito de libramiento indebido produce un resultado de perjuicio patrimonial, aunque no se diferencie de la acción típica. Esta particularidad hace innecesario tener que imputar objetivamente un resultado a la conducta del autor, bastando solamente con determinar la realización de la conducta típica. Es evidente, por ejemplo, que el libramiento de un cheque sin fondos produce un perjuicio patrimonial, pues el tenedor incorpora a su patrimonio un derecho que no tiene el valor indicado. Distinta es la naturaleza jurídica del supuesto de cobro indebido, pues este delito sí requiere un resultado lesivo diferenciable de la acción: el cobro indebido del cheque.

Las diferentes estructuras típicas de los delitos de libramiento y cobro indebidos repercuten en la posibilidad de castigo de la tentativa. Siendo la figura típica del libramiento indebido un delito de mera conducta, no será posible una tentativa del delito[71], mientras que en el caso del delito de cobro indebido podrá considerarse una tentativa punible cuando habiendo realizado el agente los actos de suplantación o modificación, no logra cobrar el cheque en la entidad bancaria correspondiente por causas ajenas a su voluntad.

3. Situaciones de justificación

En los escritos especializados y en la jurisprudencia extranjera se ha discutido si en los delitos de libramiento indebido es posible realizar el tipo penal en una situación de justificación que excluya la antijuridicidad del hecho. La discusión se plantea concretamente en los casos en los que la persona que recibe un cheque no cumple con la contraprestación ofrecida. En la jurisprudencia argentina se presentó un caso en el marco de una operación de préstamos mediante un "descuento de cheques", en donde el dinero no fue entregado al girador del cheque, por lo que éste se aprestó inmediatamente a

---

(70) Vid., en este sentido, Acale Sánchez, *RDPC* 10 (2002), p. 26 y s.

(71) Así, Balcarce, en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), p. 128.

frustrar el pago del cheque[72]. No cabe duda que esta conducta configura el supuesto típico de la frustración del pago, pero debe reconocerse también que se ha hecho con la finalidad de preservar el propio patrimonio de un perjuicio. Si bien podría decirse que existen otras alternativas legales para evitar ese incumplimiento (acudir a la autoridad)[73], también lo es que éstas deben ser capaces de impedir oportunamente la realización del peligro inminente. En este sentido, consideramos que, en estos casos, es posible argumentar una situación de justificación capaz de excluir la antijuridicidad del hecho, siempre que la defensa sea necesaria para alejar el peligro de lesión patrimonial que amenaza al girador de un cheque.

4. Concursos

El delito de libramiento indebido puede presentarse en concurso con el delito de estafa en los casos en los que el giro de un cheque desprovisto de fondos ha servido para generar una situación de error en la víctima y ha dado pie además a una disposición patrimonial. Si se sostiene que cada delito protege un bien jurídico distinto, la solución debería apuntar al concurso de delitos[74]. Por el contrario, si se entiende que el delito de libramiento indebido protege igualmente los intereses patrimoniales del tenedor de un cheque sólo que no se requiere inducir a error a la víctima para dar lugar a una disposición patrimonial, la relación con el delito de estafa se presentará como un concurso de leyes[75]. Por nuestra parte, coincidimos con el parecer que sostiene la existencia de un concurso de leyes. Para determinar el tipo penal aplicable deberá acudirse al principio de subsidiariedad[76],

---

(72) Vid., la sentencia de este caso en donde se acepta la legítima defensa, RIGHI, *Delitos por emisión ilegal de cheques*, p. 226 y ss.

(73) Así, RIGHI, *Delitos por emisión ilegal de cheques*, p. 151.

(74) Vid., así, VÁSQUEZ VÁSQUEZ, *Gaceta Jurídica* 23 (1995), p. 107-A.

(75) Vid., igualmente en atención a la regulación española, SUÁREZ MONTES, *ADP-CP* 1995, p. 702.

(76) Vid., en el mismo sentido, MONTOYA ALBERTI, en *LH-Rodríguez Pastor*, p. 367; RIGHI, *Delitos por la emisión ilegal de cheques*, p. 32. Por el principio de consunción, BRAMONT-ARIAS TORRES, *Gaceta Jurídica* 83-B (2000), p. 53.

lo cual llevará a aplicar el tipo penal de libramiento indebido sólo en caso no se presenten los elementos constitutivos del delito de estafa. Si la conducta concreta reúne todos los elementos configuradores de la estafa, será aplicable este tipo penal para determinar la pena a imponer[77].

Un delito continuado puede también tener lugar en caso se proceda a girar varios cheques para pagar a un mismo acreedor o a varios[78]. En la medida que se trata de varias lesiones a un mismo tipo penal en el mismo momento o en momentos diversos con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, se cumplirán los requisitos exigidos por el artículo 49 del CP para considerarlos un solo delito continuado de libramiento indebido. El que el requerimiento de pago al deudor se haga de manera individualizada o en conjunto por todo el monto de la deuda, no afecta, en lo absoluto, la posibilidad de afirmar un delito continuado. El requerimiento de pago no forma parte del tipo penal, por lo que no puede tener relevancia a efectos de precisar la naturaleza penal del delito.

5. Punibilidad

La realización de un delito de libramiento y cobro indebido no siempre resulta punible, en la medida que la legislación penal establece ciertas condiciones adicionales para poder proceder a castigar dicho delito. En el caso de la modalidad de giro o endoso de cheque sin fondos (incisos 1 y 6), el propio artículo 215 del CP establece que resulta necesario el protesto o la constancia expresa puesta por el banco girado señalando el motivo de la falta de pago[79]. La constancia del banco girado se hará, a petición del tenedor, en el mismo título. Esta constancia deberá contener el motivo del rechazo, la fecha de la presentación del cheque y la firma del funcionario autorizado de la empresa, pudiendo ser efectuada por el banco a través de cualquiera de sus oficinas de la República. Si ante la petición del

---

(77) Así lo ha hecho, por ejemplo, la sentencia de la Corte Superior de Lima Exp. 1347-97 del 19/01/1998 [*Gaceta Jurídica* 83-B (2000), p. 153 y s.].

(78) Vid., Bajo Fernández/Suárez González, *Manual*, PE, p. 551.

(79) Vid., Vásquez Vásquez, *Gaceta Jurídica* 80-B (2000), p. 52.

tenedor, el banco se niega injustificadamente a poner la constancia del referido rechazo, ésta asumirá la responsabilidad por los daños y perjuicios que ocasione. Sin el cumplimiento del protesto o la constancia del banco por falta de pago dentro del plazo legal de presentación del cheque, no será posible el inicio del proceso penal[80]. La posibilidad de hacer responsables penalmente a los funcionarios del banco que se niegan a hacer la constancia de falta de pago resulta inviable, pues su conducta no puede subsumirse ni como libramiento y cobro indebidos, ni como delito contra la Administración de Justicia.

El legislador penal ha considerado necesario además que, con excepción de los supuestos de revocación del cheque y cobro indebido, el afectado exija al girador el pago del monto total del cheque dentro de los tres días hábiles siguientes mediante requerimiento escrito y fehaciente, sea en forma directa, notarial, judicial o por cualquier otro medio con entrega fehaciente que se curse al girador. Especialmente discutido se presenta el caso de una persona jurídica, pues no se sabe si el requerimiento debe dirigirse a la persona jurídica o a la persona natural que giró el cheque[81]. En nuestra opinión, no es de recibo el criterio que señala que, en tanto la responsabilidad penal recae sólo sobre la persona natural, es a ésta a quien debe llegar el requerimiento. El requerimiento no forma parte del tipo penal, sino que constituye, más bien, una posibilidad que se le ofrece legalmente al deudor (la persona jurídica) para excluir la necesidad de imponer una pena por el delito consumado. Por otra parte, la exigencia de una entrega fehaciente nos permite concluir que el requerimiento debe llegar al ámbito de conocimiento del girador, pero no necesariamente que el girador tome conocimiento del requerimiento. En este sentido, si el girador no toma conocimiento de un requerimiento que se le ha cursado correctamente por falta de

(80) Como consecuencia de ello, la demostración por otros medios de la insuficiencia de fondos no podrá ser suficiente para imponer una sanción penal si es que el cheque no se presentó para su pago dentro del plazo legal. Vid., igualmente, MAJADA, *Cheques y talones de cuenta corriente*, p. 235.

(81) Vid., sobre la problemática, RIGHI, *Delitos por la emisión ilegal de cheques*, 101 y ss.

diligencia, su descuido no podrá tener efectos exculpatorios sobre su responsabilidad penal[82].

La acción penal procederá si el girador no paga el monto total del cheque dentro del plazo otorgado por el requerimiento[83]. El tenor literal parece no abarcar el pago de los gastos incurridos para hacer el requerimiento de pago[84], aunque razones de justicia parecerían aconsejar la inclusión de estos gastos. El precepto penal tampoco establece el plazo en el que debe presentarse este requerimiento legal de pago. Al respecto existen diversas interpretaciones: unos sostienen que el plazo es el plazo legal de presentación para el cobro y otros consideran que tal requerimiento podrá hacerse hasta que el delito prescriba[85]. En nuestra opinión, ninguno de estos pareceres resulta convincente, pues mientras el primero fundiría en un mismo plazo el protesto y el requerimiento, el segundo llevaría a una ampliación excesiva de la facultad de requerir el pago. En nuestra opinión, el requerimiento de pago de un cheque debidamente protestado (en el plazo legal de presentación) debe hacerse en el término de un año, pues éste es el plazo que reconoce la ley dentro del cual el cheque puede ser pagado lícitamente por los bancos[86]. Luego de transcurrido dicho plazo el cheque no podrá ser pagado legalmente, por lo que el afectado tendrá que recurrir a las otras vías judiciales para hacer valer su derecho.

Si bien la omisión del requerimiento de pago no autoriza a denunciar el hecho penalmente, hay que precisar que este requisito de

---

(82) El conocimiento efectivo del requerimiento se sustituye por la concesión de una oportunidad de conocimiento. Vid., sobre esto, Righi, *Delitos por la emisión ilegal de cheques*, p. 112 y ss.

(83) En este sentido, la Corte Superior de Lima en la sentencia Exp. 7012-97 de 30/03/1998, condenó por delito de libramiento indebido aun cuando el autor pagó parcialmente el monto del cheque [*Gaceta Jurídica* 83-B (2000), p. 154 y s.].

(84) Vid., así, Montoya Alberti, en *LH-Rodríguez Pastor*, p. 367 (empieza 347).

(85) Vid., sobre estas interpretaciones, Bacigalupo Zapater, *Insolvencia y delito*, p. 122 y ss.; Righi, *Delitos por emisión ilegal de cheques*, p. 103 y ss.

(86) Vid., Righi, *Delitos por la emisión ilegal de cheques*, p. 104 y ss.

procedibilidad no influye en los elementos constitutivos del delito[87]. Se trata de aspectos que pueden enmarcarse dentro de la llamada categoría de la punibilidad, según la cual una conducta dejará de ser punible si existen razones materiales o personales que llevan al Estado a desistir de su pretensión punitiva[88]. En el caso del delito de libramiento y cobro indebidos, a excepción de los casos de revocación de cheque y cobro indebido, el Estado entiende que el pago del monto total del cheque por parte del girador muestra una reparación del daño que solventa el conflicto penal. La imposición adicional de una pena implicaría una sobrerreacción del Estado, innecesaria desde el punto de vista de las necesidades de prevención.

6. Penalidad y consecuencias accesorias

La pena prevista para el delito de libramiento y cobro indebidos es una pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cinco años. Para individualizar la pena, el juez deberá recurrir a los parámetros establecidos en el artículo 45 y 46 del CP. De especial importancia en este proceso de determinación de la pena será el criterio de extensión del daño previsto en el artículo 46 inciso 4. En este sentido, la cuantía de la orden de pago incorporada en el cheque jugará un papel importante al momento de que el juez establezca la

(87) De opinión distinta, SOLSONA, en *Instituciones*, III, p. 447, quien, en referencia al Derecho penal argentino, entiende que el delito sólo se consuma transcurrido el plazo legal del requerimiento de pago del cheque no pagado por falta de fondos. En el mismo sentido, la sentencia de la Corte Superior de Lima Exp. 1578-98 de 30/06/98, al considerar el requerimiento un elemento objetivo del tipo (Vid., PELÁEZ BARDALES, *El cheque*, p. 299). En este sentido, el delito sería un delito de omisión (así, BACIGALUPO ZAPATER, *Insolvencia y delito*, p. 114), lo que traería como consecuencia el hecho de que si el girador del cheque no tuviese dinero al momento del requerimiento de pago, no podría ser castigado penalmente, pues no estaría en capacidad de cumplir con la acción esperada. Como tipo penal complejo (acción de dar en pago un cheque y omisión del pago requerido), BALCARCE, en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), p. 125 y ss.

(88) Similarmente, VÁSQUEZ VÁSQUEZ, *Gaceta Jurídica* 80-B (2000), p. 53; BRAMONT-ARIAS TORRES, *Gaceta Jurídica* 83-B (2000), p. 55.

pena concreta que debe recibir el autor de un delito de libramiento y cobro indebidos.

Además de la pena, la legislación comercial y bancaria prevé ciertas medidas adicionales, como es el caso de la publicidad del inicio y culminación de un proceso penal contra el girador, así como el cierre de cuentas corrientes por giro de cheques sin fondos[89]. En cuanto a la publicidad, el artículo 88 de la LTV establece que las autoridades jurisdiccionales tienen la obligación de notificar a la empresa o banco girado y a la Cámara de Comercio Provincial respectiva el inicio y culminación del proceso penal por libramiento indebido de cheques rechazados por falta de fondos. Por su parte, el artículo 183 de la LTV señala que los bancos están obligados a cerrar las cuentas corrientes de quienes hubieren girado cheques sin fondos[90]. La SBS publicará por lo menos mensualmente en el Diario Oficial El Peruano la relación de cuentas corrientes cerradas. Los titulares de las cuentas corrientes cerradas por haber girado cheques sin la correspondiente provisión de fondos, quedan impedidos de abrir nuevas cuentas corrientes con giro de cheques en cualquier empresa del sistema financiero, durante el plazo de un (1) año contado a partir del cierre respectivo. Durante el mismo tiempo, las empresas del sector financiero deben abstenerse de otorgar avances o sobregiros en favor de los titulares cuyas cuentas corrientes hubieran sido cerradas por haber girado cheques sin fondos. En caso de reincidir por primera vez, dicho impedimento y obligación de cierre durará tres (3) años. Si se reincide por segunda vez, la inhabilitación será permanente.

---

(89) Vid., con consideraciones críticas, Castro Salinas, *Thémis* 35, p. 36 y s.

(90) Vid., Bramont-Arias Torres, *Gaceta Jurídica* 83-B (2000), p. 54.

TÍTULO III
DELITOS CONTRA EL SISTEMA CREDITICIO

BIBLIOGRAFÍA DEL PRESENTE TÍTULO

ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PG, Lima, 1997 [cit. *Derecho penal económico*]. / ACHENBACH, "Zivilrechtsakzessorietät der insolvenzstrafrechtlichen Krisenmerkmale", Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, Köln, 2002, p. 257 y ss. [cit. *GS-Schlüchter*]. / ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale*, Leggi complementari, I, 9ª ed., Milano, 1994 [cit. *Manuale*, I]. / BACIGALUPO ZAPATER, "La responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)", en *Comentarios a la legislación penal*, T. V, Vol. 1, Madrid, 1985, p. 315 y ss. [cit. *Comentarios*, Cobo del Rosal (drg.)]. / BACIGALUPO ZAPATER, *Estudios jurídico-penales sobre insolvencia y delito*, Buenos Aires, 1970 [cit. *Insolvencia y delito*]. / BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGUESSE, *Derecho penal económico*, Madrid, 2001 [cit. *Derecho penal económico*]. / BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho penal*, Parte especial, 2ª ed., Madrid, 1993 [cit. *Manual*, PE]. / BECK, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 2004, 6 [cit. *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.)]. / BENEYTEZ MERINO, "Las insolvencias punibles", en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), Buenos Aires, 2000, p. 247 y ss. [cit. *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.)]. / BENLLOCH PETIT, "El principio de *non bis in idem* en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario", *PJ* 51, p. 305 y ss. / BERGERO, *La represión de la usura en el Código penal argentino, (art. 175 bis)*, Córdova, 2003 [cit. *La represión de la usura*]. / BITTMANN/RUDOLPH, "Untreue des GmbH-Geschäftsführers trotz Anordnung des Insolvenzverwaltung", *wistra* 2000, p. 401 y ss. / BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., "Delitos empresariales", en *Cuadernos jurisprudenciales: Los delitos empresariales*, 4 (2001), p. 5 y ss. / BRUNS, "Grundprobleme der strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung (§ 14 StGB, § 9 OWIG)", *GA*, 1982, p. 1 y ss. / BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal*, Parte especial, Barcelona, 1986 [cit. *Manual*, PE]. / CARO CORIA, "Los delitos concursales en el Derecho penal peruano",

RPDJP 3 (2002), p. 121 y ss. / CARO CORIA, *Derecho penal del medio ambiente*, Lima, 1999 [cit. *Derecho penal del medio ambiente*]. / CARO CORIA, ""La intervención previa del INDECOPI en el proceso penal: Un modelo para desarmar", ", *Thémis* 27-28, p. 217 y ss. / CASTILLO ALVA, "El actuar por otro: responsabilidad penal de los órganos representantes y socios representantes de una persona jurídica. El caso peruano", *Normas legales*, T. 279, 1999, p. A-67 y ss. / CREUS, *Quebrados y otros deudores punibles*, Buenos Aires, 1993 [cit. *Quebrados y otros deudores punibles*]. / CREUS, *Derecho penal*, PE, T. I, Buenos Aires, 1983 [cit. *Derecho penal*, PE, T. I]. / CUELLO CONTRERAS, "Insolvencias punibles", *CPC* 67 (1999), p. 37 y ss. / DEL ROSAL BLASCO, "Las insolvencias punibles, a través del análisis del delito de alzamiento de bienes, en el Código penal", *ADPCP*, 1994, p. 7 y ss. / FERRERO DIEZ CANSECO, "Del Derecho de quiebra al Derecho concursal moderno y la ley de reestructuración empresarial", en *Derecho*, 47 (1993) p. 385 y ss. / FLORES POLO, "Derecho penal de quiebras: consideraciones introductorias", en *Libro Homenaje a Carlos Rodríguez Pastor*, Lima, 1992, p. 223 y ss. [cit. *LH-Rodríguez Pastor*]. / GAGLIUFFI PIERCECHI, ""sospechosos comunes". La vinculación entre deudor y acreedor en el sistema concursal peruano y sus consecuencias", en *Foro Jurídico* 3, p. 145 y ss. / GARCÍA CANTIZANO, "Los nuevos delitos contra el sistema crediticio", *Gaceta Jurídica*, 68-B (1999), p. 57 y ss. / GARCÍA CAVERO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), Lima, 2004, p. 402 y ss. [cit. *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.)]. / GARCÍA CAVERO, *El actuar en lugar de otro en el Derecho penal peruano*, Lima, 2003 [cit. *El actuar en lugar de otro*]. / GARCÍA CAVERO, "Consideraciones críticas a la reforma penal de los delitos concursales", *Cathedra* 5, p. 229 y ss. / GARCÍA CAVERO, "Algunos apuntes sobre el fraude en la administración de personas jurídicas: la doble contabilidad y la administración fraudulenta", *Gaceta Jurídica* 62-B (1999), p. 29 y ss. / GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho: Criterios de imputación*, Barcelona, 1999 [cit. *La responsabilidad penal del administrador de hecho*]. / GATTEGNO, *Droit Pénal spécial*, París, 1995 [cit. *Droit Pénal spécial*]. / GÓMEZ PAVÓN, "Las insolvencias punibles en el Código penal actual", *CPC* 64 (1998), p. 35 y ss. / GONZÁLEZ CUSSAC, "Ley concursal e insolvencia punible", en Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Navarra, 2005, p. 1439 y ss. [cit. *LH-Rodríguez Mourullo*]. / GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de quiebra*, Valencia, 2000 (cit. *Los delitos de quiebra*). / GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, I, Zaragoza, 1985 [cit. *El actuar en lugar de otro*, I]. / HAMMERL, *Die Bankrottdelikte*, Frankfurt, 1970 [cit. *Die Bankrottdelikte*]. / HELLMANN/BECKEMPER, *Wirtschaftsstrafrecht*, Stuttgart, 2004 [cit. *Wirtschaftsstrafrecht*]. / HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2. Aufl., Berlin, 1988 [cit. *Strafrecht*]. / INDECOPI, *Fortalecimiento del sistema de reestructuración patrimonial*, Documento de trabajo n° 002-1999, publicado el 17 de marzo de 1999 [cit. *Fortalecimiento*]. / ISMODES TALAVERA, "La institución de la quiebra en la legislación peruana y su incorporación en la ley general del sistema concursal", *Revista Jurídica del Perú* 42, p. 81 y ss. / JAÉN VALLEJO, "Las insolvencias punibles", *CPC* 58 (1996), p. 27 y ss. / JAKOBS, "Imputación jurídico penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma", *PJ* 49, p. 297 y ss. / JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, (Cancio/ Feijoo), Madrid, 1996 [cit. *Sociedad, norma y persona*]. / JAKOBS, "Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas", (trad. Díaz Pita), *ADPCP*, 1992, p. 213 y

ss. / JAKOBS, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin, 1991 [cit. *Strafrecht*, AT]. / KINDHÄUSER, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Aufl. 2005, § 283. / KINDHÄUSER, "Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico", (trad. Molina), en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995 [cit. *LH-Tiedemann*]. / KÖHLER, "Insolvenz – Strafrechtlicher Teil", *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2004, 7 [cit. *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.)]. / LAMAS PUCCIO, "Delitos contra la confianza y buena fe en los negocios en la legislación nacional, con referencia especial al artículo 209 del Código penal", *Ius et Veritas* 32, p. 293 y ss. / LARGUIER J./LARGUIER A-M, *Droit pénal spécial*, París, 1998 [cit. *Droit pénal spécial*]. / MAGGIORE, *Derecho penal*, PE, (trad. Ortega Torres), Vol. V, Bogotá, 1972 [cit. *Derecho penal*, PE, Vol. V]. / MANTOVANI, *Diritto penale*, PE, Padova, 1989 [cit. *Diritto penale*, PE]. / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, Parte general, Valencia, 1998 [cit. *Derecho penal económico*, PG]. / MARXEN, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, 1995, § 14. / MATA MARTÍN, "El principio de non bis in idem de la reforma de la responsabilidad penal y disciplinaria de jueces y magistrados", *PJ* 41-42, p. 186 y ss. / MIR PUIG, *Derecho penal*, Parte general, 5ª ed., Barcelona, 1998 [cit. *Derecho penal*, PG]. / MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976 [cit. *Introducción a las bases*]. / MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, PE, 12ª ed., Valencia, 1999 [cit. *Derecho penal*, PE]. / MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, Barcelona, 1971 [cit. *El delito de alzamiento de bienes*]. / NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, 10. Aufl., Frankfurt a.M., 2002 [cit. *Strafrecht*]. / NAVARRO/RIZZI, El delito de quiebra, Buenos Aires, 2004 [cit. *El delito de quiebra*]. / NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo sancionador*, 2ª ed., Madrid, 1994 [cit. *Derecho administrativo sancionador*]. / NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, Valencia, 2000 [cit. *El delito de quiebra*]. / NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, Barcelona, 1996 [cit. *El delito de administración fraudulenta*]. / NIETO MARTÍN, "Las insolvencias punibles en el nuevo Código penal", *AP* 40 (1996), p. 770 y ss. / NIGGLI, "Ultima ratio?", *SchwZStR* 1993, p. 236 y ss. / OCAÑA RODRÍGUEZ, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., Madrid, 1997 [cit. *El delito de alzamiento de bienes*]. / PENZLIN, *Strafrechtliche Auswirkungen der Insolvenzordnung*, Herbolzheim, 2000 [cit. *Strafrechtliche Auswirkungen der Insolvenzordnung*]. / PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal*, Parte especial, II-B, Lima, 1995 [cit. *Tratado*, PE, II-B]. / QUERALT JIMÉNEZ, ""Ne bis in idem": significados constitucionales", en *Política criminal y Reforma penal*, LH-Juan del Rosal, Madrid, 1993, p. 885 y ss. [cit. *LH-Juan del Rosal*]. / QUERALT JIMÉNEZ, *Manual de Derecho penal español*, PE, 2ª ed., Barcelona, 1992 [cit. *Derecho penal español*, PE]. / QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, T. III, Madrid, 1965 [cit. *Tratado*, PE, T. III]. / QUINTERO OLIVARES, en *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Quintero Olivares (drg.), Pamplona, 1997, p. 535 y ss. [cit. *Comentarios*, Quintero Olivares (drg.)]. / RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, Heidelberg, 1996 [cit. *Unternehmensstrafrecht*]. / REYNA ALFARO, *Manual de Derecho penal económico*, Lima, 2002 [cit. *Manual*]. / RODRÍGUEZ MOURULLO, "Acerca de la insolvencias punibles", en *Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, II, Madrid, 2004, p. 1153 y ss. [cit. *LH-Bacigalupo* (España)]. / RODRIGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal*, en Rodríguez Mourullo (ed.), Madrid, 1997, p. 176 y ss. [cit. *Comentarios*, Rodríguez Mourullo (ed.)]. / ROXIN, *Strafrecht*, AT, 3. Aufl., München, 1997 [cit., *Strafrecht*, AT].

/ ROXIN, "Sentido y límite de la pena estatal" en *Problemas básicos del Derecho penal*, (trad. Luzón Peña), Madrid, 1976, p. 11 y ss. [cit. *Problemas básicos*]. / ROY FREYRE, *Derecho penal peruano*, PE, III, Lima, 1983 [cit. *Derecho penal peruano*, PE, III]. / RUIZ, *Régimen penal de la quiebra*, Bogotá, 1972 [cit. *Régimen penal de la quiebra*]. / SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El delito tributario contable*, Pamplona, 1995 [cit. *El delito tributario contable*]. / SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, I, 2ª ed., Lima, 2003 [cit. *Derecho procesal penal*, I]. / SCHÄFER, "Die Entwicklung des Rechtsprechung zum Konkursstrafrecht", *wistra*, 1990, p. 81 y ss. / SCHROEDER, "Die Rechtsnatur des Grundsatzes ne bis in idem", *JuS* 1997, p. 227 y ss. / SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, "Quiebra, concurso o suspensión de pagos mediante alzamiento de bienes", *CPC* 66 (1998), p. 649 y ss. / SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., Madrid, 2001 (cit. *La expansión*). / SILVA SÁNCHEZ, *Artículo 31 del Código penal*, "El "actuar en lugar de otro" en el nuevo Código penal español", en *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Buenos Aires, 1998, p 176 y ss. [cit. *Consideraciones*]. / SILVA SÁNCHEZ, "El sistema de incriminación de la imprudencia (artículo12)", en *El nuevo Código penal: Cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, p. 79 y ss. [cit. *El nuevo Código penal*]. / SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992 [cit. *Aproximación*]. / SCHÜNEMANN, "¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?", (trad. Rodríguez Montanés), *CCGPJ*, Madrid, 1991, p. 31 y ss. / STREE/HEINE, en Schönke/Schröder *StGB-Kommentar*, 26. Aufl., München, 2001, §§ 283 y ss. [cit. Schönke/Schröder *StGB-Kommentar*]. / SUÁREZ GONZÁLEZ, en *Comentarios al Código penal*, Rodríguez Mourullo (coord.), Madrid, 1997, pp. 730 y ss. [cit. *Comentarios*, Rodríguez Mourullo (coord.)]. / TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, Valladolid, 1995 [cit. *Derecho penal de la empresa*]. / TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, Besonderer Teil mit wichtigen Gesetzes- und Verordnungstexten, Köln, 2006 [cit. *Wirtschafsstrafrecht*, BT]. / TIEDEMANN, *Insolvenz-Strafrecht*, 2. Aufl., Berlín, 1996 [cit. *Insolvenz-Strafrecht*]. / TIEDEMANN, *Kommentar zum GmbH-Strafrecht* (§§ 82-85 GmbH und ergänzende Vorschriften), 3. Aufl., Köln, 1995 [cit. *Kommentar zum GmbH-Strafrecht*]. / TIEDEMANN, *Lecciones de Derecho penal económico*, (trad. Teresa Martín), Barcelona, 1993 (cit. *Lecciones*). / TIEDEMANN, *Leipziger Kommentar*, 11. Aufl., Berlin, 1993, § 283. / TRAYTER JIMÉNEZ/AGUADO CUDOLÁ, *Derecho administrativo sancionador*, Barcelona, 1995 [cit. *Derecho administrativo sancionador*]. / TRÖNDLE/FISCHER, *Stragesetzbuch und Nebengesetze*, 51. Aufl., München, 2003, § 266. / UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, "Quiebra fraudulenta", en *Rev. Peruana de Derecho de la empresa*, 1994, p. 92 y ss. / VILLAVICENCIO TERREROS, *Lecciones de Derecho penal*, Lima, 1990 [cit. *Lecciones*]. / VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de alzamiento de bienes*, Valencia, 1998 [cit. *Los delitos de alzamiento de bienes*]. / VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al Código penal de 1995*, Vives Antón (coord.), V. II, Valencia, 1996 [cit. *Comentarios*, Vives Antón (coord.), V. II]. / WEGNER, *Handbuch, Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 2004, VII 1 [cit. *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.)]. / WEYAND, *Insolvenzdelikte*, 4. Aufl., Bielefeld, 1998 [cit. *Insolvenzdelikte*]. / WOHLERS, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner" Gefährdungsdelikte, Berlin, 2000 [cit. *Deliktstypen*].

Los delitos contra el sistema crediticio se encuentran enmarcados, junto con el delito de usura y los libramientos indebidos, en el Título VI del Libro segundo del Código penal titulado "delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios"[1]. A diferencia de otros títulos del Código penal, en donde las distintas figuras delictivas se agrupan en torno a un mismo bien jurídico afectado, el legislador penal no ha seguido este criterio de sistematización en el título al que ahora nos referimos. En efecto, una lectura de los tipos penales que se engloban en el Título VI del Código penal pone en evidencia que estos delitos no pueden reducirse ni a un mismo fundamento de incriminación, ni a un mismo bien jurídico protegido[2]. Por ello, cabe suponer que la razón de esta agrupación de tipos penales sería un dato, en todo caso, criminológico, es decir, el hecho de que estos delitos se cometen en un mismo ámbito de actuación. En este orden de ideas, el denominador común radicaría en que todos estos delitos serían cometidos normalmente en el tráfico económico y patrimonial, es decir, en los negocios, por lo que no cabría hablar aquí de una homogeneidad en cuanto al bien jurídico, sino de actuaciones que afectan diversas condiciones esenciales del tráfico económico y patrimonial.

---

(1) La fuente utilizada para la denominación y contenido de este Título del Código penal es el Proyecto Soler de 1960. Para Soler todo este catálogo de delitos son "atentados contra la buena fe en los negocios" en sus distintas especificaciones.

(2) Igualmente las críticas al Proyecto Soler de BERGERO, *La represión penal de la usura*, p. 95.

Si, en atención a lo dicho, los delitos contra la confianza y buena fe en los negocios no protegen lo mismo, habrá que precisar sobre qué aspectos se estructura cada tipo penal. BRAMONT-ARIAS TORRES ha intentado sistematizar los delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios en dos grandes grupos, atendiendo a su modalidad de ejecución. Por un lado, se encontrarían los delitos que castigan conductas defraudatorias a los acreedores, como sería el caso de los atentados contra el sistema crediticio y el delito de libramiento y cobro indebidos, mientras que, por el otro, estarían los delitos que castigan el abuso de una posición de dominio, como sería el caso del delito de usura[3]. Esta clasificación basada en la modalidad de ataque resulta, sin embargo, insuficiente para un estudio crítico de los tipos penales, pues el punto de inicio de cualquier análisis dogmático debe ser siempre el bien jurídico penalmente protegido. En este sentido, una adecuada sistematización de los delitos contra la confianza y buena fe en los negocios requiere precisar qué aspectos del sistema económico resultan protegidos por estos tipos penales. En este título, referido a los delitos contra el sistema crediticio, nos ocuparemos solamente de precisar el aspecto del sistema económico resguardado por estos delitos.

Los delitos contra el sistema crediticio se enmarcan, como se desprende de su propia denominación, en el llamado sistema crediticio. Se trata de una condición esencial para el desarrollo del libre mercado, ya que la necesidad de fluidez en el tráfico económico requiere la realización continua de prestaciones aunque no se cumpla inmediatamente con ejecutar la contraprestación correspondiente. Para que la falta de cumplimiento inmediato de la contraprestación no afecte el desarrollo continuo de las operaciones económicas, el sistema jurídico debe asegurar la confianza en el sistema de créditos, negando la generalización de conductas que lo ponen en cuestión o buscan manipularlo mediante el aprovechamiento indebido de la responsabilidad patrimonial limitada. Respondiendo precisamente a estas necesidades del sistema económico, el Derecho penal

[3] Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., *Cuadernos jurisprudenciales: Los delitos empresariales*, 4 (2001), p. 5 y s.

ha incorporado un conjunto de tipos penales dirigidos a reprimir ciertas conductas defraudatorias que pretenden manejar la insolvencia en perjuicio de los acreedores. Estos tipos penales se agrupan en el capítulo titulado "Atentados contra el sistema crediticio", el cual será objeto de análisis en el presente título.

CAPÍTULO ÚNICO

LOS ATENTADOS CONTRA EL SISTEMA CREDITICIO (DELITOS CONCURSALES)

I. INTRODUCCIÓN

Bajo la denominación de "atentados contra el sistema crediticio", nuestro Código penal regula un conjunto de conductas defraudatorias que afectan de manera intolerable las pretensiones económicas de los acreedores a través de la insolvencia. Esta denominación parecería no limitarse a aquellos delitos que se cometen en el ámbito de los procedimientos concursales regulados por ley, sino que abarcaría también supuestos de fraude a los acreedores cometidos al margen de estos procedimientos, siempre que, claro está, se afecta de modo igualmente grave los intereses de los acreedores mediante la insolvencia. No obstante, una revisión de los tipos penales incluidos en el capítulo dedicado a los atentados contra el sistema crediticio nos muestra que el ámbito de criminalización se ha limitado únicamente a los supuestos cometidos dentro de los procedimientos concursales regulados por ley. En consecuencia, los atentados contra el sistema crediticio son, de *lege lata*, delitos concursales, lo que nos permite concluir que habría sido quizá mucho más preciso utilizar esta denominación para agrupar los tipos penales contemplados en el capítulo I del Título VI del

Código penal, tal como se hace, por ejemplo, en el Derecho penal alemán (*Konkursdelikte*)[1].

Con independencia de si resulta acertada la denominación utilizada por la redacción actual del Código penal, el hecho es que debemos proceder a hacer un análisis dogmático de los delitos contra el sistema crediticio a efectos de poder precisar su contenido, así como sus defectos de regulación. Para poder llevar a cabo adecuadamente esta labor, resulta de suma importancia hacer un recuento de los distintos cambios legislativos ocurridos no sólo en el ámbito penal, sino sobre todo en la legislación concursal. Sólo si tenemos una panorámica de las diversas modificaciones legislativas al sistema concursal, podremos estar en capacidad de emprender con solvencia el estudio jurídico-penal de los atentados contra el sistema crediticio, pues el contenido de estos delitos ha estado siempre muy vinculado a la regulación legal de las situaciones de insolvencia[2].

II. LA EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN CONCURSAL Y SU INCIDENCIA EN LA REGULACIÓN PENAL

Para identificar a los delitos concursales la redacción original del Código penal de 1991 utilizó la denominación de "quiebra",

---

(1) Vid., TIEDEMANN, *LK*, preliminares al § 283, n.m. 2. En España se utiliza la denominación genérica de insolvencias punibles [Vid., SUÁREZ GONZÁLEZ, en *Comentarios al Código penal*, Rodríguez Mourullo (drg.), p. 730 y ss; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios*, Vives Antón (coord.), V. II, p. 1280; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español*, PE, p. 572], lo cual resulta lógico en la medida que se castigan también conductas que no se enmarcan en un procedimiento de quiebra, concurso o suspensión de pagos. En Italia se regulan por separado los delitos de quiebra (*reati fallimentari*) de la insolvencia fraudulenta (*insolvenza fraudolenta*), Vid., sobre esto, ANTOLISEI, *Manuale*, p. 3 y ss. En Francia se utiliza la terminología de bancarrota (*banqueroute*), Vid., GATTEGNO, *Droit Pénal spécial*, p. 246 y ss.; LARGUIER J./LARGUIER A-M, *Droit pénal spécial*, p. 215.

(2) Vid., así, la vinculación entre los delitos referidos a la insolvencia y la legislación concursal, BACIGALUPO ZAPATER, *Insolvencia y delito*, p. 1 y ss.; PENZLIN, *Strafrechtliche Auswirkungen der Insolvenzordnung*, p. 1 y ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 1439.

siguiendo la misma línea del Código penal de 1924 que agrupó estos delitos bajo el título de "delitos en la quiebra y en las deudas". La razón por la cual se usó esta denominación en la tipificación llevada a cabo por el Código penal de 1924 se encontraba en el hecho de que el proceso de quiebra regulado en ese entonces comenzaba con la declaratoria de quiebra del deudor[3]. Los tipos penales giraban alrededor de esta declaratoria, sea como delito de quiebra fraudulenta, en el que se castigaba actos de defraudación a los acreedores que cometía el deudor declarado en quiebra, sea como delito de quiebra culposa, en el que se castigaba al deudor comerciante que causaba por culpa manifiesta su propia quiebra[4]. El Código penal de 1991 no alteró la estructuración de estos delitos, en la medida que al entrar en vigencia seguía en vigor la Ley Procesal de Quiebras de 1932.

La promulgación de la llamada Ley de Reestructuración Empresarial (Decreto Ley 26116 de 30/12/92) que implementó un nuevo procedimiento concursal para las empresas[5], produjo un desfase con la regulación penal de los delitos de quiebra en el Código penal

---

(3) El procedimiento de quiebras para deudores comerciantes estaba regulado en el Código de Procedimientos Civiles de 1912 en relación con el Código de Comercio de 1902. En 1932 se promulgó la Ley Procesal de Quiebras (Ley 7566), que sustituyó las normas sustantivas y procesales antes mencionadas. Vid., con mayores referencias, Roy Freyre, *Derecho penal peruano*, PE, III, p. 268 y s.; Peña Cabrera, *Tratado*, PE, II-B, p. 657 y ss.

(4) Vid., así, la exposición de Roy Freyre, *Derecho penal peruano*, PE, III, p. 279 y ss.; Flores Polo, en *LH-Rodríguez Pastor*, p. 232 y ss. En un análisis del Derecho penal argentino, muy similar a nuestra anterior regulación penal, Bacigalupo Zapater, *Insolvencia y delito*, p. 11 y ss., discrepa de la opinión que consideraba el segundo supuesto de quiebra una quiebra culposa, sino que la entiende como culpable, admitiendo, por tanto, una realización tanto dolosa como culposa.

(5) En este sistema concursal el objetivo principal es la conservación de la empresa, a diferencia de la lógica liberal de la autorregulación del mercado que elimina las unidades económicas improductivas. Vid., sobre esta evolución del sistema concursal en el Derecho comparado, Nieto Martín, *El delito de quiebra*, p. 14 y ss.

de 1991[6]. En efecto, la redacción original del capítulo de los delitos de quiebra contenía tipos penales pensados con la lógica de la antigua Ley procesal de quiebras[7], lo que generó ciertos vacíos de punibilidad e incoherencias normativas que afectaron la eficacia de la protección penal[8]. Esta situación de déficit de punición se agravó con la expedición de la Ley de Reestructuración Patrimonial (Decreto Legislativo 845 del 21/09/96), ya que la declaración de quiebra, elemento típico del delito de quiebra fraudulenta, recién tenía lugar cuando el deudor sometido a un procedimiento de insolvencia se le había liquidado todo el patrimonio y quedaban aún acreedores pendientes de pago[9]. Si esta declaración procedía cuando no quedaba patrimonio del deudor, resultaba evidente que una defraudación a los acreedores difícilmente podía tener lugar[10].

Ante la intolerable situación provocada por la reforma del sistema concursal, la Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial (Ley 27146 de 24/06/99) asumió la labor de solucionar este gran desequilibrio causado a la regulación penal de los delitos de quiebra. En efecto, esta ley procedió a reconfigurar los tipos penales de manera que se ajustasen a las nuevas características del procedimiento de reestructuración patrimonial[11]. En este sentido, los tipos penales no se estructuraron más sobre la declaratoria de quiebra, sino sobre los tres tipos de procedimientos de reestruc-

---

(6) Vid., en este sentido, PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 691.

(7) Vid., en este sentido, INDECOPI, *Fortalecimiento*, p. 12.

(8) Aunque no existía una absoluta impunidad, la declaración de quiebra dejó de ser la resolución judicial que daba inicio a un procedimiento de quiebra, presentándose sólo en caso de que la junta de acreedores no llegue a un acuerdo de reestructuración empresarial o de liquidación extrajudicial. Vid., un análisis detallado de la Ley de reestructuración empresarial, FERRERO DIEZ CANSECO, *Derecho*, 47 (1993) p. 385 y ss.

(9) Vid., así, ISMODES TALAVERA, *Revista Jurídica del Perú* 42, p. 90; CARO CORIA, *RPDJP* 3 (2002), p. 126.

(10) INDECOPI, *Fortalecimiento*, p. 12.

(11) Vid., REYNA ALFARO, *Manual*, p. 345. Un estudio crítico de la reforma, Vid., GARCÍA CAVERO, *Cathedra* 5, p. 229 y ss.

turación patrimonial contemplados en la legislación concursal: el procedimiento de insolvencia, el procedimiento simplificado y el concurso preventivo. El abandono de la declaratoria de quiebra como punto de referencia de los tipos penales llevó además a que se reemplace la tradicional denominación de los delitos de quiebra por la novedosa de atentados contra el sistema crediticio.

El reacoplamiento de la regulación concursal con los tipos penales duró, sin embargo, poco tiempo. En diciembre de 1999 se expidió el Decreto de Urgencia N° 064-99, mediante el cual se creó otro procedimiento de saneamiento y fortalecimiento patrimonial para las empresas: el llamado procedimiento transitorio. Vistas las características de este procedimiento, que podía devenir en un procedimiento de insolvencia en caso de no aprobarse el convenio de saneamiento, no se podían apreciar razones para dejar impunes los actos de defraudación a los acreedores que pudiesen cometerse durante su desarrollo. Sin embargo, la redacción de los atentados contra el sistema creditito en el Código penal impedía incluir los actos de defraudación cometidos en el procedimiento transitorio, en la medida que las conductas típicas se limitaban a los procedimientos de insolvencia. Esta situación motivó que la Ley 27295 de 25/06/2000 modificara nuevamente el tenor de los tipos penales para poder incluir las conductas realizadas en este procedimiento. Pero adicionalmente a esta incorporación específica se agregó una cláusula indeterminada que ampliaba el ámbito de aplicación de los tipos penales a otros procedimientos de reprogramación de obligaciones cualesquiera fuera su denominación. De esta manera, el legislador pretendió curarse en salud y no tener que modificar el Código penal cada vez que se incorporase en el sistema concursal un nuevo sistema de reprogramación de obligaciones.

En agosto de 2002 se aprobó la Ley General del Sistema Concursal, actualmente vigente (en adelante LGSC). Esta ley derogó la Ley de Reestructuración Patrimonial, pero no con la finalidad de implantar un sistema concursal distinto, sino, más bien, buscando perfeccionar el sistema existente hasta ese entonces[12]. Sin entrar en las

(12) Vid., igualmente, Ismodes Talavera, *Revista Jurídica del Perú* 42, p. 91.

particularidades de la nueva regulación, conviene sólo destacar el cambio de denominación que se hizo a los procedimientos concursales, pues tal cambio resulta de especial importancia para la configuración de los tipos penales, muy vinculados al principio de legalidad. La LGSC regula actualmente dos tipos de procedimiento: el procedimiento concursal ordinario y el procedimiento concursal preventivo. Si revisamos el tenor literal de los delitos contra el sistema crediticio podremos comprobar que no se hace expresa referencia a estos procedimientos concursales, lo cual resulta lógico, en la medida que los tipos penales se encuentran en relación con los procedimientos regulados en la derogada Ley de Reestructuración Patrimonial, es decir, en relación con el procedimiento de insolvencia, el procedimiento simplificado y el concurso preventivo. Sin embargo, la Tercera Disposición Final de la LGSC establece que las referencias legales al procedimiento de insolvencia o al concurso preventivo se entienden hechas al procedimiento concursal ordinario y preventivo, respectivamente, lo que podría llevar a reformular el tenor de los delitos contra el sistema crediticio. En cualquier caso, una interpretación de la cláusula indeterminada que amplió los tipos penales a cualquier procedimiento de reprogramación de obligaciones cualesquiera sea su denominación, permitiría también incluir, aunque sea de manera impropia, los actuales procedimientos concursales. No cabe duda que no se trata de una solución interpretativa muy fina, pero resulta una alternativa razonable frente a la impunidad que implicaría negar la inclusión de los nuevos procedimientos concursales en los tipos penales de atentados contra el sistema crediticio[13].

III. LOS DELITOS CONTRA EL SISTEMA CREDITICIO

Los delitos contra el sistema crediticio, o delitos concursales, se encuentran regulados en los artículos 209 y siguientes del Código penal. Antes de entrar a hacer un análisis detallado para fijar los diversos aspectos relevantes de estos tipos penales, resulta necesario, como hasta ahora hemos procedido, determinar el bien jurídico

[13] Del mismo parecer, LAMAS PUCCIO, *Ius et Veritas* 32, p. 296.

penalmente protegido, pues sólo a partir de esta determinación se podrá, por un lado, entender el sentido de la incriminación de este tipo de conductas y, por el otro, dar unidad sistemática a la interpretación de los tipos penales comprendidos en el título general de atentados contra el sistema crediticio.

1. El bien jurídico penalmente protegido

La determinación del bien jurídico protegido por los delitos concursales no es una cuestión pacífica. Por un lado, puede apreciarse un sector doctrinal que se mantiene en una visión individual del bien jurídico protegido, por lo que sostienen que los delitos concursales protegen el patrimonio de los acreedores[14]. Esta concepción ha ido perdiendo terreno en los últimos tiempos, en la medida que se resalta cada vez más el aspecto funcional del sistema concursal que la protección de los intereses individuales. En esta línea de desarrollo, se puede apreciar una creciente tendencia doctrinal que entiende que el bien jurídico protegido por los delitos concursales está constituido por el funcionamiento del sistema crediticio[15]. Ante estos dos pareceres encontrados, un sector de la doctrina intenta superar el enfrentamiento de perspectivas con una fórmula de compromiso, asumiendo una postura ecléctica de protección de un bien jurídico individual y de otro supra-individual[16].

---

[14] Vid., así, Hellmann/Beckemper, *Wirtschaftsstrafrecht*, n.m. 233; Penzlin, *Strafrechtliche Auswirkungen*, pp. 7 y ss., 44 y s.

[15] Consideran que lo que se protege es el sistema crediticio, Hammerl, *Die Bankrottdelikte*, p. 116 y ss.; Weyand, *Insolvenzdelikte*, p. 26 y s.; Bustos Ramírez, *Manual*, PE, p. 317; Queralt Jiménez, *Derecho penal español*, PE, p. 419 y s.; Gómez Pavón, *CPC* 64 (1998), p. 41 y s.; Peña Cabrera, *Tratado*, PE, II-B, p. 687; Ugaz Sánchez-Moreno, *Rev. Peruana de Derecho de la empresa*, 1994, p. 92 y s.; Reyna Alfaro, *Manual*, p. 347.

[16] Así, Tiedemann, *Lecciones*, p. 217; El Mismo, *LK*, preliminares al § 283, n.m. 55; Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 9, n.m. 403; Stree/Heine, en Schönke/Schröder *StGB-Kommentar*, preliminares a los §§ 283 y ss., n.m. 2; Flores Polo, en *LH-Rodríguez Pastor*, pp. 227 y s., 238; Jaén Vallejo, *CPC* 58 (1996), p. 28; Nieto Martín, *El delito de quiebra*, p. 48; Caro Coria, *RPDJP* 3 (2002), p. 127 y ss.

Para poder tomar posición respecto de la cuestión del bien jurídico protegido en los delitos concursales, resulta indispensable precisar los criterios que ordenan la determinación del bien jurídico penalmente protegido. Una correcta apreciación de esta problemática en el Derecho penal económico debe llevarnos a la conclusión de que existen dos planos distintos de discusión[17]. Por un lado, se presenta la cuestión político-criminal de si el Estado se encuentra legitimado para limitar la libertad de actuación de los agentes económicos mediante normas penales generales. Para responder a esta cuestión, resulta necesario tener en cuenta los diversos bienes, intereses o estructuras indispensables para el funcionamiento del sistema económico. En segundo lugar, debe abordarse, a partir de los tipos penales, la cuestión de cuándo el juez penal está autorizado a limitar la libertad de actuación de un agente económico concreto mediante la imposición de una sanción penal. Estos aspectos deben tratarse de manera separada, pues si se entremezclan en la exposición, se perderá la utilidad dogmática del concepto de bien jurídico. En lo que sigue, vamos a proceder a exponer de manera diferenciada estas cuestiones con la vista puesta en los delitos concursales.

A. La incriminación penal

El reconocimiento de la libertad de actuación del sujeto económico no tiene un alcance ilimitado, sino que encuentra ciertas restricciones derivadas del reconocimiento de intereses de otras personas o de la colectividad. Por esta razón, el legislador puede proceder a limitar legítimamente la libertad organizativa del sujeto económico mediante prohibiciones o mandatos[18]. Para poder comprender esta restricción de la libertad general resulta necesario tener en cuenta los rasgos constitutivos del sistema económico. El aspecto concreto del sistema económico que conviene destacar en el análisis de la insolvencia es la posibilidad que tiene el sujeto económico de asumir deudas en el desarrollo de su actividad en el mercado. Por diversas razones de índole organizativa, el sujeto económico puede

[17] Vid., WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 56.

[18] Vid., GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, T. I, p. 48 y s.

pactar un pago diferido o posponer el pago de las deudas con la asunción de los costos financieros. Esta situación se encuentra tan extendida en la economía actual, que difícilmente puede encontrarse a una empresa o agente económico que no haya asumido un conjunto de pasivos. Dentro de este conjunto de deudas no deben considerarse solamente las que se tienen frente a los acreedores financieros o los proveedores, sino también las deudas laborales y tributarias[19].

Para que el sistema de endeudamientos pueda funcionar resulta indispensable que los acreedores tengan garantizada la posibilidad de exigir, en caso de incumplimiento, la satisfacción de su crédito con el propio patrimonio del deudor. Por esta razón, el deudor no puede mantener, en todo momento, la libre disposición de su patrimonio, sino que esta libertad de organización económica debe restringirse en los casos en los que se ponga en peligro el pago de los créditos[20]. El tema central en este nivel de discusión es decidir si debemos recurrir al Derecho penal para llevar a cabo este aseguramiento del sistema crediticio y, de estimarse necesario, cómo habría que materializar esta labor de incriminación.

a. La secundariedad del Derecho penal

Es doctrina unánime la afirmación de que la intervención jurídico-penal está sujeta al principio de mínima intervención o *ultima ratio*[21]. Según este principio, el Derecho penal sólo debe intervenir cuando los otros sistemas de control extrapenal fracasen o sean insuficientes para hacer frente a determinadas conductas lesivas de bienes jurídicos[22].

---

(19) Vid., así, Tiedemann, *LK* preliminares al § 283, n.m. 49; Penzlin, *Strafrechtliche Auswirkungen*, p. 19 y s.

(20) Similarmente, Beneytez Merino, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 249.

(21) Vid., Roxin, *Strafrecht*, AT, § 2, n.m. 38; El mismo, en *Problemas básicos*, p. 21; Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 2, n.m. 26; Mir Puig, *Introducción a las bases*, p. 126; Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 246 y ss.; Hurtado Pozo, *Manual*, PG, p. 46 y ss.; Villavicencio Terreros, *Lecciones*, p. 46.

(22) Aquí se presenta ciertamente el primer escollo: ¿cómo se determina que los otros medios posibles de control fracasan o son insuficientes? ¿Basta la simple

Esta situación genera una cierta vinculación entre el sistema penal y los otros sistemas de control, pues el Derecho penal no tiene que intervenir en la solución de conflictos si los órdenes extrapenales puedan solventarlos satisfactoriamente. La intervención estatal debe estar sujeta al principio de proporcionalidad, de manera tal que debe evaluarse si los mismos niveles de prevención pueden alcanzarse satisfactoriamente con mecanismos de reacción menos gravosos.

En cuanto al sistema de endeudamientos, la primera cuestión que habría que plantear es si basta la regulación civil o concursal para solventar los eventuales perjuicios que pudiera producir un deudor insolvente a sus acreedores[23]. La respuesta del legislador, que compartimos plenamente, ha sido negativa. Si se deja a los acreedores como único mecanismo de protección los medios de cobranza coercitiva que ofrece la regulación civil o eventualmente el cobro ordenado de las deudas en un procedimiento concursal, no se alcanzará los niveles de confianza que permitan un tráfico fluido de créditos. Ante esta situación, resulta razonable que se haga frente al manejo fraudulento de la insolvencia mediante normas de carácter jurídico-penal.

La intervención del Derecho penal no debe manifestarse, sin embargo, como un mero refuerzo sancionatorio de los fines de la regulación civil o concursal, sino que los tipos penales deben configurarse en atención a los criterios de ordenación jurídico-penales[24]. Esta idea parece no haber sido seguida por el legislador penal nacional al momento de regular los llamados atentados contra el sistema crediticio, ya que se puede apreciar con facilidad que dicha regulación penal ha asumido un papel de simple refuerzo de los objetivos del sistema concursal[25]. Si se analizan los tipos penales podrá verse

---

decisión del legislador de regular penalmente determinadas conductas? Vid., sobre esto, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 246, dando un papel importante a las investigaciones empíricas sobre este aspecto.

(23) Como necesidad de pena, PENZLIN, *Strafrechtliche Auswirkungen*, p. 12.

(24) En esta idea se sustenta la crítica que NIGGLI, *SchwZStR* 1993, p. 236 y ss., hace al principio de *ultima ratio* como subsidiariedad externa.

(25) Esta orientación de la protección penal llevaría a la conclusión de que el bien jurídico protegido sería un derecho público procesal, en el sentido de satisfacción

que se orientan fundamentalmente a asegurar el éxito del procedimiento concursal. Esto se hace patente en diversos aspectos de la regulación penal, como los siguientes: se limita la protección penal al ámbito de los procedimientos concursales[26], se agrava la pena si las conductas típicas se realizan al estar suspendida la exigibilidad de las obligaciones (consecuencia propia de los procedimientos concursales[27]), se crea un tipo penal de utilización fraudulenta de un procedimiento concursal mediante documentos e información falsa que no responde a una mayor protección de los intereses de los acreedores, sino a asegurar la regularidad de estos procedimientos. En suma, la reforma de los delitos concursales se ha orientado más al aseguramiento de funciones administrativas que a una protección del patrimonio de los acreedores. No es una casualidad que el artículo 125.2 de la LGSC contemple como infracciones administrativas conductas prácticamente iguales a las previstas en el artículo 209 del CP.

A pesar de la voluntad del legislador de dar al Derecho penal la función de mero refuerzo del correcto desenvolvimiento del sistema concursal, el análisis de los tipos penales no debe quedarse en esta interpretación histórico-subjetiva. Como es sabido, los tipos penales adquieren autonomía frente a la voluntad histórica del legislador y su interpretación debe ajustarse a los aspectos propios del sistema penal. En este sentido, consideramos que el fin de protección de los tipos penales no debe reducirse a una labor de aseguramiento del éxito del sistema concursal. Si bien la realidad sobre la que inciden los ordenamientos penal y concursal puede ser la misma, cada uno cumple una función distinta y, por tanto, operan con criterios de ordenación diferenciados.

---

de los intereses de los acreedores en un procedimiento concursal. Vid., una exposición general de esta concepción del bien jurídico protegido, Nieto Martín, *El delito de quiebra*, p. 36 y ss.

(26) Vid., así, INDECOPI, *Fortalecimiento*, p. 12, justificándose en que si no se reduce la protección penal a este ámbito, se procederá a una sobrecriminalización.

(27) INDECOPI, *Fortalecimiento*, p. 12.

Un dato determinante para la distinción de los criterios de ordenación de la regulación concursal y de la regulación penal podría ser, en lo que alcanzamos, el elemento típico que exige que las conductas penalmente relevantes se realicen "en perjuicio de los acreedores"[28]. Este elemento de definición de los delitos concursales que no se exige en las infracciones administrativas, podría darle a los tipos penales la identidad necesaria frente a la regulación concursal. Para decirlo brevemente: el injusto penal se sustentará más sobre los intereses de los acreedores que sobre la regularidad de los procedimientos concursales. Si con la sanción penal de esta conducta se refuerza o no el sistema concursal, es un dato que desde el punto de vista del Derecho penal no interesará.

b. Las características de la regulación penal

El legislador penal ha decidido castigar penalmente los actos de disposición patrimonial del deudor que apuntan a perjudicar los intereses de sus acreedores en un procedimiento concursal. La gravedad de estas conductas resulta indiscutible, en la medida que si el deudor se encuentra sometido a un procedimiento concursal se deberá a la insuficiencia de patrimonio para hacer frente a las distintas deudas que tiene con sus acreedores. Las acciones orientadas a disminuir aún más el patrimonio presentan indudablemente una mayor virtualidad lesiva sobre los intereses de los acreedores. En este sentido, son estos intereses el punto de mira del Derecho penal, de manera tal que el fundamento de la criminalización de los llamados atentados contra el sistema crediticio no será otro que el patrimonio de los acreedores[29], teniendo en cuenta, claro está, el contexto propio de la insolvencia y las normas especiales de participación de los acreedores en el concurso[30].

---

[28] Igualmente CARO CORIA, *RPDJP* 3 (2002), p. 136 y s., resalta este elemento típico para delimitar la infracción penal y la administrativa.

[29] Vid., MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, p. 48; GONZÁLEZ RUS, *LH-Tiedemann*, p. 170.

[30] Vid., GARCÍA CAVERO, *Cathedra* 5, p. 234 y ss.

Si el ilícito penal tiene que sustentarse en los intereses de los acreedores, resulta cuestionable el hecho que el legislador penal haya limitado el ámbito de regulación de los delitos contra el sistema crediticio a los atentados realizados dentro de un procedimiento concursal[31]. El informe presentado por INDECOPI antes mencionado señalaba que en los casos en que se afectaban a los acreedores fuera de un procedimiento de insolvencia bastaba con las normas mercantiles y civiles correspondientes[32], constituyendo la incriminación de ámbitos ajenos al sistema concursal una sobrecriminalización contraria al principio de subsidiariedad.

El argumento esgrimido resultaría efectivamente decisivo si el Derecho penal interviniese desmedidamente sancionando incumplimientos civiles que no lesionan gravemente los intereses patrimoniales de los acreedores. Pero si lo que se sanciona penalmente son actos defraudatorios dirigidos a perjudicar las expectativas económicas de los acreedores, su incriminación, aunque se haga fuera de un procedimiento concursal, no constituirá un exceso de intervención jurídico-penal, sino que, por el contrario, cubrirá necesidades punitivas realmente existentes[33]. También fuera de un procedimiento concursal el deudor está en capacidad de perjudicar gravemente a sus acreedores, por lo que un Derecho penal eficaz no puede esperar a que la defraudación se realice dentro de este procedimiento para recién poder intervenir. La protección de los acreedores ante el manejo fraudulento de la insolvencia tendría que hacerse con independencia de la intervención de la Comisión de Procedimientos Concursales.

---

(31) En el mismo sentido, anteriormente, García Cavero, *Cathedra* 5, p. 244. Coincide en al crítica aunque desde la lógica del sistema crediticio, Caro Coria, *RPDJP* 3 (2002), p. 155.

(32) INDECOPI, *Fortalecimiento*, p. 12.

(33) Vid., así, el delito de alzamiento de bienes en el Derecho comparado que es autónomo al inicio de un procedimiento de insolvencia, Tiedemann, *Lecciones*, p. 208; Muñoz Conde, *El delito de alzamiento de bienes*, p. 70 y ss.; Quintero Olivares, en *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Quintero Olivares (drg.), p. 535.

La incriminación de actos graves de defraudación a los acreedores cometidos fuera de un procedimiento concursal no constituye una excepción en las legislaciones penales extranjeras, como puede verse en el Derecho comparado. Por ejemplo: el artículo 257 del Código penal español[34], el artículo 314-7 a 9 del Código penal francés[35], el artículo 641 del Código penal italiano[36] y el parágrafo 283 del Código penal alemán[37] sancionan conductas defraudatorias de los deudores contra los acreedores sin que exista previamente una declaración de insolvencia o quiebra. La protección penal, por tanto, no se limita a los actos realizados durante el desarrollo de un procedimiento concursal, no siendo una intervención excesiva del Derecho penal sancionar los actos orientados a perjudicar a los acreedores en el cobro de sus créditos, aun cuando no se haya iniciado un procedimiento concursal.

Con base en las ideas anteriores, resulta plenamente fundado el parecer doctrinal que entiende que la insolvencia es una situación más fáctica que jurídica[38]. La incriminación del uso fraudulento de la insolvencia fáctica resulta incluso más necesaria en nuestro sistema concursal actual, en donde el deudor no está obligado a iniciar un procedimiento concursal en caso de reducción sustancial del

---

(34) Vid., SUÁREZ GONZÁLEZ, en *Comentarios al Código penal*, Rodríguez Mourullo (drg.), p. 730 y ss; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios*, Vives Antón (coord.), V. II, p. 1280; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español*, PE, p. 572; QUINTERO OLIVARES, en *Comentarios*, Quintero Olivares (drg.), p. 535 y ss.

(35) En Francia también se diferencia el tipo penal de organización fraudulenta de la insolvencia (*Organisation frauduleuse de l'insolvabilité*), que está regulado en el artículo 314 del Código penal como un delito de abuso de confianza, del delito de bancarrota (artículos 196 a 209 de la Ley de 25/01/85) Vid., GATTEGNO, *Droit Pénal spécial*, p. 246 y ss.; LARGUIER J/LARGUIER A-M, *Droit pénal spécial*, p. 197 y ss.

(36) Vid., MAGGIORE, *Derecho penal*, PE, Vol. V, p. 138; MANTOVANI, *Diritto penale*, PE, p. 178 y ss.

(37) Vid., con amplias referencias, SCHÄFER, *wistra*, 1990, p. 81 y ss.; TIEDEMANN, *Insolvenz-Strafrecht*, p. 6 y ss.

(38) Vid., en este sentido, BAJO FERNÁNDEZ/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual*, PE, p. 212; DEL ROSAL BLASCO, *ADPCP*, 1994, p. 8.

patrimonio[39]. Debe quedar en claro que la incriminación de actos de defraudación cometidos al margen de un procedimiento concursal no implica sancionar penalmente el infortunio en la marcha de los negocios, ni tampoco la simple mala gestión administrativa, sino actos dirigidos a evadir fraudulentamente el pago de las deudas contraídas mediante la insolvencia.

De forma contradictoria con su lógica restrictiva, el legislador penal ha extendido la prohibición penal también a la realización culposa de los actos que perjudican a los acreedores en un procedimiento concursal. El documento elaborado por el INDECOPI que expuso los motivos de esta inclusión, justificó la sanción de las conductas culposas en los delitos que ahora analizamos por una cuestión de tipo alternativo. La argumentación sigue este hilo argumental: Ya que los alegatos de errores de tipo, ausencia de dolo, "buena fe" o mera negligencia son comunes en Derecho penal económico, éstos podrían dar lugar a la impunidad por el sistema de *numerus clausus* en materia de delitos culposos[40]. Por esta razón, si no es posible probar el dolo, habrá que prever al menos una sanción a título de culpa.

Como puede verse, la incriminación de la culpa se fundamentaría en la impunidad que podría producirse por la dificultad probatoria del dolo del autor. Esta justificación del tipo penal culposo en los delitos concursales parte, sin embargo, de una excesiva prioridad de lo declarado por el autor. Nos parece que evidentes razones de experiencia abogan por no aceptar a ciegas lo que dice el inculpado. Por nuestra parte, entendemos que la determinación del dolo del autor no depende de un alegato sobre el estado subjetivo del inculpado, sino que se trata de una imputación llevada a cabo por el juez con base en criterios normativos. En este sentido, el legislador penal debió haber sustentado la incriminación de la culpa en la gravedad de una afectación culposa de los intereses de los acreedores

---

(39) La omisión de inicio del procedimiento concursal puede dar lugar a una responsabilidad penal en países como Italia y Alemania. Vid., Nieto Martín, *El delito de quiebra*, p. 149 y s.

(40) Vid., INDECOPI, *Fortalecimiento*, p. 12.

en un procedimiento concursal[41]. Razones de déficit probatorio de la actuación dolosa resultan insuficientes para justificar la penalización del actuar culposo, puesto que con esta lógica muchos delitos patrimoniales tendrían que ser castigados igualmente a título de culpa.

B. La interpretación de los tipos penales a partir del bien jurídico penalmente protegido

Una vez tipificados penalmente los actos de defraudación a los acreedores en los procedimientos concursales, hay que entrar a precisar el criterio de interpretación de los tipos penales. Es aquí en donde entra a tallar propiamente el bien jurídico penalmente protegido. La realización del tipo penal afecta, en sentido estricto, la expectativa normativa de conducta de que los deudores no llevarán a cabo actos de disposición patrimonial dentro de un procedimiento concursal con la finalidad de perjudicar a sus acreedores[42]. La función del Derecho penal es mantener la vigencia de esta expectativa normativa de conducta mediante la imposición de la pena[43] y no, por el contrario, proteger el funcionamiento global de determinada estructura o modelo social[44].

El Derecho penal no garantiza que el sistema crediticio se mantenga incólume frente a diversos factores de distorsión[45], sino que se encarga de asegurar a los acreedores que, a pesar del hecho delictivo, pueden seguir organizándose dentro del tráfico comercial confiando en que la deuda válidamente contraída será efectivamente

---

(41) Por ello, CARO CORIA, *RPDJP* 3 (2002), p. 165, recomienda de *lege ferenda* recurrir a una formulación más precisa y adecuada a la realidad criminológica de los procedimientos concursales. Vid., sobre la culpa en los delitos concursales, TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, p. 147; SUÁREZ GONZÁLEZ, en *Comentarios*, Rodríguez Mourullo (dir.), p. 729 y s.

(42) Coincidentemente, LAMAS PUCCIO, *Ius et Veritas* 32, p. 298.

(43) Vid., en este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 2, n.m. 2; EL MISMO, *Sociedad, norma y persona*, p. 18; EL MISMO, *PJ*, 49, p. 297 y ss.

(44) Vid., en este sentido, KINDHÄUSER, en *LH-Tiedemann*, p. 441.

(45) De otro parecer, CARO CORIA, *RPDJP* 3 (2002), p. 137 y ss.

cancelada llegado el momento de pago. El aprovechamiento que ha hecho el autor de la responsabilidad limitada en Derecho mercantil y de los procedimientos concursales para dejar de honrar las deudas contraídas con sus acreedores, da pie a que el Derecho penal comunique socialmente mediante la imposición de una pena que esta actuación no se acepta en el tráfico comercial y que aquel deudor que se ha organizado así ha actuado incorrectamente[46].

La configuración del bien jurídico penalmente protegido a partir de una concepción normativa y no empírica del bien jurídico permite sostener que el bien jurídico se lesiona aunque no se materialice un daño empíricamente constatable. La defraudación de la expectativa de los acreedores no requiere la imposibilidad absoluta de cobro de la deuda (el cobro puede ser todavía posible), sino que basta con ciertas conductas fraudulentas del deudor realizadas en el marco de un procedimiento concursal[47]. En esta línea, la regulación penal castiga los actos de organización del deudor que están orientados a frustrar el pago de las deudas en el marco de un procedimiento concursal, aun cuando el cobro de los créditos sea todavía posible.

A diferencia de lo que podría inferirse de la denominación utilizada por el Código penal, el Derecho penal no protege el funcionamiento del sistema crediticio, pues este sistema puede perjudicarse por muchas razones sin que el Derecho penal tenga que intervenir por ello. Ciertamente el sistema crediticio global puede reforzarse con la sanción penal de estas conductas, o desprestigiarse si hay una absoluta impunidad, pero ésta no es la función que legitima al Derecho penal. Este reforzamiento es, en todo caso, un reflejo de la protección penal, es decir, una protección empírica no legitimante del Derecho penal[48]. El Derecho penal garantiza al acreedor únicamente que no debe entender como jurídicamente posible que los deudores realicen actos fraudulentos dentro de los procedimientos concursales

---

(46) Vid., de manera general, Jakobs, *ADPCP* 1992, p. 214.

(47) Vid., similarmente, Roy Freyre, *Derecho penal peruano*, PE, T. III, p. 283.

(48) Vid., en el mismo sentido, Bajo Fernández/Suárez González, *Manual*, PE, p. 221, señalando que el sistema crediticio resulta tutelado sólo de manera mediata. Similarmente, Muñoz Conde, *Derecho penal*, PE, p. 397.

en detrimento de su expectativa de ver su crédito cancelado[49]. La cuestión de la funcionalidad del sector global es propiamente la tarea del Derecho administrativo y sus sanciones están orientadas a dicho fin[50].

Pero además parece muy poco plausible sostener que el sistema crediticio se afecte por la realización de alguna de las conductas tipificadas en el Código penal[51]. Si decimos que los delitos contra el sistema creditito lesionan o ponen en peligro el sistema crediticio, el inculpado podría argumentar en su defensa que su conducta no ha lesionado o puesto en peligro el bien jurídico protegido (el sistema crediticio) y que, por tanto, en virtud del principio de lesividad no debería ser condenado. Es evidente que una sola conducta defraudatoria en un procedimiento concursal no perjudica el sistema crediticio[52], pues el funcionamiento global de este sistema depende más de otros factores generales, como por ejemplo de política económica.

---

(49) Por ello, coincidimos con los autores que hablan del derecho a la satisfacción del crédito como bien jurídico protegido en los delitos concursales; Vid., en este sentido, ANTOLISEI, *Manuale*, I, p. 24; DEL ROSAL BLASCO, *ADPCP* 1994, p. 11; QUINTERO OLIVARES, en *Comentarios*, Quintero Olivares (drg.), p. 545; MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento*, p. 48 y s.; EL MISMO, *Derecho penal*, PE, p. 392; BAJO FERNÁNDEZ/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual*, PE, p. 220; TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, p. 140; GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de quiebra*, p. 24 y s.

(50) Vid., SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 103.

(51) Sobre todo para el caso de pequeñas defraudaciones, igualmente, DEL ROSAL BLASCO, *ADPCP* 1994, p. 13; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, CPC 66 (1998), p. 665. No obstante, CARO CORIA, *RPDJP* 3 (2002), p. 139, habla de un menoscabo o deterioro.

(52) Vid., en este sentido, SCHÜNEMANN, *CCGPJ*, 1991, p. 35; KINDHÄUSER, en *LH-Tiedemann*, p. 446; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 102; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, PE, p. 396. Por ello adquiere plenamente sentido la afirmación de SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 103 y s., de que el Derecho administrativo sancionador opera con criterios globalizados (de daño generalizado), mientras que el Derecho penal se centra en el hecho concreto y en su capacidad vulneratoria de bienes jurídicos. Al Derecho administrativo sancionador no le interesa si un deudor perjudica a sus acreedores, sino que el sistema crediticio colapsaría si todos defraudasen a sus acreedores.

Como cuestión final, queremos señalar que las consideraciones hasta ahora hechas repercuten en la denominación establecida por la reforma penal a los anteriormente llamados delitos de quiebra. Desde nuestro punto de vista, la denominación de "atentados contra el sistema crediticio" hace referencia más a una función propia del Derecho administrativo sancionador que del Derecho penal[53]. Como ya lo indicamos, el Derecho penal no protege el sistema crediticio[54], sino las expectativas patrimoniales de los acreedores[55], lo cual se confirma con el hecho de que si bien las infracciones administrativas contempladas en la LGSC utilizan una redacción similar a las conductas penalmente sancionadas, no recogen el perjuicio a los acreedores como elemento constitutivo de la conducta sancionada administrativamente (artículo 125.2 de la LGSC). Esto muestra claramente la importancia que tiene para el tipo penal el perjuicio de los acreedores, mientras que en el Derecho administrativo sancionador no es un elemento determinante de la infracción administrativa[56].

2. La accesoriedad administrativa de la regulación penal

El reconocimiento de funciones diferenciadas para el Derecho penal y para el Derecho administrativo sancionador no significa, sin embargo, que el primero pueda regular los tipos penales sin considerar en lo absoluto la normativa administrativa del sistema concursal. Para que el sistema jurídico global funcione es necesario que exista un mínimo de coherencia entre los diversos ámbitos de regulación.

---

(53) La propuesta de reforma de INDECOPI (p. 12) utilizó un doble juego (individual-supraindividual) respecto del bien jurídico que justifique la instrumentalización administrativa del Derecho penal y le permita salir al paso frente a las críticas que se le plantean por sus excesos.

(54) Vid., en este sentido, Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 103.

(55) Vid., similarmente, Quintero Olivares, en *Comentarios*, Quintero Olivares (drg.), p. 545; Muñoz Conde, *El delito de alzamiento*, p. 49; El Mismo, *Derecho penal*, PE, p. 392; Bajo Fernández/Suárez González, *Manual*, PE, p. 220; Antolisei, *Manuale*, I, p. 24.

(56) Vid., García Cavero, *Cathedra* 5, p. 240.

Algunos autores hablan aquí del principio de unidad del ordenamiento jurídico[57], pero consideramos que esta denominación no resulta muy precisa, pues, en rigor, no existe una unidad del ordenamiento jurídico. Si el ordenamiento jurídico fuese unitario, entonces no habría una diferenciación funcional entre las diversas ramas del Derecho. El hecho de que las diversas ramas del ordenamiento jurídico formen parte de un sistema jurídico implica solamente que no se presenten contradicciones entre las ramas del Derecho, es decir, que las consecuencias de la regulación penal no entren en oposición con las establecidas en la regulación administrativa. Si una conducta permitida en el ámbito administrativo resulta estando prohibida en el ámbito penal, la seguridad jurídica se vería fuertemente afectada y se perdería la utilidad del sistema jurídico.

El principio de ausencia de contradicción del ordenamiento jurídico constituye una directriz básica para la interpretación de las leyes penales. Si bien el juez penal tiene plena autonomía interpretativa de los tipos penales, no puede llegar a conclusiones contradictorias con las otras ramas del ordenamiento jurídico. Este espacio de autonomía judicial puede ser restringido por el legislador penal cuando vincula la interpretación judicial de ciertos elementos del tipo penal con alguna normativa o acto de carácter administrativo. A esta vinculación interpretativa se le conoce como accesoriedad administrativa, la cual se expresa, por lo general, mediante leyes penales en blanco o mediante remisiones a conceptos legalmente determinados en el ámbito administrativo.

En la tipificación de los atentados contra el sistema creditito se ha previsto una relación de accesoriedad[58], ya que para que se pueda configurar un delito de atentado contra el sistema crediticio resulta necesario que las conductas típicas realizadas por el deudor se materialicen en un procedimiento concursal. Como puede verse, el legislador penal ha asumido un criterio formal (estar sometido a un procedimiento concursal) en lugar de un criterio económico-material (crisis económica, incapacidad de pagos,

---

[57] Así, CARO CORIA, *RPDJP* 3 (2002), p. 133.

[58] Vid., así, INDECOPI, *Fortalecimiento*, p. 12.

sobreendeudamiento, etc.[59]). Bajo estas circunstancias, sólo recurriendo a la legislación concursal se podrá precisar cuándo el deudor se encuentra sometido a estos procedimientos[60]. No obstante, hay que precisar que la interpretación accesoria se limita únicamente a este aspecto, existiendo, por tanto, libertad interpretativa en los otros elementos del tipo penal[61].

3. Las figuras típicas

A. El delito de fraude concursal doloso (artículo 209 del CP)

a. Sujeto activo

El artículo 209 del CP es un delito especial[62], en la medida que para poder ser autor del delito hay que ser un deudor sometido a un procedimiento concursal[63]. Quien no tiene la calidad de deudor sometido a un procedimiento concursal, no podrá en principio

---

(59) En el Derecho penal alemán se ha asumido un criterio económico, lo que ha llevado a la doctrina penal además a negar una interpretación unitaria del elemento de crisis en el ámbito penal y concursal [Vid., Achenbach, *GS-Schlüchter*, p. 273; Wegner, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), VII 1, n.m. 16]. De una accesoriedad funcional en lugar de una vinculación extrema habla, Beck, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 6, n.m. 59.

(60) Vid., así, García Cantizano, *Gaceta Jurídica* 68-B (1999), p. 59 y s.; Reyna Alfaro, *Manual*, p. 350.

(61) Vid., así, en la regulación española, Nieto Martín, *AP* 40 (1996), p. 779; González Cussac, *Los delitos de quiebra*, p. 176.

(62) En el mismo sentido, García Cantizano, *Gaceta Jurídica* 68-B (1999), p. 60. Igualmente, en el Derecho penal alemán, Tiedemann, *Kommentar zum GmbH-Strafrecht*, preliminares a los §§ 82 y ss., n.m. 29; El Mismo, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 9, n.m. 404; Köhler, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 7, n.m. 109; Hellmann/Beckemper, *Wirtschafsstrafrecht*, n.m. 234; Penzlin, *Strafrechtliche Auswirkungen*, p. 55. En el Derecho español, Beneytez Merino, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 253; González Cussac, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 1445 y s.

(63) La regulación penal ya no recurre a la tradicional diferenciación entre deudor comerciante y deudor no comerciante. Vid., sobre esto en el Código penal de 1924, Roy Freyre, *Derecho penal peruano*, PE, III, p. 304 y s.

responder como autor. En cuanto a los procedimientos concursales, hay que señalar que si bien los nombres de estos procedimientos actualmente regulados por la LGSC no están expresamente indicados en el tipo penal, la referencia típica al procedimiento de insolvencia y al concurso preventivo debe entenderse hecha a los actuales procedimientos concursales (procedimiento concursal ordinario y procedimiento concursal preventivo), tal como lo establece la Tercera Disposición Complementaria y Final de la LGSC. En cualquier caso, siempre resulta posible recurrir a la cláusula indeterminada que extiende el tipo penal a otros procedimientos de reprogramación de obligaciones cualesquiera sea su denominación[64]. Esta cláusula indeterminada permite, por otra parte, que el artículo 209 del CP pueda aplicarse también a los fraudes concursales realizados en procedimientos de insolvencia especiales, como los regulados para las administradoras de fondo de pensiones, las entidades del sistema financiero y de seguros, entre otras[65].

El hecho de que no todo deudor pueda iniciar un procedimiento concursal, en la medida que el artículo 24.4 de la LGSC exige que más del 50% de los ingresos del deudor se deriven del ejercicio de una actividad económica o que más de las 2/3 partes de sus obligaciones se hayan originado en una actividad empresarial, podría llevar a la conclusión de que el tipo penal se limita a los deudores comerciantes o empresarios, dejando fuera del círculo de autores al deudor-consumidor[66]. Esta conclusión resulta, sin embargo, incorrecta, pues cualquier deudor podría ser sometido a un procedimiento concursal por la vía del artículo 703 del Código procesal civil y, por tanto, estar en capacidad de poder realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 209 del CP. En este sentido, los delitos concursales no se limitan necesariamente a deudores que desarrollen actividad empresarial.

---

(64) Así, CARO CORIA, *RPDJP* 3 (2002), p. 134.

(65) De la misma opinión, CARO CORIA, *RPDJP* 3 (2002), p. 154.

(66) Así lo recomienda en el Derecho español, NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, p. 186 y s. Por el contrario, considera necesario penalizar la actuación del deudor-consumidor, PENZLIN, *Strafrechtliche Auswirkungen*, p. 208 y ss.

Para que se configure el tipo penal de fraude concursal, el deudor no tiene que estar previamente declarado en quiebra, sino que basta con que esté dentro de un procedimiento concursal. En este sentido, solamente podrán castigarse conforme al artículo 209 del CP las conductas de fraude a los acreedores cometidas entre el inicio y la conclusión del procedimiento concursal[67]. El inicio del procedimiento concursal ordinario puede hacerse a solicitud del deudor en situación de insolvencia, a solicitud de acreedores impagos o por mandato judicial en aplicación del artículo 703 del Código Procesal Civil. En el caso del procedimiento concursal preventivo solamente cabe iniciar este procedimiento a solicitud del deudor. Si bien la ley concursal ha regulado el período de sospecha de un año en su artículo 19.1, previendo la ineficacia de gravámenes, transferencias, contratos y demás actos jurídicos, sean a título gratuito u oneroso, que no se refieran al desarrollo normal de la actividad del deudor y perjudiquen su patrimonio, estas transacciones fraudulentas no pueden alcanzar relevancia penal como delito concursal, en la medida que el deudor habrá realizado el acto defraudatorio fuera de un procedimiento concursal. La limitación de la relevancia típica a los actos de defraudación cometidos en un procedimiento concursal o de reprogramación de obligaciones, trae como consecuencia estos vacíos de punibilidad.

En caso que el deudor sometido a procedimiento concursal sea una persona jurídica, el artículo 209 del CP presenta un inconveniente típico, pues los administradores o representantes de la persona jurídica no tendrán la calidad especial exigida por el tipo penal (ser un deudor sometido a un procedimiento concursal)[68]. Los ordenamientos penales de tradición europea continental han solucionado este problema mediante la consagración legislativa de la

---

(67) Vid., García Cantizano, *Gaceta Jurídica* 68-B (1999), p. 60; Lamas Puccio, *Ius et Veritas* 32, p. 299.

(68) Vid., sobre esto, Bacigalupo Zapater, en *Comentarios*, Cobo del Rosal (drg.) T. V, Vol. 1, p. 315; Bruns, *GA*, 1982, p. 14 y s.; Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 88; Marxen, *Nomos Kommentar*, § 14, n.m. 2; Mir Puig, *Derecho penal*, PG, L 7/67; Rodriguez Mourullo, en *Comentarios*, Rodríguez Mourullo (ed.), p. 176; Silva Sánchez, en Consideraciones, p 176.

cláusula del actuar en lugar de otro[69]. El Código penal peruano ha recogido este instituto, de manera general, en su artículo 27[70], aunque con ciertos defectos estructurales[71]. A esta regulación general se le ha reprochado sobre todo no reconocer el actuar en lugar de otro entre particulares y asumir únicamente la teoría de la representación sin dar pie a incluir los supuestos de administración fáctica[72]. Estos defectos de la regulación general del actuar en lugar de otro parecen ser la razón por la que la reforma del tipo penal del artículo 209 del CP ha establecido una cláusula especial de actuar en lugar de otro en el propio tipo penal[73].

En efecto, el artículo 209 contempla como sujeto activo del delito no sólo al deudor, sino también a la persona que actúe en su nombre, al administrador y al liquidador. De esta manera, podría admitirse supuestos de actuación en lugar de otro entre particulares en estos delitos[74], además de no ser necesaria incluso una relación de representación jurídicamente válida para castigar al que actuó en lugar del deudor[75]. Esta atendible incorporación no justifica, sin embargo, que se proceda a hacer la extensión sólo en los delitos concursales, pues las mencionadas deficiencias deberían haber dado

---

(69) Vid., KÖHLER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 7, n.m. 112; HELLMANN/BECKEMPER, *Wirtschafsstrafrecht*, n.m. 234.

(70) ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 146 y ss.; CASTILLO ALVA, *Normas legales*, T. 279, 1999, p. A-67; GARCÍA CAVERO, *Gaceta jurídica*, T. 62-B, 1999, p. 31.

(71) Sobre esto, Vid., GARCÍA CAVERO, *El actuar en lugar de otro*, passim.

(72) Vid., con mayor detalle, GARCÍA CAVERO, *El actuar en lugar de otro*, p. 115 y ss. Así la crítica a la anterior regulación española de las insolvencias punibles, DEL ROSAL BLASCO, *ADPCP* 1994, p. 23; JAÉN VALLEJO, *CPC* 58 (1996), p. 38.

(73) De lo contrario, la regulación específica en los atentados contra el sistema crediticio sería innecesaria. Vid., del mismo modo, pero en la regulación española de las insolvencias punibles, QUINTERO OLIVARES, *Comentarios*, Quintero Olivares (drg.), p. 548; BENEYTEZ MERINO, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 269.

(74) Vid., así, CARO CORIA, *RPDJP* 3 (2002), p. 152.

(75) Vid., GARCÍA CAVERO, *El actuar en lugar de otro*, p. 108 y s.

motivo a una reforma del artículo 27 del CP y no a una solución parcial[76], en cierta forma contradictoria con la regulación general del actuar en lugar de otro. Con esta solución no sólo se estaría arreglando parcialmente una deficiencia de la parte general del Código penal mediante un "parche" en el tipo penal de la parte especial, sino también dando un trato desigual en la persecución de los delitos[77]. La solución debería haber ido, en todo caso, por una reforma del artículo 27 del CP.

El que los administradores del patrimonio del deudor sean considerados posibles autores del delito de fraude concursal, suscita la cuestión de si puede incluirse en este término no sólo al administrador de derecho, sino también al de hecho. En la medida que este delito concursal es un delito de dominio[78], en el que se castiga la organización fraudulenta del patrimonio con la finalidad de perjudicar a los acreedores, no se presenta ningún inconveniente para incluir dentro del término administrador a los que lo son sólo fácticamente[79]. Solamente se requiere que el *extraneus* (no deudor), tenga el dominio social del hecho, es decir, que tenga facultades de disposición como un administrador de derecho sobre el patrimonio del deudor sometido a un procedimiento concursal.

En el marco de administradores de hecho, se discute, de manera particular, si los miembros de la junta de acreedores asumen el dominio social en el delito de fraude concursal. Si bien es bastante usual afirmar que la junta de acreedores tiene la decisión sobre el destino del deudor concursado, esta afirmación no debe interpretarse como una asunción de las funciones de administración sobre el patrimonio del deudor. Cuando la junta de acreedores opta por la reestruc-

---

(76) Del mismo parecer, Caro Coria, *RPDJP* 3 (2002), p. 152.

(77) Vid., así García Cavero, *Cathedra* 5, p. 239.

(78) De la misma opinión en el Derecho penal español, Beneytez Merino, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 250.

(79) Igualmente, Tiedemann, *Kommentar zum GmbH-Strafrecht*, preliminares a los §§ 82 y ss., n.m. 29, aunque exige, conforme al § 14 StGB, un nombramiento concluyente, aunque sea civilmente ineficaz; Köhler, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 7, n.m. 115.

turación patrimonial del deudor, se limita únicamente a acordar el régimen de administración temporal durante su reestructuración, pero no asume, en ningún caso, la administración del patrimonio del deudor. En este sentido, no puede considerárseles, en sentido estricto, administradores del deudor y, por tanto, no podrán responder como autores del delito de fraude concursal. Sin embargo, su situación especial en el procedimiento concursal puede configurar una posición de garantía que daría pie a una participación en comisión por omisión, en caso de no evitar, pudiendo hacerlo, la realización de alguna de las conductas previstas en el artículo 209 del CP por parte del deudor o sus administradores.

b. Acción típica

El artículo 209 del CP contempla, como modalidades de la acción típica, determinados actos de reducción del patrimonio del deudor concursado, de manera que no se podrá castigar penalmente la realización de otros actos defraudatorios cometidos en un procedimiento concursal aun cuando vayan en contra de los intereses de los acreedores[80]. Para la configuración de la responsabilidad penal no es necesario que se verifique la realización de todos los actos de reducción del patrimonio contemplados expresamente por el tipo penal, sino que, como lo establece el propio tenor de la ley, basta con que se realice "alguna de las siguientes acciones". Se trata, por tanto, de un tipo penal alternativo, en la medida que la conducta típica se habrá realizado plenamente con la materialización de cualquiera de las modalidades previstas de acción típica.

b.1) La ocultación de bienes (artículo 209 inciso 1 CP)

La primera modalidad del delito de fraude concursal es la ocultación de bienes. Resulta evidente que el tipo penal hace referencia a los bienes del deudor pasibles de formar parte del patrimonio concursado[81].

---

(80) En el mismo sentido, CREUS, *Quebrados y otros deudores punibles*, p. 54 y s.

(81) Vid., CREUS, *Quebrados y otros deudores punibles*, p. 52; NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, p. 114; WEGNER, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), VII 1, n.m. 103; HELLMANN/BECKEMPER, *Wirtschafsstrafrecht*, n.m. 243.

En este sentido, no podrán incluirse los bienes del deudor que carecen de valor económico[82], así como tampoco los bienes inembargables o aquellos expresamente excluidos por leyes especiales (artículo 14.1 de la LGSC)[83]. Los bienes que se poseen con reserva de propiedad a favor de un tercero (proveedor, por ejemplo) tampoco forman parte del patrimonio concursado[84]. Por el contrario, los bienes gravados con derechos de garantía a favor de terceros son parte integrante del patrimonio del deudor, existiendo solamente un derecho de preferencia[85]. No es necesario que los bienes posean materialidad, como sería el caso de las patentes, el *know how* de la empresa o la lista de clientes[86]. En este sentido, la acción de ocultación debe entenderse no solamente en un sentido físico, sino también en un sentido jurídico[87].

El ocultamiento se produce cuando el autor sustrae del conocimiento de los acreedores el bien o su pertenencia a la masa concursal[88].

---

(82) Vid., Stree/Heine, en Schönke/Schröder *StGB-Kommentar*, § 283, n.m. 3; Wegner, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), VII 1, n.m. 103.

(83) Vid., Beneytez Merino, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 254, quien señala como rasgos de los bienes propios de las insolvencias punibles la patrimonialidad y la embargabilidad. Igualmente en el Derecho penal alemán, Wegner, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), VII 1, n.m. 103.

(84) Vid., en este sentido, Wegner, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), VII 1, n.m. 104; Köhler, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 7, n.m. 139.

(85) Vid., así, Köhler, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 7, n.m. 119; Hellmann/Beckemper, *Wirtschafsstrafrecht*, n.m. 245.

(86) Así, Hellmann/Beckemper, *Wirtschafsstrafrecht*, n.m. 245. Entiende el término bienes como denominación genérica que abarca los materiales y los inmateriales, Beneytez Merino, *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 254.

(87) Vid., así, Stree/Heine, en Schönke/Schröder *StGB-Kommentar*, § 283, n.m. 4; Tiedemann, *Kommentar zum GmbH-Strafrecht*, preliminares a los §§ 82 y ss., n.m. 36; El Mismo, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 9, n.m. 420; Wegner, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), VII 1, n.m. 105; González Cussac, *Los delitos de quiebra*, p. 95; Ruiz, *Régimen penal de la quiebra*, p. 182 y s.; Lamas Puccio, *Ius et Veritas* 32, p. 299.

(88) Vid., en este sentido, Hellmann/Beckemper, *Wirtschaftsstrafrecht*, n.m. 249.

Dicha conducta puede materializarse fundamentalmente de dos formas, a saber: no justificando su entrada al patrimonio del deudor o sustrayéndolos del patrimonio concursado. En el primer caso, no se requiere que el bien, cuya entrada no se ha acreditado, entre al patrimonio del deudor dentro del procedimiento concursal, sino que ese bien, independientemente de cuándo entró al patrimonio del deudor, se oculta a los acreedores en el procedimiento concursal[89]. En el segundo caso, por el contrario, la ocultación se produce necesariamente con la sustracción del bien, de manera tal que sólo podrá castigarse penalmente la sustracción de bienes realizada dentro de un procedimiento concursal. La sustracción anterior al procedimiento concursal sólo podrá castigarse como delito de administración fraudulenta de persona jurídica o apropiación ilícita, si se dan los elementos constitutivos de estos ilícitos. Para que tenga lugar la sustracción no es necesario el efectivo desplazamiento de los bienes de la esfera de dominio del deudor, sino que basta con que se oculte contable o documentalmente estos bienes a los acreedores[90]. En la doctrina penal se considera también realizable el delito por omisión si el deudor no cumple su deber de información conforme a la ley concursal (artículo 31 y 25.1. h)[91].

Un aspecto especialmente debatido en la doctrina alemana respecto del delito de bancarrota, es si la ocultación requiere efectivamente haber generado un error o desconocimiento en los acreedores. Un sector de la doctrina considera prescindible la generación de un error en los acreedores, centrando el injusto únicamente en la acción u omisión dirigida a ocultar los bienes[92]. La doctrina dominante, por el contrario, considera que el error de los acreedores es

---

(89) Vid., sobre la posibilidad de confundirse antes o después de la situación de insolvencia (declaración de quiebra en la legislación argentina), NAVARRO/RIZZI, *El delito de quiebra*, p. 74.

(90) Así, respecto a los bienes inmuebles, JAÉN VALLEJO, *CPC* 58 (1996), p. 34.

(91) Vid., así, en el Derecho penal alemán, WEGNER, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), VII 1, n.m. 108. Como un supuesto muy excepcional, NAVARRO/RIZZI, *El delito de quiebra*, p. 78.

(92) Así, TRÖNDLE/FISCHER, *StGB*, § 283, n.m. 5.

un elemento necesario de la ocultación[93], de manera que cuando menos debe haberse producido un error transitorio en los acreedores respecto de los bienes concursales. A este último parecer hay que darle la razón, pues la ocultación de los bienes presupone necesariamente el desconocimiento de los acreedores.

La interpretación que se pueda dar al verbo típico "ocultar" no puede llevar a desbordar su ámbito de significación, aun cuando pueda considerarse necesario sancionar otras conductas del deudor de efecto equivalente. En este sentido, consideramos inapropiado entender que la ocultación de bienes equivalga a su destrucción o inutilización física[94]. El sentido del término "ocultar" implica la posibilidad de reincorporar el bien al patrimonio del deudor, lo cual resulta negado en el caso que el bien sea destruido. Si bien esta conducta quedaría impune en el caso de que el deudor actúe por sí mismo (en la medida que el delito de daños requiere que el bien destruido o inutilizado sea total o parcialmente ajeno), este vacío de punibilidad no puede justificar una interpretación del tipo penal que exceda su tenor literal.

b.2) La simulación, adquisición o realización de deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas (artículo 209 inciso 2 CP)

Esta modalidad de la acción típica del delito de fraude concursal doloso castiga el aumento indebido del pasivo del deudor concursado y, por tanto, la disminución de su patrimonio. Esta reducción puede tener lugar por diversos conceptos: deudas (obligaciones de pago), enajenaciones (traslación del dominio sobre bienes o derechos), gastos (empleo del dinero para pagos debidos[95]) y pérdidas (merma del patrimonio del deudor[96]). Sin embargo, conviene

---

(93) Vid., así, Tiedemann, *LK* § 283, n.m. 38; Kindhäuser, *NK* § 283, n.m. 25; Hellmann/Beckemper, *Wirtschafsstrafrecht*, n.m. 250.

(94) Vid., Caro Coria, *RPDJP* 3 (2002), p. 156. Por el contrario, Ocaña Rodríguez, *El delito de alzamiento de bienes*, p. 89.

(95) El gasto debe estar referido a la actividad del deudor, tal como lo indica Navarro/Rizzi, *El delito de quiebra*, p. 73.

(96) Vid., igualmente, Navarro/Rizzi, *El delito de quiebra*, p. 73.

precisar que no toda disminución del patrimonio por los conceptos antes señalados adquiere relevancia típica, sino que es necesario cierto elemento defraudatorio[97].

En primer lugar, cabe que el deudor infle artificialmente su pasivo mediante la simulación de deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas, es decir, mostrando como existentes ciertas cargas sobre su patrimonio que efectivamente no han tenido lugar[98]. Esta simulación puede ser absoluta, cuando las cargas simuladas son completamente inexistentes, o relativa, cuando se altera solamente su cuantía[99]. El hecho de que el deudor recurra a una simulación configura por sí mismo un acto de defraudación suficiente para dar relevancia típica a esta conducta. En esta modalidad del fraude concursal doloso resulta necesaria la intervención de un tercero que aparece como el acreedor de la deuda o beneficiario del gasto[100]. En la medida que este tercero conozca la simulación, responderá como cooperador necesario del delito.

Discutible se presenta la posibilidad de calificar como una simulación de deuda por omisión el hecho de no evitar el reconocimiento de un crédito inexistente ante la autoridad concursal. Un sector de la doctrina considera que la falta de oposición al reconocimiento del crédito constituye una declaración concluyente de aceptación del crédito, de manera que la omisión podría castigarse como una simulación activa[101]. Otro sector de la doctrina opina que si bien puede dársele el sentido de declaración a la omisión de oposición, no hay una comisión por omisión en la medida que el deudor no es garante frente a sus acreedores[102]. A este parecer hay que re-

---

(97) De la misma opinión, LAMAS PUCCIO, *Ius et Veritas* 32, p. 300.

(98) Vid., PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 698; RUIZ, *Régimen penal de la quiebra*, p. 183; CREUS, *Quebrados y otros deudores punibles*, p. 58; NAVARRO/RIZZI, *El delito de quiebra*, p. 72.

(99) Vid., GAGLIUFFI PIERCECHI, *Foro Jurídico* 3, p. 146.

(100) Vid., así, STREE/HEINE, Schönke/Schröder *StGB*, § 283, n.m. 26; HELLMANN/BECKEMPER, *Wirtschafsstrafrecht*, n.m. 285.

(101) Vid., así, HELLMANN/BECKEMPER, *Wirtschafsstrafrecht*, n.m. 286.

(102) Vid., así, TIEDEMANN, *LK* § 283, n.m. 88; KINDHÄUSER, *NK* § 283, n.m. 53.

conocerle la razón, lo que no excluye, sin embargo, que en el caso de empresas se pueda presentar un delito contra el patrimonio, pues los administradores sí tienen una posición de garantía frente a la empresa.

Pero los actos de reducción patrimonial fraudulenta no sólo se presentan de la mano de una simulación. Un fraude concursal a los acreedores puede también tener lugar cuando el deudor adquiere deudas o pérdidas, o realiza enajenaciones o gastos injustificados en detrimento de su patrimonio. Esta conducta no adquiere relevancia típica *per se*, sino que debe de tratarse de actos de endeudamiento o de reducción patrimonial no justificados o autorizados[103]. Así, por ejemplo, se pueden mencionar los actos de transferencia del patrimonio a personas vinculadas con el deudor o empresas dominadas por el mismo grupo económico a precios por debajo de su valor real. Si bien puede decirse que no hay una simulación, pues el negocio tiene lugar realmente, no puede desconocerse que dicha operación constituye un acto fraudulento de disposición patrimonial en perjuicio de los acreedores. Los negocios especulativos y los gastos sin sustento económico pueden perfectamente englobarse en este supuesto de fraude concursal[104].

El elemento defraudatorio de los gastos o enajenaciones resulta un elemento fundamental para decidir su relevancia típica. En este orden de ideas, no podrán configurar el delito de fraude concursal los actos de adquisición de deudas o la realización de enajenaciones, gastos o pérdidas necesarios para el desarrollo normal de la actividad del deudor o que impliquen finalmente una mejora patrimonial[105]. Si estas operaciones no se realizaran se perjudicaría al final la propia conservación del patrimonio del deudor o las posibilidades de mejora a favor de los acreedores.

---

(103) Precisando Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 9, n.m. 424, que la falta de justificación de los gastos debe ser apreciable para un observador que piense en términos económicos.

(104) Así, en el Derecho penal alemán, Wegner, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), VII 1, n.m. 111 y ss.

(105) Similarmente, Wegner, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), VII 1, n.m. 105.

b.3) Los actos de disposición o generador de obligaciones a favor de un acreedor (artículo 209 inciso 3 CP)

El artículo 209 inciso 3 del CP sanciona al deudor que en un procedimiento concursal realice actos de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinados a pagar a uno o a varios acreedores, preferentes o no, posponiendo el pago del resto de acreedores. Precisa, además, que si la junta de acreedores hubiere aprobado la reprogramación de obligaciones o decidido la liquidación del deudor, esta conducta será sancionada cuando contravenga la reprogramación o el convenio de liquidación[106].

Como puede verse, el inciso 3 del artículo 209 del CP castiga los actos de disposición del patrimonio del deudor que están orientados al pago de créditos concursales. Por lo tanto, las disposiciones patrimoniales en favor de un no acreedor no podrán dar lugar a esta modalidad del delito, sino en todo caso a una ocultación de patrimonio o una apropiación ilícita, del mismo modo que no podrá generar responsabilidad penal el pago de créditos post-concursales de conformidad con el artículo 16 de la LGSC. De la redacción típica se desprende, por otra parte, que el delito no se configura con la simple concesión al acreedor de alguna ventaja indebida, pues la única ventaja que realiza el tipo penal es la disposición patrimonial orientada a pagar el crédito[107]. Si bien el tipo penal no lo dice expresamente, hay que entender que la disposición para el pago parcial de un crédito concursal realiza igualmente el tipo penal, ya que pospone del mismo modo a los otros acreedores.

Si bien podría decirse que la conducta tipificada constituye el cumplimiento de obligaciones lícitamente contraídas, hay que tener presente que el injusto penal no se sustenta en la ilegalidad del pago individual, sino en la afectación a la "comunidad de pérdidas" a la

---

(106) En el Derecho penal español no basta que se carezca de una autorización (del juez o del órgano concursal competente), sino cuando el acto mismo lleve una ilicitud intrínseca. Vid., QUINTERO OLIVARES, *Comentarios*, Quintero Olivares (drg.), p. 542 y s.

(107) Distinta es la situación en el Derecho penal alemán, KÖHLER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 7, n.m. 198.

que pertenecen todos los acreedores, preferentes o no, en el procedimiento concursal (*par conditio creditorum*)[108]. Por lo tanto, la sanción penal tiene lugar por actos dirigidos a pagar indebidamente créditos concursales en un procedimiento concursal, en donde la situación de insolvencia del deudor obliga a seguir un orden para el pago de las obligaciones que permita sacar al deudor adecuadamente del mercado[109]. Como puede verse, la modalidad del fraude concursal doloso contemplada en el inciso 3 del artículo 209 del CP afecta propiamente el interés colectivo de la masa de acreedores protegido por el procedimiento concursal (artículo V del Título Preliminar de la LGSC).

Un aspecto de la configuración típica de la modalidad del fraude concursal doloso que ahora analizamos es su constitución como un delito de emprendimiento, en la medida que no castiga el pago efectivo de algún acreedor concursal, sino los actos de disposición patrimonial o de generación de obligaciones dirigidos a pagar a un acreedor concursal. En este sentido, el delito de fraude concursal doloso se presentará con independencia de si el crédito concursal llega realmente a cancelarse o no. Si la disposición patrimonial llega a hacerse efectiva, esta situación podrá considerarse a efectos de la medición de la pena como un criterio referido a la extensión del daño producido, pero no tendrá incidencia en la configuración típica.

En el plano de la política criminal, cabe plantearse la pregunta de si la criminalización del supuesto que ahora analizamos se ajusta al principio de subsidiariedad y fragmentariedad que en su momento proclamó la reforma de los delitos contra el sistema crediticio[110]. Para responder a esta pregunta hay que tener en cuenta que la legislación concursal contiene un conjunto de normas que procuran

---

[108] Vid., Beneytez Merino, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 275; González Cussac, *Los delitos de quiebra*, p. 94; Köhler, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 7, n.m. 200. Precisa que se trata de la *par conditio creditorum* en su aspecto procesal, Suárez González, en *Comentarios*, Rodríguez Mourullo (dir.), p. 736.

[109] Vid., Nieto Martín, *AP* 40 (1996), p. 770.

[110] Vid., INDECOPI, *Fortalecimiento*, p. 12.

evitar los efectos distorsionantes que produce el pago indebido en el procedimiento concursal. En primer lugar, cabe señalar que el artículo 19.3 de la LGSC declara la nulidad e ineficacia de ciertos actos de disposición del deudor dirigidos a pagar a acreedores desde la fecha de inicio del procedimiento concursal hasta que se nombre o ratifique a la administración del deudor o se apruebe o suscriba el respectivo convenio de liquidación. Si existe ya una reprogramación de pagos, el incumplimiento de dicha reprogramación trae consigo la disolución y liquidación del deudor en atención a lo establecido en el artículo 67.4 LGSC. Adicionalmente a estas medidas que el pago incorrecto genera en el procedimiento concursal, el artículo 125.2 inciso c) LGSC sanciona administrativamente con una multa de hasta 100 UITs a quien realice estos actos de disposición o generadores de obligaciones que no se refieran al desarrollo normal de la actividad del deudor. Como puede verse, la legislación concursal contempla un conjunto de medidas y sanciones que evitan los efectos perjudiciales de los pagos incorrectos en el procedimiento concursal.

A partir de las particularidades resaltadas de la legislación concursal, parece políticamente cuestionable la decisión del legislador penal de contemplar como una modalidad de fraude concursal punible los actos dirigidos a pagar indebidamente a un acreedor dentro de un procedimiento concursal. Ahora bien, este cuestionamiento a la decisión del legislador desde una perspectiva de *lege ferenda*, no debe condicionar la aplicación de *lege lata* de la ley penal. No obstante, consideramos que el principio de *última ratio* también informa la actividad judicial, de manera tal que la interpretación judicial deberá proceder a una restricción del alcance de esta modalidad del fraude concursal para limitar, así, la sanción penal a los casos en los que existe un alto grado de gravedad.

En atención a lo arriba expuesto, el delito de fraude concursal no debería castigar cualquier acto dirigido a pagar indebidamente los créditos en un procedimiento concursal, sino que esta actuación debe reunir un carácter fraudulento para adquirir relevancia penal. En la medida que estamos ante fraudes concursales, los actos de disposición patrimonial o de generación de obligaciones que se realicen sin el elemento subjetivo defraudatorio deberán quedar sólo

en una responsabilidad por una actividad impropia del buen comerciante (en todo caso, por un delito culposo del artículo 210 del CP)[111], pues no contienen el suficiente desvalor como para configurar el ilícito penal de fraude concursal doloso. El carácter fraudulento de esta actuación se presenta, sin ninguna duda, cuando existe connivencia con el acreedor beneficiado para perjudicar al resto de acreedores[112]. No obstante, los actos dirigidos a pagar indebidamente a un acreedor concursal pueden tornarse también en defraudatorios sin que exista connivencia con el acreedor, por ejemplo, cuando el autor quiere favorecer especialmente a un acreedor vinculado (un familiar). En cualquier caso, para poder castigar los actos de disposición o generación de obligaciones en un procedimiento concursal como fraude concursal doloso, el autor debe tener la intención de favorecer indebidamente a un acreedor, sabiendo además que con ello pone en peligro el cobro del crédito de los otros acreedores.

c. El resultado típico

El artículo 209 del CP exige que el autor realice la conducta típica "en perjuicio de los acreedores". En la doctrina penal nacional este elemento típico ha sido interpretado en un sentido subjetivo, es decir, como finalidad del autor de que su actuación perjudique a sus acreedores[113]. Para poder diferenciar el dolo de este elemento subjetivo, se ha recurrido fundamentalmente a dos interpretaciones. Por un lado se encuentran aquellos autores que califican este elemento del tipo como un dolo específico de querer perjudicar a

---

(111) Vid., Bajo Fernández/Suárez González, *Manual*, PE, p. 254.

(112) Vid., así, Muñoz Conde, *Derecho penal*, PE, p. 400. De opinión distinta en el Derecho penal alemán, Stree/Heine, en Schönke/Schröder *StGB-Kommentar*, § 283c, n.m. 6.

(113) Vid., García Cantizano, *Gaceta Jurídica* 68-B (1999), p. 58. En la doctrina española se realiza la misma interpretación para el delito de alzamiento de bienes. Vid., así, Muñoz Conde, *El delito de alzamiento de bienes*, p. 144; Del Rosal Blasco, *ADPCP* 1994, p. 24; Beneytez Merino, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 254; Vives Antón/González Cussac, *El delito de alzamiento de bienes*, p. 67.

los acreedores[114]. En nuestra opinión, este planteamiento parte de una incorrecta apreciación de las categorías dogmáticas, pues el dolo siempre es específico, referido a la acción típica correspondiente, aunque pueda definirse de manera abstracta para todos los delitos de la parte general. A partir de esta crítica, otros autores entienden que el elemento "en perjuicio de los acreedores" es un elemento subjetivo del injusto que no debe equipararse al dolo, en la medida que no está referido al tipo objetivo, sino que está dirigido a fundamentar el injusto del acto[115]. De esta manera, el injusto penal se sustentaría únicamente en un aspecto subjetivo, no siendo necesario ningún correlato objetivo a esta intención de perjuicio. Pensamos que esta fundamentación resulta insuficiente en un Derecho penal que reconoce el principio de lesividad como criterio informador de los tipos penales (artículo IV del Título Preliminar del Código penal). El elemento del tipo "en perjuicio de sus acreedores" no debe entenderse como un elemento subjetivo adicional al dolo, sino como un dato objetivo predicable de la acción típica el artículo 209 del CP y que, evidentemente, debe ser abarcado por el dolo del autor. Por esta razón, el mencionado elemento del tipo penal exige, más bien, que la acción típica tenga la aptitud objetiva de ir en perjuicio de los acreedores y no reducirse a una simple voluntad de producir este perjuicio[116].

En la anterior redacción se establecía que las conductas prohibidas debían realizarse "en fraude a los acreedores" en lugar del actual "en perjuicio de los acreedores". Este abandono expreso del carácter fraudulento del hecho podría llevar a ciertos errores interpretativos, en tanto podría pensarse que bastaría sólo exigir que la

---

[114] Vid., así, en el delito de alzamiento de bienes español, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, PE, T. III, p. 52; RUIZ, *Régimen penal de la quiebra*, p. 198 y ss.).

[115] Vid., en este sentido, en el delito de alzamiento de bienes español MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, p. 147 y s.; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *El delito de alzamiento de bienes*, p. 70 y s.; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGUESSE, *Derecho penal económico*, p. 387; RODRÍGUEZ MOURULLO, *LH-Bacigalupo* (España), p. 1158.

[116] Similarmente, REYNA ALFARO, *Manual*, p. 352.

conducta acarree un perjuicio patrimonial a los acreedores para poder sancionarla penalmente. En este sentido, el proclamado carácter de *última ratio* del Derecho penal se estaría contraviniendo (concretamente, el principio de fragmentariedad), pues se estaría sancionado una conducta que sólo causa un perjuicio patrimonial y no una conducta que mediante un acto defraudatorio perjudica a los acreedores (formas de ataque más intolerables). En atención a lo acabado de señalar, consideramos que la interpretación del artículo 209 del CP debe estar informada por la idea de que el elemento defraudatorio sigue siendo necesario para que los diversos supuestos contemplados en este tipo penal adquieran relevancia típica. En este sentido, la conducta del autor requiere alcanzar cierto desvalor específico en el sentido de engaño o abuso frente a los acreedores[117]. No basta que la conducta del autor sea perjudicial para los acreedores, sino que es necesario que tenga un cariz defraudatorio.

Un punto de discusión que resulta imprescindible resolver es lo que debe entenderse por perjuicio a los acreedores. En una interpretación restrictiva, podría sostenerse que este elemento del tipo exige que los acreedores sufran un perjuicio patrimonial efectivo o, en otras palabras, vean frustrada la posibilidad de hacer cobro de su crédito. Si la actuación del deudor, pese a estar orientada a defraudar a sus acreedores, no produce este resultado, el castigo solamente podrá tener lugar a título de tentativa. Esta interpretación requeriría saber si el patrimonio del deudor resulta finalmente suficiente para satisfacer todas las obligaciones de los acreedores, además de no parecer conciliable con la configuración típica de la modalidad específica de actos de disposición o generador de obligaciones a favor de un acreedor. Por el contrario, en una interpretación más extensiva, podría incluirse como perjuicio típico no sólo la lesión efectiva del derecho de crédito, sino también el peligro concreto de no poder cobrar el crédito. En este sentido, si el acreedor no ve frustrado el cobro de su crédito por pura casualidad (por ejemplo, porque se restituyen los bienes ocultados a la masa concursal o porque otros acreedores

(117) Vid., así, sobre el elemento "en fraude a los acreedores" Creus, *Derecho penal*, PE, T. I, p. 548; El Mismo, *Quebrados y otros deudores punibles*, p. 44 y s..

condonaron sus créditos), esta circunstancia no enervará la responsabilidad penal por la conducta defraudatoria del deudor, pues bastará con haber generado un peligro concreto de no cobro del crédito. En nuestra opinión, la interpretación extensiva resulta la que mejor se ajusta al fin de protección de los intereses patrimoniales de los acreedores en el contexto del procedimiento concursal, pues si un deudor se encuentra sometido a un procedimiento concursal significa que existe el peligro de que su patrimonio no alcance para honrar todas sus deudas.

En la medida que el delito de fraude concursal doloso del artículo 209 CP es un delito de resultado (de peligro), parecería plenamente plausible sostener que cabe una tentativa punible. Sin embargo, también en el castigo de la tentativa debe discutirse, desde el punto de vista del principio de mínima intervención, si resulta necesario el recurso al Derecho penal para hacer frente a ciertas conductas que muestran una voluntad criminal, pero que no llegan a producir perjuicio alguno. En el caso concreto de los atentados contra el sistema crediticio hay que tener en cuenta que estas conductas pueden sancionarse administrativamente con base en el artículo 125.2 LGSC hasta con una multa de 100 UITs, de manera que convendría dejar estos casos en el ámbito de Derecho administrativo sancionador. Un castigo por tentativa (inidónea) resultaría injustificado desde el punto de vista de la necesidad de pena.

d. El elemento subjetivo

La pena prevista en el artículo 209 del CP se impone al agente de comisión dolosa. Por esta razón, una cuestión central, a efectos de atribuir responsabilidad penal, es determinar si el dolo del delito de fraude concursal requiere el conocimiento y la voluntad del autor, esto es, si este delito solamente puede cometerse con dolo directo. En nuestra opinión, el tipo penal del artículo 209 CP no contiene una exigencia subjetiva especial que pueda llevar a la conclusión de que se requiere una voluntad del autor respecto del perjuicio a los acreedores[118]. El dolo del deudor debe entenderse fundamental-

[118] Vid., así, CARO CORIA, *RPDJP* 3 (2002), p. 162.

mente como conocimiento[119], en el sentido de saber que mediante su conducta se crea un peligro de afectación de los intereses de sus acreedores. Un castigo a título de dolo eventual podría perfectamente tener lugar[120], a excepción del supuesto contemplado en el inciso 3), en donde la interpretación que hemos asumido requiere que el autor actúe con un dolo directo de primer grado[121].

e. Autoría y participación

El delito de fraude concursal doloso es un delito de dominio que comete, en calidad de autor, aquella persona que domina el riesgo de perjuicio patrimonial a los acreedores en un procedimiento concursal. El propio tipo penal reconoce que la persona que, en principio, posee este dominio social típico es el deudor sometido a un procedimiento concursal. Sin embargo, contempla también la posibilidad de que otras personas que no ostentan la calidad formal de deudor puedan responder como autores, en la medida que hayan asumido el dominio social típico, esto es, la administración del patrimonio del deudor. En este sentido, autores del delito podrán ser también aquellas personas que actúan en nombre del deudor, los administradores o liquidadores del mencionado patrimonio. Las otras personas que de alguna manera hayan contribuido a la realización del hecho delictivo, responderán solamente a título de

(119) Vid., en general, sobre el dolo como conocimiento, Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 401; Hruschka, *Strafrecht*, p. 435 y ss.; García Cavero, *Derecho penal económico*, PG, T. I, p. 481 y s.

(120) Distinto es el parecer de un sector de la doctrina española para el delito de alzamiento de bienes, a partir del elemento "en perjuicio de los acreedores". Vid., así, Cuellos Contreras, *CPC* 67 (1999), p. 41. Sin embargo, Gómez Pavón, *CPC* 64 (1998), p. 51, no considera necesario concluir que este elemento requiere un elemento intencional de perjudicar a los acreedores. En el Derecho alemán no se ve problema alguno para castigar los casos de dolo eventual, Köhler, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 7, n.m. 182; Wegner, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), VII 1, n.m. 172.

(121) Niega igualmente el dolo eventual en este supuesto, Köhler, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 7, n.m. 202.

partícipes[122]. En la medida que se trata de un delito de dominio, el marco penal establecido por el artículo 209 del CP servirá para precisar la responsabilidad penal también de los partícipes.

Las aportaciones de los partícipes en el delito de fraude concursal doloso pueden tener lugar antes, durante y después de la realización del delito[123]. Especialmente problemática se presenta la determinación de la participación en la etapa posterior a la consumación del delito. Para decidir si es posible una participación luego de realizado el tipo penal, resulta necesario precisar si el delito de fraude concursal doloso es un delito de estado o un delito permanente, pues solamente en el segundo caso cabrá una responsabilidad penal como partícipe en el hecho. En nuestra opinión, sólo la modalidad de ocultación de bienes tiene el carácter de delito permanente, siendo posible, por tanto, una responsabilidad penal a título de partícipe de quien auxilia al deudor a mantener oculto sus bienes. En las otras modalidades del fraude concursal, solamente cabrá una responsabilidad por el delito de encubrimiento o receptación[124].

Un caso especial de participación que vale la pena destacar es la del acreedor en los actos de disposición del deudor dirigidos a pagarle, posponiendo el pago de los otros. En la medida que esta modalidad del fraude concursal requiere necesariamente de la colaboración del acreedor beneficiado, el acreedor que conscientemente participa en este hecho debería ser castigado como cooperador necesario en virtud del primer párrafo del artículo 25 del CP[125]. En este sentido, la mención expresa que hace la parte final del inciso 3 del artículo 209 del CP a la responsabilidad de los acreedores, resulta completamente innecesaria. Las reglas generales de la participación habrían permitido castigar estos casos con la misma pena que

---

[122] Vid., igualmente, VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de alzamiento de bienes*, p. 36; KÖHLER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 7, n.m. 125.

[123] Vid., GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de quiebra*, p. 74.

[124] Así la propuesta de GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de quiebra*, p. 75.

[125] Del mismo parecer SUÁREZ GONZÁLEZ, en *Comentarios*, Rodriguez Mourullo (dir.), p. 736.

el autor. De suma importancia será precisar cuándo existe esta connivencia con un acreedor. En nuestra opinión, para hablar de connivencia no basta que se genere un perjuicio al resto de acreedores, ni tampoco que el acreedor sepa que el deudor está sujeto a un procedimiento concursal y puede perjudicar, por tanto, al resto de acreedores. Para hablar de connivencia se requiere que el acreedor acepte el pago como producto de un acuerdo con el deudor, siéndole conocido el perjuicio al conjunto de acreedores[126].

f. Concursos

El fraude concursal doloso puede aparecer, en determinados casos, en situación de concurso con los delitos contra la fe pública. En efecto, este delito contra el sistema crediticio admite como medios de comisión del fraude a sus acreedores la simulación y el engaño. Esta situación no implica, sin embargo, que el injusto penal del fraude concursal englobe el realizado por el delito de falsificación. La pena contemplada por el artículo 209 del CP se limita a la realización de una conducta defraudatoria, pero no necesariamente la realización de una falsificación (de documentos, por ejemplo). Por esta razón, creemos que no resulta correcta la opinión de aquellos que ven en estos casos un concurso aparente de delitos[127]. Lo que tiene lugar será un concurso ideal de delitos (medial), por lo que habrá que determinar la pena con base en la regla de exasperación asumida por el artículo 48 del CP. Para determinar cuál es el marco penal más grave será necesario precisar si el delito de falsificación de documento recae sobre un documento público o privado.

El delito de fraude concursal doloso puede presentarse también en concurso con el delito de administración fraudulenta de persona jurídica. Hasta antes del inicio del procedimiento concursal, los actos de defraudación a los acreedores podrán castigarse solamente con base en el artículo 198 del CP, siempre que la conducta concreta

---

(126) Vid., en este sentido, Roy Freyre, *Derecho penal peruano*, PE, T. III, p. 307; Peña Cabrera, *Tratado*, PE, II-B, p. 718.

(127) Como opina, por ejemplo, Creus, *Quebrados y otros deudores punibles*, p. 59.

del administrador pueda subsumirse en alguna de las modalidades específicas previstas en los distintos incisos del mencionado artículo[128]. Una vez iniciado el procedimiento concursal entran en escena los delitos concursales, sin que pierda aplicación el delito de administración fraudulenta de persona jurídica, pues los directivos y administradores mantienen las facultades de administración sobre el patrimonio del deudor (a no ser que la junta de acreedores nombre una nueva administración)[129]. Cuando la administración fraudulenta está dirigida a perjudicar los intereses patrimoniales de los acreedores, existirá un concurso de leyes, en el que, por principio de especialidad, se aplica el delito concursal[130]. En caso de lesionarse además los intereses de la persona jurídica, lo que habrá será un concurso de delitos[131].

g. Penalidad

En cuanto al marco penal, la actual regulación penal no hace la distinción, que se hizo en el Código penal de 1924 y en la redacción original del Código penal de 1991, entre deudor comerciante y deudor no comerciante. Ambos supuestos se castigan con la misma pena: a saber, una pena privativa de libertad de tres a seis años e inhabilitación de tres a cinco años conforme al artículo 36 inc. 2 y 4 del Código penal. Como puede verse, se trata de penas de aplicación conjunta y que, por otra parte, influyen en los efectos jurídicos de

---

(128) En el Derecho penal alemán, se discute sobre la posibilidad de cometerse una infidelidad patrimonial (el equivalente, con significativas diferencias, de nuestra administración fraudulenta) dentro de un procedimiento de insolvencia. Vid., TIEDEMANN, *Kommentar zum GmbH-Strafrecht*, premilinares a los §§ 82 y ss., n.m. 33; RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 91; BITTMANN/RUDOLPH, *wistra* 2000, p. 401 y ss.; KÖHLER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 7, n.m. 178.

(129) Vid., así, BITTMANN/RUDOLPH, *wistra* 2000, p. 402 y s.

(130) Similarmente, aunque por principio de consunción, NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, p. 130.

(131) En el mismo sentido, RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 91.

la declaratoria de quiebra. En efecto, el artículo 101.3 de la LGSC establece, además, que el juez penal ordenará la inscripción en el registro personal de la resolución consentida o ejecutoriada que establece la responsabilidad penal del deudor por delito concursal, precisando que la rehabilitación del quebrado no podrá obtenerse hasta que no se haya cumplido la pena impuesta. Debemos entender que se refiere tanto a la pena privativa de libertad, como a la pena de inhabilitación, la que dure más.

En lo concerniente a otras posibles consecuencias jurídicas del delito, debe mencionarse especialmente la posibilidad de imponer una reparación civil por el daño producido, siempre que sea posible demostrar el perjuicio patrimonial. Por otra parte, cabe preguntarse por la posibilidad de imponer al deudor, en caso de tratarse de una persona jurídica, alguna de las consecuencias accesorias previstas en el Código penal. Hay que advertir que lo usual en estos casos es que la persona jurídica termine en su disolución y liquidación, por lo cual una medida contra la persona jurídica no tendría, en principio, ningún sentido.

h. Agravante

La pena sufre una considerable elevación si el agente realiza alguna de las conductas típicas dentro del procedimiento concursal cuando la exigibilidad de las obligaciones del deudor se encontrare suspendida[132]. La pena privativa de libertad se eleva a no menor de cuatro ni mayor de ocho años, mientras que la pena de inhabilitación resulta en estos casos de cuatro a cinco años. El fundamento de esta agravación de la pena residiría en que la conducta típica en ese momento del procedimiento concursal no sólo perjudicaría a los intereses de los acreedores, sino también las reglas de desarrollo del procedimiento concursal. El artículo 17.1 LGSC establece que una vez que se difunde el procedimiento concursal, conforme al artículo 32 de la LGSC, se suspende la exigibilidad de todas las obligaciones que el deudor tuviera pendientes de pago a dicha fecha. Esta suspensión

[132] Vid., INDECOPI, *Fortalecimiento*, p. 12.

dura hasta que la Junta de acreedores apruebe el plan de reestructuración, el acuerdo global de refinanciación o el convenio de liquidación. Con ello, se pone de manifiesto nuevamente la importancia que tiene para el ilícito penal la afectación de los fines del procedimiento concursal.

B. El fraude concursal culposo (artículo 210 del CP)

El Código penal peruano establece, en su artículo 12, un sistema cerrado de incriminación de la conducta culposa, de manera que para poder castigar a título de culpa, esta incriminación debe establecerse expresamente en un tipo penal de la Parte Especial. En el caso de los atentados contra el sistema crediticio, el legislador penal ha decidido castigar las conductas contempladas en el artículo 209 del CP también a título de culpa. El motivo principal para esta decisión legislativa fue la posible impunidad que podría beneficiar a aquellos deudores que alegaran falta de mala fe en su actuación dentro del procedimiento concursal. Esta discutible justificación en el plano político-criminal no libera, sin embargo, de hacer en el plano dogmático una adecuada interpretación del tipo penal que regula el delito de fraude concursal culposo.

El artículo 210 del CP establece, en términos dogmáticos, que si el deudor lesiona, conforme a la descripción típica del artículo 209 del CP, los intereses patrimoniales de sus acreedores en un procedimiento concursal mediante la infracción de deberes de cuidado propios del tráfico comercial, responderá penalmente a título de culpa. En estos casos, al autor que realiza alguna de las conductas típicas del artículo 209 del CP se le imputa un conocimiento del hecho insuficiente para saber la afectación a los intereses de los acreedores en el procedimiento concursal, pero suficiente para prever esa afectación y tomar las medidas correspondientes para evitarla. Así, por ejemplo, si el deudor olvida registrar el ingreso de un bien a su patrimonio de manera que permanece oculto a sus acreedores, le podrá corresponder una sanción penal a título de culpa con base en el artículo 210 del CP. No obstante, hay que reconocer que existen ciertas modalidades del fraude concursal que difícilmente se pueden cometer a título de culpa, como el caso de la simulación de

deudas[133]. La práctica jurisprudencial tendrá que emprender el trabajo de dar contornos más claros al tipo penal de fraude concursal culposo.

Como un aspecto que debe guiar la interpretación de fraude concursal culposo, hay que precisar que no toda infracción de un deber de cuidado trae consigo una responsabilidad penal a título de culpa. En nuestra opinión, el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal autoriza a castigar sólo los casos de culpa grave o manifiesta[134], es decir, aquellos casos en los que el deudor ha inobservado deberes de cuidado básicos en la administración de su patrimonio respecto de los intereses de sus acreedores. Los supuestos de culpa leve o levísima tendrán que ser canalizados, más bien, por la vía de los mecanismos de corrección ofrecidos por la regulación concursal y, en su caso, las sanciones administrativas contempladas en la LGSC.

C. El uso fraudulento de información falsa en un procedimiento concursal (artículo 211 del CP)

El artículo 211 del CP sanciona a los que mediante el uso de información, documentación o contabilidad falsas o la simulación de obligaciones o pasivos en un procedimiento de reprogramación de obligaciones, consiguen la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones. Como puede verse, se castiga un supuesto de falsedad en el contexto de un procedimiento concursal o de reprogramación de obligaciones. La justificación que se ofreció para la inclusión de este tipo penal dentro de los atentados contra el sistema crediticio, fue la imposibilidad de englobar plenamente el desvalor de esta conducta de falsedad con los delitos contra la fe pública. Se dijo que, en

---

[133] Vid., Caro Coria, *RPDJP* 3 (2002), p. 164. En una línea más generalizante, García Cantizano, *Gaceta Jurídica* 68-B (1999), p. 62, considera que resulta muy difícil que las conductas descritas en el artículo 209 del CP puedan realizarse de forma culposa.

[134] Vid., en general, Silva Sánchez, en *El nuevo Código penal*, p. 113; García Cavero, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), p. 423 y s. De manera específica para los delitos de quiebra, Creus, *Quebrados y otros deudores punibles*, p. 129.

la medida que los delitos contra la fe pública se centran sólo en una "posibilidad de perjuicio", resultaría poco satisfactorio recurrir a estos tipos penales para castigar el uso de información o documentos falsos que afecta los intereses de los acreedores en un procedimiento concursal[135].

Para decidir la cuestión político-criminal de si resulta conveniente una incriminación específica del supuesto de falsedad en un procedimiento concursal o de reprogramación de obligaciones, debemos precisar si el artículo 211 del CP exige realmente un perjuicio efectivo de los intereses de los acreedores, pues, de no ser así, al tipo penal le faltará el elemento adicional de lesión efectiva que, en los términos de la reforma penal, habría justificado su tipificación especial frente a los delitos de falsificación en general. El artículo 211 del CP establece como resultado típico del uso de información y documentación falsificada o simulada, la consecución de la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones. Si se entiende que la lesión efectiva se configura con la falta de cobro del crédito, entonces el tipo penal no habrá englobado el desvalor del resultado requerido por la reforma, pues el resultado previsto por el tipo penal no exige la frustración del pago. En este sentido, la única particularidad de este delito frente a los delitos de falsificación de documento en general sería el hecho de que el delito se materializaría en el ámbito especial de los procedimientos concursales[136].

Pero además de lo anterior, no resulta cierto que no existan tipos penales que recojan completamente los elementos configuradores del injusto del delito de uso fraudulento de procedimiento concursal. El delito de fraude procesal previsto en el artículo 416 del CP castiga al que, por cualquier medio fraudulento, induce a error a un funcionario o servidor público para obtener una resolución contraria a ley. Como puede verse, todos los elementos generales configuradores del ilícito del artículo 211 del CP se encuentran contemplados

---

[135] Vid., INDECOPI, *Fortalecimiento*, p. 12.

[136] Vid., en este sentido, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, PE, p. 411.

por el delito de fraude procesal[137], de manera que no se justificaría su tipificación especial. El mayor castigo sólo podría sustentarse en la importancia del sistema concursal, pero entonces lo cuestionable de esta decisión legislativa será por qué no se contempla igualmente un tipo penal específico de falsedad en el ámbito de otros procedimientos administrativos igual de importantes como, por ejemplo, la defensa de la competencia o la protección al consumidor, entre otros.

En contra de una asimilación del delito de uso fraudulento de información falsa en un procedimiento concursal con el fraude procesal se encuentra Caro Coria, quien señala que la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones no siempre es decidida por un funcionario público. En el caso del procedimiento simplificado, por ejemplo, serían los propios acreedores los que decidirían la suspensión de la exigibilidad de los acreedores[138]. La certeza de esta argumentación ha perdido cuando menos actualidad, pues en la nueva LGSC también en el caso de procedimiento concursal preventivo es la comisión (funcionarios públicos) la que decide finalmente la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones (artículo 104 y artículo 108.1).

a. Sujeto activo

El delito de uso fraudulento de información falsa en un procedimiento concursal puede ser cometido por cualquiera que está en capacidad de poder presentar documentación o información en un procedimiento concursal o de reprogramación de obligaciones. Si bien

---

[137] Vid., en el mismo sentido, con la estafa procesal del Derecho penal español, Bajo Fernández/Bacigalupo Saguesse, *Derecho penal económico*, p. 411. No obstante, Caro Coria, *RPDJP* 3 (2002), p. 166, alega con certeza que en el fraude procesal no es necesario un pronunciamiento del funcionario público, pero esta afirmación no afecta en nada la constatación de que el injusto de la falsedad en procedimiento concursal se halla asumido en el fraude procesal. Es más, sería un punto a favor de la suficiencia del fraude procesal que, a diferencia de la falsedad en procedimiento concursal, no tiene que esperar incluso a que el funcionario público expida una resolución indebida.

[138] Vid., así, Caro Coria, *RPDJP* 3 (2002), p. 166.

se trata de un círculo de autores abierto formalmente a cualquiera, es evidente que solamente el deudor y los acreedores están en capacidad de poder presentar información y documentación falsa para conseguir el efecto de suspensión de la exigibilidad de las obligaciones propio de un procedimiento concursal[139]. Por esta razón, puede decirse que se trata de un delito especial, pues autor no puede ser cualquiera, sino solamente aquél que tenga legitimidad para poder intervenir en un procedimiento concursal o de reprogramación de obligaciones.

El que hayamos calificado el delito de uso fraudulento de información falsa en un procedimiento concursal como un delito especial, tiene como consecuencia que, en caso que el deudor o el acreedor sea una persona jurídica, será necesaria la utilización de la cláusula del actuar en lugar de otro. En estos casos, el estatus especial exigido por el tipo penal recae sobre la persona jurídica, pero la conducta típica es realizada por el representante o administrador de la persona jurídica. Mediante la figura del actuar en lugar de otro, el cumplimiento del deber especial que pertenece al sujeto activo del delito se traslada a su representante, quien responderá como autor del delito. Esta actuación en lugar de otro no puede, sin embargo, extenderse a los administradores fácticos no sólo porque no lo autoriza la redacción del artículo 27 del CP, sino porque el deber especial derivado de una vinculación institucional no puede trasladarse por la sola asunción de las facultades de administración[140].

b. Acción típica

La acción típica está constituida por hacer uso de información, documentación o contabilidad falsas o la simulación de obligaciones o pasivos en un procedimiento concursal o de reprogramación

---

(139) Vid., así, CARO CORIA, *RPDJP* 3 (2002), p. 166. Igualmente respecto del mismo tipo penal en el Código penal español, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho*, p. 206; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGUESSE, *Derecho penal económico*, p. 411.

(140) Vid, con mayor detalle, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho*, p. 207.

de obligaciones. En la determinación de las formas de comisión se puede apreciar que se intenta abarcar no sólo la falsedad material, sino también la falsedad ideológica (simulación de obligaciones y pasivos). El uso de esta información o documentación apunta a inducir a error a las autoridades concursales correspondientes sobre la situación patrimonial del deudor para conseguir, con ello, la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones. De esta forma, el deudor se beneficiará indebidamente de los efectos de los procedimientos concursales, con la finalidad de impedir que los acreedores hagan efectivo su derecho de cobro del crédito adeudado.

Para la correcta aplicación del tipo penal de uso fraudulento de procedimiento concursal, resulta necesario determinar el grado de engaño de la documentación presentada a la autoridad concursal. Si se maneja la lógica del dominio del riesgo, el engaño tendría que tener suficiente entidad como para inducir a error a un funcionario público diligente[141]. No obstante, el delito que analizamos no se sustenta en el dominio del riesgo, sino en el deber de veracidad que tienen las partes en un proceso administrativo o judicial. En este sentido, la lógica que debe utilizarse es la lógica de la infracción del deber[142], de manera que si la documentación falsa presentada en un procedimiento concursal no se ajusta a la verdad, el solicitante responderá penalmente si logra la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones, con independencia de la virtualidad de la documentación para engañar al funcionario público.

c. Elemento subjetivo

El delito de falsedad en procedimiento concursal solamente puede ser castigado a título de dolo. En la medida que no hay una incriminación expresa de una actuación culposa, resulta aplicable la regla general del artículo 12 del Código penal. El tipo penal no incorpora alguna exigencia adicional de un elemento subjetivo

---

(141) Así, Bajo Fernández/Bacigalupo Saguesse, *Derecho penal económico*, p. 411.

(142) Vid., en el mismo sentido, García Cavero, *La responsabilidad penal de la administrador de hecho*, p. 206.

especial[143], de manera que bastará la simple actuación dolosa. Tampoco se aprecia alguna limitación típica para excluir la posibilidad de castigar supuestos de dolo eventual.

d. Consumación y tentativa

Ante todo, hay que indicar que el tipo penal no exige el efectivo perjuicio a los acreedores[144], lo que significa que el acreedor mantiene su crédito frente al deudor. El resultado típico en el delito de uso fraudulento de información falsa en un procedimiento concursal, consiste en impedir a los acreedores ejercer las acciones legales para hacer efectivo el cobro de su crédito. En este sentido, puede decirse que el delito se consuma con lograr la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones del deudor[145], lo que nos plantea la cuestión de si resulta posible castigar como tentativa a aquél que usa información o documentación falsa en un procedimiento concursal sin conseguir la suspensión de las obligaciones. Desde el punto de vista de la estructura dogmática del tipo penal, no cabe ninguna objeción para el castigo de la tentativa (acabada o inacabada)[146].

e. Penalidad

La pena prevista por el artículo 211 del CP es pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación de cuatro a cinco años, conforme al artículo 36 incisos 2 y 4 del CP. Llama la atención que el marco penal mínimo de este delito sea superior al marco penal mínimo del fraude concursal doloso del artículo 209 del CP. En la legislación penal española, por ejemplo, se

---

[143] Igualmente, CARO CORIA, *RPDJP* 3 (2002), p. 168.

[144] Vid., en este sentido, respecto de la figura similar del Derecho penal español, QUINTERO OLIVARES, en *Comentarios*, Quintero Olivares (drg.), p. 549.

[145] A diferencia de la regulación española, en donde no se requiere alcanzar la decisión deseada, sino que basta sólo con que sea el fin pretendido. Vid., BENEYTEZ MERINO, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 273; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGUESSE, *Derecho penal económico*, p. 411.

[146] Igualmente, REYNA ALFARO, *Manual*, p. 357.

regula un delito similar[147], pero la pena es menor que la quiebra fraudulenta. Esta ordenación de las cuantías de las penas en la normativa española resulta completamente lógica, pues la lesión a los intereses de los acreedores en el delito de uso fraudulento de información falsa en un procedimiento concursal resulta siendo menor a lo que se pone en peligro en el fraude concursal. En efecto, en los fraudes concursales no sólo se le impide al acreedor exigir el cobro de su crédito mientras dure el procedimiento, sino que el crédito mismo puede llegar a perjudicarse completamente, es decir, que el acreedor puede ver su crédito convertido en un derecho inservible.

f. Concursos

El delito de uso fraudulento de información falsa en un procedimiento concursal puede entrar en situación de concurso con los delitos contra la fe pública, en la medida que se utilice un documento falsificado. En estos casos, existirá un concurso de leyes que se resolverá, de conformidad con el principio de consunción, con la aplicación del artículo 211 del CP. Incluso si la conducta del artículo 211 del CP queda solamente en grado de tentativa, se aplicará de manera preferente este tipo penal sobre el delito consumado de falsificación, pues la pena por tentativa incluye la decisión del autor de cometer el delito del artículo 211 del CP. Caro Coria considera absurda las consecuencias penales que se derivarían de aceptar en estos casos solamente un concurso de leyes, pues se terminaría beneficiándose al autor con una pena menor. Por ello, considera que la mejor solución es afirmar un concurso de ideal de delitos[148]. La crítica es, en primer lugar, relativa, pues normalmente la falsedad se dará sobre documentos privados, lo que no lleva a la consecuencia indeseada de una pena menor para el autor. Pero incluso si el documento fuese público, la consecuencia debe ser el concurso de leyes, pues los errores legislativos no los puede corregir el juez penal a costa de sacrificar los principios de ordenación jurídico-penales.

---

[147] Vid., sobre esto, Suárez González, en *Comentarios*, Rodríguez Mourullo (drg.), p. 740 y ss.

[148] Caro Coria, *RPDJP* 3 (2002), p. 167.

El tipo penal de uso fraudulento de información falsa en un procedimiento concursal asume como elemento constitutivo del tipo penal la falsedad de la documentación presentada en el procedimiento concursal ("documentos falsos"). En consecuencia, el tipo penal abarca el desvalor de este medio específico de realización del delito, no siendo posible, sin afectar la prohibición de doble valoración, volver a considerarlo con el tipo penal de falsificación de documento. Es cierto que el juez penal debe ajustar la interpretación de los tipos penales a la solución más adecuada, pero no hasta el punto de pasar por encima de lo establecido por el legislador. Hacerlo implicaría romper la base de la distribución de funciones en el Estado moderno. Si el legislador ha privilegiado irrazonablemente el tipo penal de uso fraudulento de información falsa en un procedimiento concursal, sólo podrá cambiarse esta decisión mediante una reforma penal del artículo 211 del CP.

Otra situación de concurso podría presentarse en relación con el delito de fraude procesal del artículo 416 del CP. Como ya lo mencionamos, tanto la falsa declaración como la inducción a error del funcionario público son elementos constitutivos del tipo penal del artículo 211 del CP, de manera que el injusto del hecho estará completamente absorbido por este tipo penal. En este sentido, se tratará de un concurso de leyes solventable con base en el principio de especialidad a favor de la aplicación del artículo 211 del CP. El tipo penal de fraude procesal no podría ni siquiera aplicarse en el caso de una tentativa de uso fraudulento de información falsa en procedimiento concursal, pues más específico sería el castigo por tentativa de este delito, en la medida que incluye subjetivamente la decisión de conseguir la inexigibilidad de las obligaciones.

4. Las situaciones de justificación en los delitos concursales

El deudor sometido a un procedimiento concursal podría alegar que su conducta ha estado dirigida a mantener el funcionamiento de la empresa y, con ello, a preservar los puestos de trabajos de sus trabajadores. En términos dogmáticos, se trataría de la alegación de una situación de necesidad económica de la empresa que justificaría la realización de una conducta típica. No obstante, la sola existencia

de una situación de necesidad no legitima la realización de una conducta delictiva, en este caso, la realización de un delito concursal. Es necesario que el interés preservado sea preponderante al sacrificado, que la situación de peligro no pueda superarse de otro modo y que se emplee un medio adecuado para alejar el peligro[149]. En nuestra opinión, el supuesto plateado no cumple con el requisito de la defensa necesaria, pues el procedimiento concursal contempla la posibilidad de reestructurar la empresa e incluso tiene una serie de privilegios para los trabajadores. En este sentido, la solución de la crisis se encuentra en el propio procedimiento concursal y no al margen del mismo. Distinta será la situación si estamos ante un supuesto de necesidad en el que se encuentra en peligro la vida o salud del deudor y utiliza indebidamente el patrimonio concursado para salir de esta situación de peligro[150]. En estos casos, y en la medida que se presenten los requisitos exigibles para la defensa en situación de necesidad, podrá admitirse la existencia de una causa de justificación que libere de responsabilidad penal al deudor.

5. El Derecho penal premial en los delitos concursales

La reforma penal de 1999 de los delitos concursales incluyó, en su momento, aspectos novedosos de política criminal. Bajo la forma de supuestos de exención o reducción de pena, el legislador penal ha admitido ciertos beneficios penales para los intervinientes en los delitos concursales por el suministro de información eficaz y por la reparación espontánea del daño.

En cuanto a la información eficaz, el suministro de esta información solamente podrá desplegar sus efectos beneficiosos en la medida que evite la continuidad o consumación del delito, o permita conocer las circunstancias en las que se cometió el delito e identificar a los autores y partícipes, o conocer el paradero o destino de

---

(149) Vid., con mayor detalle, García Cavero, *Derecho penal económico*, PG, T. I, p. 596 y ss.

(150) Vid., Muñoz Conde, *El delito de alzamiento de bienes*, p. 156 y ss.; Creus, *Quebrados y otros deudores punibles*, p. 108; Bajo Fernández/Bacigalupo Saguesse, *Derecho penal económico*, p. 388.

los bienes objeto material del delito y su restitución al patrimonio del deudor. Por su parte, el beneficio por reparación del daño sólo procederá respecto de aquéllos que restituyen voluntariamente los bienes objeto material del delito o entregan una suma equivalente a su valor. La consecuencia penal de estos supuestos de Derecho penal premial están establecidos en el artículo 212 del CP, en donde se contempla una reducción de la pena hasta dos tercios respecto del máximo legal para el caso de los autores y la exención de pena para el caso de los partícipes.

En cuanto a los efectos dogmáticos de alguna de estas causas de atenuación o exclusión de la pena, debe resaltarse su carácter subjetivo[151]. En efecto, los intervinientes en el delito no pueden alegar a su favor el hecho, por ejemplo, de que otro interviniente haya suministrado información con la que se ha conseguido restituir los bienes del deudor al procedimiento concursal. El efecto atenuatorio o excluyente de pena debe recaer exclusivamente sobre aquél que ha brindado la información eficaz o ha reparado voluntariamente el daño.

No cabe duda que los mecanismos de Derecho penal premial incorporados en los atentados crediticios apuntan a reforzar la eficacia de las normas jurídico-penales. Sin embargo, si es que no se regula de manera detallada su oportunidad dentro del proceso penal podrían también favorecer el efecto contrario[152]. El artículo 212 del CP, que recoge estos beneficios penales, no contiene un límite a su utilización (solamente establece el hecho de estar incurso en una investigación a cargo del Ministerio Público o en el desarrollo de un proceso penal), de manera que, en principio, podrían ser deducidos en cualquier momento del proceso penal hasta antes de la sentencia[153]. En este sentido, estos beneficios serían una especie de "as" bajo la manga que los inculpados podrían utilizar según cómo va su situación en el proceso penal. En España, por ejemplo, el Código

---

[151] En el mismo sentido, CARO CORIA, *RPDJP* 3 (2002), p. 173.

[152] Vid., en este sentido, GARCÍA CAVERO, *Cathedra* 5, p. 243.

[153] CARO CORIA, *RPDJP* 3 (2002), p. 172, sin embargo, lo limita hasta antes de la acusación fiscal.

penal establece en su artículo 21 inc. 5, que regula la reparación voluntaria del daño, que ésta sólo tendrá efectos atenuantes si se realiza hasta antes del juicio oral[154]. Aun cuando se señale que la práctica procesal determinará esto, siempre quedará la inseguridad sobre su oportunidad, pudiendo el procesado alegar una restricción injustificada de este beneficio si es que se limita su uso hasta determinado momento procesal.

6. El principio del *non bis in idem* en los delitos concursales

El hecho que los delitos concursales cometidos en los procedimientos concursales reúnen también los elementos constitutivos de conductas irregulares administrativamente sancionables, se plantea ineludiblemente la cuestión de una posible doble punición por el mismo hecho[155]. Para evitar una eventual duplicidad de sanciones (administrativa y penal) por un mismo hecho, resultará necesario desarrollar criterios materiales y procesales que limiten la sanción a una sola[156].

Desde el punto de vista material, el principio del *non bis in idem* busca evitar una *sobrerreacción* del ordenamiento jurídico, es decir, que en el mismo orden punitivo, o en distintos, se establezcan dos sanciones que sumadas sean desproporcionadas a la infracción cometida. Para ello es necesario primeramente precisarse cuándo nos encontramos ante una situación de *bis in idem*. Siguiendo la célebre sentencia del Tribunal Constitucional Español al respecto (STS de 30 de enero de 1981), puede decirse que una situación de *bis in idem* se presenta cuando existe una triple identidad: sujeto, hecho y fundamento[157]. En cuanto a los dos primeros no existe mayor discusión:

---

(154) Vid., Silva Sánchez, *PJ* 45, p. 183 y ss.

(155) Sobre el principio del *non bis in idem*, Vid., Schroeder, *JuS* 1997, p. 227 y ss. Una exposición de este principio y su solución con base en sub-principios derivados del principio de proporcionalidad y subsidiariedad, Benlloch Petit, *PJ* 51, p. 305 y ss.; Queralt Jiménez, en *LH-Juan del Rosal*, p. 885 y ss.

(156) Vid., en este sentido, Benlloch Petit, *PJ*, 51, p. 307.

(157) Vid., igualmente, San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, I, p. 104.

el autor y el hecho que motivan la sanción tienen que ser los mismos. Problemático resulta, por el contrario, la determinación de la identidad de fundamento[158], pues esta exigencia no resulta sencilla de cumplir para determinadas formas de comprensión de la función del Derecho penal. Para una comprensión cuantitativa de la diferenciación entre ilícito administrativo y penal no habría mayor inconveniente, pues la identidad de fundamento se daría en la protección de un mismo bien jurídico[159]. Esta facilidad, sin embargo, no se presenta para los que, como nosotros, entienden que el fin de protección en el Derecho administrativo sancionador difiere del fin de protección del Derecho penal. En estos casos no puede hablarse de una identidad de fundamento, sino, cuando más, de una identidad de efectos, es decir, que la imposición de una sola sanción (la más grave), alcanza empíricamente al fin de protección de la sanción desplazada. En este sentido, consideramos que la identidad de fundamento debe reformularse y entenderse, más bien, como identidad de efectos, de manera que una sola sanción cumple la función del Derecho administrativo sancionador y la función del Derecho penal.

Si el hecho que constituye el delito concursal sirve de fundamento fáctico para el inicio de un procedimiento sancionador contra el deudor sometido a un procedimiento concursal, se presentarían en principio la triple identidad que obligaría a observar la prohibición del *bis in idem*. No obstante, esta identidad podría romperse en el caso de las personas jurídicas, en donde se castigaría penalmente al administrador y administrativamente a la persona jurídica, por lo que esta falta de identidad de sujeto permitiría la imposición de una sanción penal y una sanción administrativa. Esta posibilidad debe, sin embargo, observar la limitación a la misma base fáctica, lo que quiere decir que los hechos probados en sede penal deben ser respetados al imponer la sanción administrativa.

La opinión dominante entiende que en caso de concurrencia de una sanción penal y una administrativa debe prevalecer la sanción

---

[158] Vid., BENLLOCH PETIT, *PJ* 51, p. 342.

[159] Así, BENLOCHH PETIT, *PJ* 51, p. 344 y s.

penal[160], en la medida que ésta implica normativamente una mayor severidad (el reproche ético-social que lleva consigo toda responsabilidad penal). Otro sector opina que la sanción más grave debe determinarse en cada caso mediante la comparación del *quantum* de perjuicio de cada una de las posibles sanciones, lo que podría llevar en varios casos a desplazar la sanción penal. En nuestra opinión, consideramos que lo conveniente es una solución general a favor del Derecho penal, no sólo por la simplificación que produce, sino por la propia lógica del principio de *ultima ratio* del Derecho penal que se sustenta en la mayor severidad normativa de este ámbito jurídico. La sanción penal cubre empíricamente las necesidades de castigo del Derecho administrativo sancionador.

Los escritos especializados reconocen que el principio "non bis in idem" tiene además una vertiente de carácter procesal, en virtud de la cual se prohíbe dos procesos y dos resoluciones iguales o diferentes sobre el mismo objeto [161]. En el Perú existe un sistema de evitacion del *bis in idem procesal* no muy fácil de precisar. Por un lado, si se entiende que el artículo 16 de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI (Decreto Ley 25868) rige también para los procesos penales, parecería ser que se asumiría, en cuanto a los ámbitos de competencia del INDECOPI, una regla general de prejudicialidad administrativa, es decir, que solamente podrá recurrirse a los tribunales penales una vez agotada la vía administrativa[162]. Frente a este parecer, Caro Coria ha sostenido que con la expedición de ciertas normas especiales que exigen, para iniciar un proceso penal, solamente un informe técnico del INDECOPI (propiedad industrial y competencia desleal), el régimen general de la prejudicialidad administrativa se habría roto, de manera tal que existirían excepciones a esta regla general[163]. Por nuestra parte, consideramos que en

---

(160) Vid. Sánchez-Ostiz Gutiérrez, *El delito contable tributario*, p. 609.

(161) Vid., Schroeder, *JuS* 1997, p. 227 y ss.; Benlloch Petit, *PJ* 51, p. 305; Mata Martín, *PJ* 41-42, p. 186.

(162) Vid., así la Sala penal de la Corte Superior de Lima en el Exp. N° 208-93 de 7/06/1993.

(163) Vid., con mayor detalle, Caro Coria, *Thémis* 27-28, p. 217 y ss.

el ámbito penal no se presentan solamente excepciones a la regla general del artículo 16 del Decreto Ley 25868, sino que la regla general es la autonomía del tema penal, de manera tal que el mencionado artículo 16 no debe aplicarse a los procesos penales. El fundamento de este parecer reside en que el INDECOPI no tiene competencias penales que luego revisa el juez penal a través de una especie de proceso contencioso-administrativo. La pretensión punitiva es completamente independiente de lo decidido por la Administración, a no ser que el propio tipo penal se remita expresamente a un acto administrativo específico sin el cual el tipo penal no se configuraría. Por consiguiente, el inicio del proceso penal no deberá esperar el agotamiento de la vía administrativa, sino que bastará con cumplir los requisitos de procedibilidad que exigen específicamente las leyes correspondientes.

La regulación concursal ha establecido que la Comisión de Procedimiento Concursales del INDECOPI determine en cada caso si el hecho constituye infracción administrativa o si es especialmente grave como para constituir un delito (artículo 131 de la LGSC)[164]. Si la Comisión decide imponer una sanción administrativa al infractor, no cabe el inicio de la acción penal por tales hechos. Estamos así ante una regla que evita el *bis in idem* procesal[165], pero que desconoce las razones que la justifican. La sanción penal constituye, en principio, una reacción mucho más grave, en el plano normativo, que la administrativa[166], por lo que, en todo caso, lo que debe impedirse es el inicio o la continuación de un procedimiento administrativo cuando el hecho que lo motiva ya fue, o es aún, objeto de proceso y sanción penales[167]. En el ámbito concursal, la figura se ha invertido,

---

[164] Vid., la crítica a este sistema, TIEDEMANN, *Lecciones*, p. 231. En nuestro país, igualmente, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 193; CARO CORIA, *Derecho penal del medio ambiente*, p. 126.

[165] Igualmente, CARO CORIA, *RPDJP* 3 (2002), p. 144.

[166] Vid., así, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, T. I, p. 883 y s.

[167] Vid., sobre las distintas manifestaciones de esta vertiente procesal entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador españoles, BENLLOCH PETIT, *PJ* 51, p. 328 y ss.

con lo cual también la razón que justificaba evitar el doble procesamiento: la imposibilidad del inicio de una acción penal por un hecho al que se le ha impuesto una sanción administrativa, significa que la sanción administrativa resulta prioritaria frente a la sanción penal, por lo que habrá que descartar la posibilidad de aplicar esta última[168]. Si el motivo de esta configuración de la persecución administrativa y penal es un control administrativo de los casos bagatela, se ha hecho a costa de sacrificar la lógica de la prevalencia penal en los casos de *bis in idem*. Pero, por otra parte, se ha olvidado que muchas veces la Administración no utiliza esta potestad para evitar penalizar casos bagatela, sino como medio de presión para imponer sus resoluciones[169].

En el supuesto que la Comisión de Procedimientos Concursales decida que la infracción reviste especial gravedad, la LGSC establece que deberá inhibirse de pronunciarse (evidentemente sobre la sanción administrativa, pero no sobre el procedimiento concursal) y poner los actuados a disposición del Ministerio Público para los fines correspondientes. Sin embargo, la normativa no dice nada sobre la posibilidad de que en sede penal no se imponga una sanción penal, pues siempre es posible que existan distintas causas de exclusión de la responsabilidad penal. ¿Debemos entender, entonces, que la Comisión podrá posteriormente iniciar un expediente administrativo para imponer una sanción administrativa? Esto será, en la realidad, algo complicado, pues lo más seguro es que el patrimonio del deudor haya sido ya liquidado y el procedimiento administrativo concluido. Quizá, por ello, sea más adecuado un sistema que suspenda no el procedimiento administrativo, sino la imposición de la sanción administrativa hasta que los jueces penales decidan si el hecho constituye delito, aplicándose la sanción administrativa sólo si no existe un ilícito penal[170].

---

(168) Vid., Caro Coria, *RPDJP* 3 (2002), p. 145.

(169) Vid., en este sentido, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PG, p. 404. Sobre la sustitución de la legalidad procesal por la oportunidad administrativa, Caro Coria, *RPDJP* 3 (2002), p. 135.

(170) Vid., Queralt Jiménez, en *LH-Juan del Rosal*, pp. 887 y s., 897; Nieto Martín, *El delito de administración fraudulenta*, p. 154; Trayter Jiménez/Aguado

En este sentido se evita judicialmente una doble sanción por un hecho y también que, en lugar de ello, se presente una situación de impunidad penal y administrativa.

Ahora bien, aun si admitiésemos la legitimidad de la regulación concursal sobre el inicio del proceso penal, no cabría menos que exigir que el criterio de la gravedad –único elemento de seguridad jurídica que nos queda– esté siquiera completamente delimitado por la ley. Pues no. El artículo 131 de la LGSC deja totalmente al criterio de la Administración –la Comisión de Procedimientos Concursales– la determinación de cuándo un hecho es lo suficientemente grave como para inhibirse y dejar el caso en las manos del Ministerio Público para su procesamiento penal[171]. Solamente se dice de manera genérica que en los casos graves (¿?) se iniciará el proceso penal correspondiente, sin precisar de qué criterios depende la gravedad del hecho (de los montos defraudados, de los medios utilizados, de la irrecuperabilidad de lo sustraído, etc.). Es decir, no sólo se sustituye el principio de legalidad[172] –piedra angular del Derecho penal– por criterios de oportunidad que determina, en todo caso, la mencionada Comisión, sino que peligra el principio de igualdad, en tanto casos de igual gravedad podrán recibir distinto tratamiento según el "estado de ánimo" de la Comisión. De esta manera, la Comisión de Procedimientos Concursales se estará arrogando prácticamente funciones jurisdiccionales, al determinar con criterios propios lo que constituye la gravedad de un hecho y, con ello, su carácter delictivo.

CUDOLÁ, *Derecho administrativo sancionador*, p. 78; NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo sancionador*, p. 422 y ss.

(171) Vid., críticamente sobre este sistema de delimitación de las funciones de los órganos administrativos y de los penales, TIEDEMANN, *Lecciones*, p. 231. En nuestro país, igualmente, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 193; CARO CORIA, *Derecho penal del medio ambiente*, p. 126.

(172) Concretamente el llamado mandato de determinación. Vid., sobre esto, ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 5, n.m. 67 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 11 y ss.; NAUCKE, *Strafrecht*, p. 64 y ss.

IV. CUESTIONES PROCESALES

El artículo 213 del CP establece que en los delitos previstos en el capítulo de los atentados contra el sistema crediticio sólo se procederá por acción privada ante el Ministerio Público. Hay que entender que la parte agraviada en estos delitos son los acreedores del deudor concursado, de manera que si ellos no denuncian el hecho ante el fiscal no podrá procederse de oficio[173]. Sin embargo, el mismo dispositivo penal señala que el INDECOPI, a través de sus órganos correspondientes, podrá denunciar el hecho en defecto de la acción privada, lo que significa convertirlo en una especie de agraviado subsidiario por los delitos contra el sistema crediticio. No obstante, resulta cuestionable que pueda tener pretensión civil respecto del perjuicio producido a los acreedores, por lo que esta intervención subsidiaria solamente podría legitimarse si la conducta concreta afecta intereses generales.

Lo primero que llama la atención es el hecho que la regulación penal no haya sido coherente consigo misma, pues existe una clara contradicción entre el supuesto carácter supra-individual del bien jurídico protegido (el sistema crediticio) y la persecución penal de estas conductas[174]. El artículo 213 del CP establece, como lo hemos dicho, que en los delitos previstos en este capítulo (atentados contra el sistema crediticio) sólo se procederá por acción privada, lo cual es absurdo si lo que se protege es un bien jurídico supra-individual. Se trata claramente de planos distintos, pues los bienes jurídicos supra-individuales afectan intereses colectivos, mientras que la persecución a instancia de parte se justifica sólo en delitos con un carácter

---

[173] Podría discutirse si se trata sólo de los acreedores concursales o de cualquier otro acreedor e incluso si la deuda debe encontrarse vencida o no [Vid., esta discusión en el Derecho penal español, Rodríguez Mourullo, *LH-Bacigalupo* (España), p. 1158 y ss.]. En nuestra opinión, la acción la puede ejercer cualquier acreedor concursal o no, con deuda vencida o no, en la medida que la reducción fraudulenta del patrimonio del deudor afecta finalmente a todos.

[174] Vid., similarmente, García Cantizano, *Gaceta Jurídica* 68-B (1999), p. 58. En el Derecho español, Muñoz Conde, *Derecho penal*, PE, p. 396.

estrictamente individual[175]. Si aceptáramos, por el contrario, que lo que se protege penalmente es el patrimonio de los acreedores en el contexto de los procedimientos concursales, entonces la posibilidad de admitir un proceso penal sólo a instancia de parte resultaría coherente.

Pero los problemas de la regulación del inicio del proceso penal no quedan en contradicciones de principio. En el plano operativo pueden presentarse ciertos problemas en relación con la facultad de la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI para decidir si la infracción cometida dentro de un procedimiento concursal constituye una infracción administrativa o un delito[176]. Como ya lo señalamos, la LGSC señala que si la Comisión decide sancionar administrativamente, no podrá iniciarse la acción penal por tales hechos[177]. Pero, en este contexto, cabe preguntarnos qué sucedería si un acreedor no contento con la calificación de la Comisión denuncia el hecho ante el Ministerio Público[178]. ¿Puede el fiscal valorar los hechos y proceder a denunciar penalmente aunque se haya impuesto ya al deudor una sanción administrativa? ¿Qué sucedería con el principio del *non bis in idem*?

En nuestra opinión, los tipos penales exigen solamente que las conductas típicas se materialicen en un procedimiento administrativo ante el INDECOPI, de manera tal que sólo será necesario que se acredite la existencia de un procedimiento administrativo[179]. Por tanto, el acreedor no conforme con la calificación de INDECOPI, podrá recurrir a los tribunales penales e indicar la existencia de un

---

[175] Vid., GARCÍA CANTIZANO, *Gaceta Jurídica* 68-B (1999), p. 59.

[176] Vid., críticamente TIEDEMANN, *Lecciones*, p. 231. En nuestro país, igualmente, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 88, en el ámbito de las prácticas restrictivas de la libre competencia; CARO CORIA, *Derecho penal del medio ambiente*, p. 126, en el ámbito del medio ambiente.

[177] Vid., *supra*, punto II.3.

[178] Vid., sobre esta posibilidad, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 404, para la protección de la competencia.

[179] Vid., similarmente, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 193.

procedimiento concursal, pese a lo indicado en el artículo 131 LGSC (el titular de la acción penal privada es, en primer lugar, el acreedor). El INDECOPI tendrá que apoyar al juez, del mismo modo que un perito, mediante un expediente técnico que le aclare los aspectos propios de los concursos y del caso concreto. Si el INDECOPI ya hizo su calificación y ha establecido una sanción administrativa, el juez penal tendrá que suspender su ejecución para evitar un posible *bis in idem*, hasta resolver el tema penal[180]. Estas situaciones llevan a confirmar que el sistema adoptado por la legislación concursal para solucionar supuestos de *bis in idem*, presenta serios inconvenientes procesales y materiales.

A diferencia de otros ámbitos de regulación sujetos al control del INDECOPI, en los procedimientos concursales no se ha establecido como requisito de procedibilidad para la denuncia penal por atentados contra el sistema crediticio la presentación de un expediente técnico del INDECOPI y su valoración por parte del Ministerio Público antes de hacer ejercicio de la acción penal ante el juez. Tal como lo establece la Disposición Complementaria y Final Décima de la LGSC, el Ministerio Público solamente está obligado a solicitar y evaluar un informe técnico del INDECOPI cuando las denuncias penales se dirigen a funcionarios públicos con ocasión del trámite de procedimientos concursales previstos en la ley.

(180) Vid., Queralt Jiménez, en *LH-Juan del Rosal*, p. 901 y s.; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PG, p. 195.

TÍTULO IV

FRAUDE EN LA ADMINISTRACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS

BIBLIOGRAFÍA DEL PRESENTE TÍTULO

ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PG, Lima, 1997 [cit. *Derecho penal económico*]. / ABRAMOVICH ACKERMAN, "Algunas consideraciones acerca de la disposición de autocartera en la Ley General de Sociedades", *Ius et Veritas* 23, p. 83 y ss. / ALIAGA FARFÁN/TORRE TEJADA, "Protegiendo la integridad del mercado de valores peruano: prohibición de prácticas de manipulación de precios", *Ius et Veritas* 28, p. 39 y ss. / ALONSO BALLESTEROS, "Consideraciones en torno al Proyecto de Código penal. Especial referencia a los delitos societarios", *Actualidad financiera*, 1 (1993), p. 15 y ss. / AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 1972 [cit. *Rechtsgüterschutz*]. / ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale*, Leggi complementari, I, 9ª ed., Milano, 1994 [cit. *Manuale*, I]. / BACIGALUPO ZAPATER, "Los delitos societarios en el nuevo Código penal", en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), Buenos Aires, 2000, p. 135 y ss. [cit. *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.)]. / BACIGALUPO ZAPATER, "La problemática de la administración desleal en el Derecho penal español", en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 385 y ss. [cit. LH-*Tiedemann*]. / BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGUESSE, *Derecho penal económico*, Madrid, 2001 [cit. *Derecho penal económico*]. / BAJO FERNÁNDEZ, "Los delitos societarios en el nuevo Código penal español de 1995", en *La actividad empresarial bajo la perspectiva del nuevo Código penal*, Oviedo, 1997, p. 261 y ss. [cit. *La actividad empresarial*]. / BENAVIDES GONZÁLEZ, "Titulización de activos en el Perú", *Thémis* 40, p. 123 y ss. / BORINSKY, *Derecho penal económico y de la empresa*, Buenos Aires, 2004 [cit., *Derecho penal económico*]. / BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal*, PE, 4ª ed., Lima, 1998, [cit. *Manual*, PE]. / CAAMAÑO IGLESIAS PAIZ, "Administración frau-

dulenta", *Revista de Derecho penal*, 2000-1, Estafas y otras defraudaciones-I, p. 209 y ss. / CABELLOS ALCÁNTARA, *Infracciones, sanciones y delitos tributarios*, Trujillo, 1996 (cit. *Infracciones, sanciones y delitos tributarios*). / CARACCIOLI, "Le nuove false comunizazioni sociali e la crisi dei beni giuridici indeterminati", *RTDPE* 45 (2002), p. 465 y ss. / CARO CORIA, "Los delitos concursales en el Derecho penal peruano", *RPDJP* 3 (2002), p. 121 y ss. CARO CORIA, "Los delitos concursales en el Derecho penal peruano", *RPDJP* 3 (2002), p. 121 y ss. / CASTRO MOLINA, "El contrato de fideicomiso", *Ius et Veritas* 9, p. 179 y ss. / CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*, Barcelona, 1998 [cit. *El delito societario*]. / CHABANEIX, "La adquisición de acciones por la propia sociedad", en *Tratado de Derecho mercantil*, Hundskopf Exebio (coord.), I, Lima, 2003, p. 487 y ss. [cit. *Tratado*, Hundskopf Exebio (coord.)]. / CHOCANO RODRÍGUEZ, "La falsedad documental del artículo 427 del Código penal peruano", *RPDJP* 1 (2000), p. 489 y ss. / CHOCLÁN MONTALVO, Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales, Barcelona, 2003 [cit. *Responsabilidad de auditores de cuentas*]. / COLIVA, "Illegale ripartizione di utili e responsabilità dei sindici le altre omissioni e inosservanze del collegio sindicale", en *Tratatto di diritto penale dell'impresa*, Di Amato (dir.), Vol. II, Padova, 1994, p. 181 y ss. [cit. *Trattato*, Di Amato (dir.), Vol. II]. / CONTI, "I soggeti di fatto", en *Trattato di Diritto penale dell'impresa*, Di Amato (dir.), Vol. Primo, Principi generali, Padova, 1990, p. 255 y ss. [cit. *Trattato di Diritto penale dell'impresa*, Di Amato(dir.)]. / CORZO DE LA COLINA, "El fideicomiso. Alcances, alternativas y perspectivas", *Thémis* 35, p. 47 y ss. / DE CASTRO Y BRAVO, *La persona jurídica*, 2ª ed., Madrid, 1984 [cit. *Persona jurídica*]. / DE LA FUENTE HONTAÑÓN, "La evolución del fideicomiso y las sustituciones fideicomisarias en el Derecho civil peruano", *REDUP*, Universidad de Piura, 1 (2000), p. 59 y ss. / DE LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, *Jurisprudencia del proceso penal sumario (1996-1997)*, Lima, 1999 [cit. *Jurisprudencia*]. / DEL ROSAL BLASCO, "Los nuevos delitos societarios en el Código penal de 1995", en *I Congreso Hispano-Italiano de Derecho penal económico*, Martínez-Buján Pérez (dir.), La Coruña, 1998, p. 79 y ss. [cit. I Congreso Hispano-Italiano, Martínez-Buján Pérez (dir.)]. / DEL ROSAL BLASCO, *Comentarios al Código penal de 1995*, en Vives Antón (coord.), Valencia, 1986, p. 1413 y ss. [cit. *Comentarios*, Vives Antón (coord.)]. / DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, Valencia, 1998 [cit. *Los delitos societarios*]. / DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, "Sobre el objeto material y la conducta típica en el delito societario de falsedad en documentos sociales", en Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Navarra, 2005, p. 1301 y ss. [cit. *LH-Rodríguez Mourullo*]. / DONNA, *Derecho penal*, PE, II-B, Buenos Aires, 2001 [cit. *Derecho penal*, PE, II-B]. / ESCOBAR ROZAS, "Breves apuntes sobre los negocios fiduciarios", *Advocatus* 5 (2001), p. 209 y ss. / FARALDO CABANA, *El delito societario de falsedad de documentos sociales*, Valencia, 2003 [cit. *El delito societario de falsedad*]. / FARALDO CABANA, "El consentimiento de la junta general de socios y administración desleal de sociedades", *Ius et Veritas*, 27, p. 271 y ss. / FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, Valencia, 2000 [cit. *Los delitos societarios*]. / FERRÉ OLIVÉ, "Sujetos responsables en los delitos societarios", *Revista penal*, 1, (1998), p. 21 y ss. / FOFFANI, "Delitos societarios", en *I Congreso Hispano-Italiano de Derecho penal económico*, Martínez-Buján Pérez (dir.), A Coruña, 1998, p. 57 y ss. [cit. *I Congreso*

Hispano-Italiano, Martínez-Buján Pérez (dir.)]. / FONDAROLI, «Aggiotaggio mediante "altri artifici": "disvalore del fatto" e "disvalore del contesto"», *RTDPE* 48 (2003), p. 747 y ss. / FUHRMANN, "Die Bedeutung des "faktischen Organs" in der strafrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ", en *H. Tröndle-FS*, Berlin, 1989, p. 149 y ss. [cit. *H. Tröndle-FS*]. / GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Valencia, 2002 [cit. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*]. / GALVADA, "Los delitos referentes a las falsas declaraciones y a la inflación fraudulenta de aportes ante notario y publicación de hechos falsos, inflación fraudulenta de aportes en especie", en *Derecho penal especial de las sociedades anónimas*, Hamel (dir.), (trad. García Deireaux), Buenos Aires, 1964, p. 27 y ss. [cit. *Derecho penal especial*, Hamel (dir.)]. / GARCÍA CANTIZANO, "Los nuevos delitos contra el sistema crediticio", *Gaceta Jurídica*, 68-B (1999), p. 57 y ss. / GARCÍA CAVERO, "Algunos apuntes sobre el fraude en la administración de personas jurídicas: la doble contabilidad y la administración fraudulenta", *Gaceta Jurídica* 62-B (1999), p. 29 y ss. / GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho: Criterios de imputación*, Barcelona, 1999 [cit. *La responsabilidad penal del administrador de hecho*]. / GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Madrid, 1996 [cit. *Los delitos societarios*]. / GARCÍA RADA, *Sociedad anónima y delito*, 2ª ed., Lima, 1985 [cit. *Sociedad anónima y delito*]. / GARCÍA-CRUCES GONZALES, "La adquisición por la sociedad de sus propias acciones (la regulación de la autocartera en el Derecho español)", *Thémis* 39, p. 321 y ss. / GHERSI, "Abajo el Código penal", *Thémis* 32, p. 114 y ss. / GÓMEZ BENÍTEZ, "Administrador de hecho y administrador de derecho en el nuevo Código penal", en *El nuevo Código penal. Delitos societarios e insolvencias punibles*, Madrid, 1996, p. 143 y ss. [cit. *El nuevo Código penal*]. / GÓMEZ BENÍTEZ, "El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebido y los ilícitos mercantiles", *La ley* Nº 4237 (1997), p. 1 y ss. / GONZÁLEZ GUERRA, "La protección penal del derecho a la verdad sobre la información empresarial", en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), Madrid, 2003, p. 163 y ss. [cit. *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.)]. / GONZÁLEZ VIZCAYA, "Los delitos societarios en el nuevo Código penal", *AP*, 10 (1997), p. 230 y ss. / GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, II, Zaragoza, 1986 [cit. *El actuar en lugar de otro*, II]. / GÜBEL, *Die Auswirkungen der faktischen Betrachtungsweise auf die strafrechtliche Haftung faktischer GmbH-Geschäftsführer*, Baden-baden, 1994 [cit. *Die Auswirkungen*]. / HELLMANN/BECKEMPER, *Wirtschaftsstrafrecht*, Stuttgart, 2004 [cit. *Wirtschaftsstrafrecht*]. / HERRERA VELARDE, "Los delitos contables en el Perú y las falencias de su actual regulación", *Actualidad Jurídica* 117 (2003), p. 31 y ss. / HUNDSKOPF EXEBIO, "El directorio de las sociedades anónimas", en *Tratado de Derecho mercantil*, Hundskopf Exebio (coord.), Tomo I, Lima, 2003, p. 581 y ss. [cit. *Tratado*, Hundskopf Exebio (coord.)]. / JAKOBS, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin, 1991 [cit. *Strafrecht*, AT]. / KNAUER, *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, München, 2001 [cit. *Die Kollegial-entscheidung*]. / KOHLMANN, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers*, Heidelberg, 1990 [cit. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*]. / KRATZSCH, "Das faktische Organ im Gesellschaftsstrafrecht – Grund und Grenzen einer strafrechtliche Garantstellung", *ZGR*, 1985, p. 507 y ss. / LACKNER/KÜHL, *Stragesetz-*

buch, 24. Aufl., München, 2001, § 266. / LAMAS PUCCIO, Derecho penal económico, 2ª ed., Lima, 1996 [cit. *Derecho penal económico*]. / LAZO/DE ROMAÑA, "¿Cómo y por qué hacer una operación de titulización de activos", *Thémis* 37, p. 97 y ss. / LENCKNER/PERRON, en Schönke/Schröder *StGB-Kommentar*, 26. Aufl., München, 2001, § 266. / MAIULINI, "La defraudación fiduciaria (análisis y problemas del art. 173 inciso 12 del Código penal)", *Revista de Derecho*, 2000-2, Estafa y otras defraudaciones-II, p. 207 y ss. / MANSILLA VÁSQUEZ, "Aspectos principales de la función que desempeña el fiduciario en los contratos de fideicomiso", *Advocatus* 7 (2002), 218 y ss. / MANTOVANI, "Sull Diritto penale della informazione societaria e dell'impresa", *L'indice penale*, 1987, p. 12 y ss. / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, "Las relaciones entre el delito societario de administración desleal y el delito de apropiación indebida en el Derecho español", en *Estudios de Derecho penal económico*, Mir y otros (coord.), Caracas, 2002, p. 249 y ss. [cit. *Estudios de Derecho penal económico*, Mir y otros (coord.)]. / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario de administración desleal*, Valencia, 2001 [cit. *El delito societario*]. / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, Parte especial, Valencia, 1999 [cit. *Derecho penal económico*, PE]. / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, Parte general, Valencia, 1998 (cit. *Derecho penal económico*, PG). / MARTÍNEZ PÉREZ, "El delito societario de administración fraudulenta (entre el delito patrimonial de la "infidelidad" y el delito societario del abuso de facultades jurídico-sociales)", *EPC*, T. XVII, Santiago de Compostela, 1994, p. 309 y ss. / MARUOTTI, «Il falso in bilancio consolidato ed il "passo del gambero"», *RTDPE* 50 (2004), p. 394 y ss. / MAZZACUVA, *Il falso in bilancio*, 2ª edizione, Milani, 2004 [cit. *Il falso in bilancio*]. / MAZZACUVA, "Le false comunicazioni sociali", en *Tratatto di diritto penale dell'impresa*, Di Amato (dir.), Vol. II, Padova, 1994, p. 35 y ss. [cit. *Tratatto*, Di Amato (dir.), Vol. II]. / MEINI MÉNDEZ, "Responsabilidad penal de las persona jurídicas y de sus órganos de gestión", *Ius et Veritas* 13 (1996), p. 119 y ss. / MILITELLO, "Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro del diritto societario", *RTDPE* 40 (2000), p. 905 y ss. / MONTAG, *Die Anwend-ung der Strafvorschriften des GmbH-Rechts auf faktische Geschäftsführer*, Berlin, 1994 [cit. *Die Anwendung*]. / MONTOYA MANFREDI, *La responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas*, 2ª ed., Lima, 1977 [cit. *La responsabilidad de los directores*]. / MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, *Delitos socio-económicos*, Zaragoza, 1996 (cit. *Delitos socio-económicos*). / MORRIS GUERINONI, "Estados financieros y aplicación de utilidades", en *Tratado de Derecho mercantil*, Hundskopf Exebio (coord.), I, Lima, 2003, p. 281 y s. [cit. *Tratado*, Hundskopf Exebio (coord.)]. / MUÑOZ CONDE, "La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el proyecto de Ley orgánica del Código penal", *CPC*, 16 (1982), p. 112 y ss. / MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, Barcelona, 1971 [cit. *El delito de alzamiento de bienes*]. / NIETO MARTÍN, "El régimen penal de los auditores de cuentas", en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, II, Cuenca, 2001, p. 408 y ss. [cit. *LH-Barbero Santos*]. / NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, Barcelona, 1996 [cit. *El delito de administración fraudulenta*]. / NUÑEZ CASTAÑO, "La conducta típica del delito de administración fraudulenta: delimitación con la apropiación indebida", en *Temas actuales de Derecho penal*, Collantes González (coord.), Trujillo, 2004, p. 385 y ss. [cit. *Temas*, Collantes González (coord.)]. / PAREDES INFANZÓN, *Delitos contra el patrimonio*, Lima, 1999 [cit. *Delitos*]. /

PAZ-ARES/VELASCO CABALLERO, *Infracciones administrativas y autocartera en la sociedad anónima*, Madrid, 1997 (cit. *Infracciones administrativas*). / PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal*, Parte especial, V. II-A, Lima, 1995 [cit. *Tratado*, PE, II-A]. / PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la Parte general*, Lima, 1994 [cit. *Tratado*, PG]. / PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal*, T. IV, Todo sobre lo ilícito tributario, Lima, 1996 [cit. *Tratado*, IV] / PÉREZ VALERO, *El delito societario de falsedad en las cuentas anuales (art. 290 CP)*, Valencia, 2001 [cit. *El delito societario*]. / RAFECAS, "Administración infiel: delito continuado, cosa juzgada y ne bis in idem, en un fallo de la Suprema Corte", *NDP*, 2002/b, p. 587 y ss. / RANSIEK, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 2004, VIII 1 [cit. *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.)]. / REYNA ALFARO, "La situación espiritual del Derecho penal societario peruano", en Sistemas penales iberoamericanos, *Libro Homenaje al Prof. Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario*. Lima, 2003, p. 989 y ss. [cit. *LH-Bacigalupo*]. / REYNA ALFARO, *Manual de Derecho penal económico*, Lima, 2002 [cit. *Manual*]. / RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «Administración societaria fraudulenta y Derecho penal (comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2000, "caso banesto"», *RDPC* 9 (2002), p. 255 y ss. / RODRÍGUEZ MONTANÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, Madrid, 1997 [cit. *La responsabilidad penal del administrador desleal*]. / RODRÍGUEZ RAMOS, "La administración desleal del art. 293 del Código penal", en *La administración desleal*, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1999, p. 39 y ss. [cit. *La administración desleal*]. / ROY FREYRE, *Derecho penal peruano*, PE, III, Lima, 1983 [cit. *Derecho penal peruano*, PE, III]. / SALINAS SICCHA, "El delito de administración fraudulenta de las personas jurídicas", *Actualidad Jurídica*, 155, octubre 2006, p. 97 y ss. / SALINAS SICCHA, *Curso de Derecho penal peruano*, III, Delitos contra el patrimonio, Lima 2002 [cit. Curso, III]. / SAMORI, "L'aggiotaggio nelle società commerciali", en *Tratatto di diritto penale dell'impresa*, Di Amato (dir.), Vol. II, Padova, 1994, p. 277 y ss. [cit. *Trattato*, Di Amato (dir.), Vol. II]. / SAMORI, "Conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali", en *Trattato di Diritto penale dell'impresa*, Di Amato (dir.), Vol. II, Padova, 1990, p. 255 y ss. [cit. *Trattato di Diritto penale dell'impresa*, Di Amato (dir.)]. / SÁNCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societarios*, Pamplona, 1996 [cit. *Los delitos societarios*]. / SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, 16ª ed., Madrid, 1992 (cit. *Instituciones de Derecho mercantil*). / SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El delito tributario contable*, Pamplona, 1995 [cit. *El delito tributario contable*]. / SÁNCHEZ-VERA, "Administración desleal y apropiación indebida: consecuencias de la distinción jurisprudencial", en *Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, II, Madrid, 2004, p. 1207 y ss. [cit. *LH-Bacigalupo* (España)]. / SCHMIDT, K., "Die Strafbarkeit "faktischer Geschäftsführer" wegen Konkursverschleppung als Methodenprobleme", *Rebmann-FS*, München, 1989, p. 435 y ss. / SCHÜNEMANN, *Leipziger Kommentar*, 11. Aufl., Berlin, 1993, § 266 / SOYER, "Los delitos relativos al balance", en *Derecho penal especial de las sociedades anónimas*, Hamel (dir.), (trad. García Deireaux), Buenos Aires, 1964, p. 285 y ss. [cit. *Derecho penal especial*, Hamel (dir.)]. / STEIN, "Die Adressaten der §64, 84 GmbHG und die Verantwortlichkeit von Nichtgeschäftsführern wegen Konkursverschleppung", *ZHR*, 148 (1985), p. 207 y ss. / SUÁREZ GONZÁLEZ, "Los delitos societarios", en *Compendio de Derecho penal*, PE,

Vol. II, Bajo Fernández (dir.), Madrid, 1998, p. 573 y ss. [cit. *Compendio de Derecho penal*, PE, Vol. II, Bajo Fernández (dir.)]. / SUÁREZ GONZÁLEZ, en *Comentarios al Código penal*, Rodríguez Mourullo (coord.), Madrid, 1997, pp. 730 y ss., 834 y ss. [cit. *Comentarios*, Rodríguez Mourullo (coord.)]. / SUÁREZ GONZÁLEZ, "Sobre la tipificación del delito contable tributario", en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 367 y ss. (cit. LH-Tiedemann), publicado también en *Derecho penal económico y de la empresa*, Mazuelos (comp.), Lima, 1996, p. 197 y ss. [vid., *Derecho penal económico*, Mazuelos (comp.)]. / TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, Valladolid, 1995 [cit. *Derecho penal de la empresa*]. / TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, Besonderer Teil mit wichtigen Gesetzes- und Verordnungstexten, Köln, 2006 [cit. *Wirtschafsstrafrecht*, BT]. / TIEDEMANN, *Kommentar zum GmbH-Strafrecht* (§§ 82-85 GmbH und ergänzende Vorschriften), 3. Aufl., Köln, 1995 [cit. *Kommentar zum GmbH-Strafrecht*]. / TIEDEMANN, *Lecciones de Derecho penal económico*, (trad. Teresa Martín), Barcelona, 1993 (cit. *Lecciones*). / TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, T. 1, Hamburg, 1976 [cit. *Wirtschaftsstrafrecht*, 1]. / TORRES MORALES, "La sociedad anónima", en *Tratado de Derecho mercantil*, Hundskopf Exebio (coord.), Tomo I, Lima, 2003, p. 319 y ss. [cit. *Tratado*, Hundskopf Exebio (coord.)]. / TRÖNDLE/FISCHER, *Stragesetzbuch und Nebengesetze*, 51. Aufl., München, 2003, § 266. / URÍA, *Derecho mercantil*, 24ª ed., Madrid, 1997 (cit. *Derecho mercantil*). / VERDIER, "Abuso del mandato social: abuso de los bienes y los créditos de la sociedad. Abuso de poderes", en *Derecho penal especial de las sociedades anónimas*, Hamel (dir.), (trad. García Deireaux), Buenos Aires, 1964, p. 239 y ss. [cit. *Derecho penal especial*, Hamel (dir.)]. / VILLA STEIN, *Derecho penal*, PE, II-A, Lima, 2001 [cit. *Derecho penal*, PE, II-A]. / ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, "Los delitos societarios: entre las transformaciones del Derecho penal y del Derecho de sociedades", *Gaceta Jurídica* 91 (2001), p. 47 y ss.

El Código penal peruano ha incorporado dentro de los delitos contra el patrimonio (Título V) el capítulo denominado fraude en la administración de personas jurídicas (Capítulo VI), en el que se incluyen los delitos de administración fraudulenta (artículo 198) y de contabilidad paralela (artículo 199). En términos generales, puede decirse que la incorporación legislativa de estos tipos penales en el Código penal ha sido un avance de nuestra legislación penal vigente[1], pero hay que reconocer que la forma como se ha hecho esta incorporación no ha sido la más acertada, puesto que los delitos de fraude en la administración de las personas jurídicas no han adquirido la independencia sistemática que actualmente les otorga la doctrina penal y las legislaciones de otros países.

En nuestro país los delitos de fraude en la administración de personas jurídicas no se han regulado como delitos económicos en sentido estricto, sino como un capítulo específico del título de los delitos contra el patrimonio. Esta ordenación sistemática tiene como consecuencia principal que los delitos de fraude en la administración de personas jurídicas se interpreten como una especificación de los delitos patrimoniales en el ámbito particular de la administración de las personas jurídicas, lo que implica, en definitiva, desconocer las razones que han llevado precisamente a elevar estas in-

(1) Vid., sobre esta exigencia en nuestra legislación penal, MONTOYA MANFREDI, *La responsabilidad de los directores*, p. 169.

fracciones al nivel de delitos[2]. La relación bilateral que se aprecia con nitidez en los delitos patrimoniales clásicos pierde claridad en el ámbito de la administración de las personas jurídicas, de manera que resulta indispensable que los tipos penales renuncien, en este sector, al paradigma del autor individual que lesiona un interés individual de la víctima[3].

La verdadera naturaleza de los delitos de fraude en la administración de personas jurídicas va más allá de la producción de un daño patrimonial individualizado a los socios o a la sociedad misma, colocándose, más bien, al nivel de la regularidad del funcionamiento de las personas jurídicas en el sistema económico[4]. En consecuencia, si bien la incorporación de los delitos de fraude en la administración de personas jurídicas significa un progreso para la legislación penal económica de nuestro país, hasta cierto punto este progreso se ha visto opacado por la falta de una adecuada sistematización de los tipos penales, en la que se renuncie a la lógica limitativa de los tradicionales delitos patrimoniales[5].

A primera vista, parecería que la intención del legislador penal 1991 ha sido regular uno de los sectores más importantes del Derecho penal económico: los denominados delitos societarios[6]. Sin embargo, hay que reconocer que los tipos penales que se engloban en este capítulo del Código penal tienen un campo de aplicación mucho mayor. En efecto, la regulación penal de los fraudes en la

---

(2) Sobre la insuficiencia de los delitos patrimoniales para hacer frente a la criminalidad societaria, Vid., RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal*, p. 59 y s.

(3) Vid., en este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, p. 19; DEL ROSAL BLASCO, en *I Congreso Hispano-Italiano*, Martínez-Buján Pérez (dir.), p. 81 y s.; TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, p. 76.

(4) Vid., en este sentido, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 1, p. 19; GONZÁLEZ VIZCAYA, *AP*, 10 (1997), p. 230.

(5) En el mismo sentido, respecto del Código penal español de 1995, DEL ROSAL BLASCO, en *I Congreso*, Martínez-Buján Pérez (dir.), p. 88 y s.

(6) Sobre el fundamento del Derecho penal societario, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, p. 25 y ss.

administración de personas jurídicas no se limita a las sociedades –lugar donde ciertamente se produce el mayor número de supuestos de fraude patrimonial–, sino que considera el amplio espectro de las personas jurídicas. En este sentido, los tipos penales encuentran aplicación también en caso de formas de organización no estrictamente societarias, como sería el caso, por ejemplo, de las fundaciones, asociaciones, comités, etc.[7].

El ámbito de regulación del delito de fraude en la administración de personas jurídicas no debe llevarse, sin embargo, al extremo de incluir también los supuestos de mala administración de personas jurídicas de Derecho público. En la medida que las instituciones públicas responden a una normativa inspirada en principios completamente distintos a los de la iniciativa privada, lo correcto desde el punto de vista sistemático será dejar fuera a estas instituciones de los delitos de fraude en la administración de personas jurídicas. Aceptar una regulación penal homogénea para ambas personas jurídicas sería desconocer su distinto origen y naturaleza[8]. Para hacer frente a los supuestos de fraude en la administración de las instituciones de Derecho público habrá que recurrir a los delitos contra la administración pública tipificados en los artículos 376 y siguientes del Código penal (en especial, el peculado y la malversación de fondos)[9].

Limitado el ámbito de regulación del fraude en la administración de personas jurídicas a las de Derecho privado, conviene precisar si la interpretación penal del término "persona jurídica" debe ceñirse a lo establecido en las normas de Derecho privado o si, por el

---

(7) Vid., coincidiendo respecto a la amplitud del término "persona jurídica", PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-A, p. 347 y ss.; SALINAS SICCHA, *Curso*, III, p. 298. En España, la reforma penal de 1995 incluyó un delito de administración fraudulenta sólo en el ámbito societario, Vid., al respecto, NUÑEZ CASTAÑO, en *Temas*, p. 386.

(8) Sobre las diferencias funcionales entre el patrimonio privado y el patrimonio público que afectan a la regulación penal, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p. 374.

(9) Vid., igualmente, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGUESSE, *Derecho penal económico*, p. 588.

contrario, cabe una interpretación autónoma del término[10]. De la respuesta a esta cuestión dependerá, por ejemplo, si la sociedad irregular puede incluirse en el término "persona jurídica" o no. Para determinar una solución adecuada a esta duda interpretativa, debemos atender a los criterios de interpretación de la ley penal. El punto de partida es entender que la interpretación de los tipos penales es autónoma, en atención al bien jurídico protegido[11]. Sólo de manera excepcional cabe una interpretación accesoria: a saber, cuando el propio tipo penal se remite de manera concluyente a regulaciones extrapenales. Por lo tanto, la respuesta a si cabe una interpretación autónoma o no, dependerá de la configuración de los tipos penales de fraude en la administración de personas jurídicas.

---

(10) Vid., en la regulación española, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 194.

(11) Vid., en relación a los delitos societarios, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 195; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGUESSE, *Derecho penal económico*, p. 584; DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios*, p. 48 y s.

CAPÍTULO I
LA ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA

I. INTRODUCCIÓN

En la medida que estamos ocupándonos de los delitos que se enmarcan en el fraude en la administración de personas jurídicas, resultará lógico pensar que el delito de administración fraudulenta que analizaremos en este capítulo se refiere al cometido en el ámbito de las personas jurídicas. En efecto, este capítulo estará dedicado principalmente al análisis de la administración fraudulenta de persona jurídica. Sin embargo, consideramos que la exposición de este delito debe necesariamente complementarse con los otros supuestos de administración fraudulenta contemplados en el Código penal, pues solamente así podrá tenerse una idea global de la represión penal de los actos de administración fraudulenta de patrimonio ajeno. En este sentido, el objeto de análisis de este capítulo no se va limitar a la administración del patrimonio de una persona jurídica, sino que abarcará, en general, el fenómeno de la administración desleal de patrimonio ajeno, sea de una persona jurídica o no.

La administración de un patrimonio ajeno puede dar lugar a un conjunto de irregularidades. Por un lado, el administrador puede abusar de la libertad que tiene para administrar el patrimonio ajeno y afectar de esta manera a terceras personas. Pero, por otra parte, el administrador puede también infringir una serie de deberes

de fidelidad frente al patrimonio administrado, afectando finalmente la confianza depositada por los titulares o beneficiarios del patrimonio. Ambos supuestos de administración desleal pueden configurar un ilícito penal, en la medida que afecten gravemente los intereses patrimoniales de los titulares del patrimonio o de terceras personas. Si se abusa de las facultades de administración para perjudicar a terceras personas, el ilícito penal asumirá la forma de un delito de dominio, mientras que si se trata de la infracción del deber de fidelidad patrimonial frente al titular del patrimonio administrado, estaremos ante un delito de infracción de un deber[1].

En el Código penal encontramos diversos supuestos de administración desleal de patrimonio ajeno penalmente sancionados. En primer lugar, cabe mencionar el artículo 198 del Código penal, el cual tipifica una serie de supuestos de administración fraudulenta cometidos en el ámbito de las personas jurídicas. Mediante este tipo penal se castiga a los directivos o administradores de una persona jurídica que en el ejercicio de sus facultades de dirección o administración perjudican patrimonialmente a la propia persona jurídica o a terceros interesados. Los supuestos de administración fraudulenta de patrimonio ajeno previstos en el Código penal, sin embargo, no se limitan a los realizados sobre el patrimonio de una persona jurídica. El Código penal actual contempla en su artículo 213A los casos de administración fraudulenta sobre un patrimonio de propósito especial. Este tipo penal castiga, al igual que el delito de administración fraudulenta de persona jurídica, actos irregulares de administración de un patrimonio ajeno, pero, a diferencia de éste, no

(1) Como puede verse, punto de partida de nuestro estudio dogmático es la diferencia entre delitos de dominio y delito de infracción de un deber (Vid., básico, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 1, n.m. 7). En el ámbito de la administración de patrimonio ajeno hemos utilizado esta diferenciación anteriormente para precisar los criterios de imputación (Vid., GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho*, p. 244 y s.). Por el contrario, SCHÜNEMANN, *LK*, § 266, n.m. 17 y ss.; DONNA, *Derecho penal*, PE, II-B, p. 409 y s., sostienen que la administración desleal o fraudulenta se sustenta siempre en un dominio sobre el patrimonio ajeno, de manera que tal que sólo cabe hablar de un delito de dominio.

se realiza necesariamente en el marco de la administración de una persona jurídica. Si bien existe en ambos tipos penales un mismo punto de partida (la administración de un patrimonio ajeno), cada figura delictiva asume rasgos propios con claras diferencias dogmáticas. En lo que sigue nos ocuparemos de precisar los aspectos particulares de cada una de estas formas de administración fraudulenta.

II. EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA DE PERSONA JURÍDICA (ARTÍCULO 198 CP)

1. Antecedentes

El delito de administración fraudulenta del artículo 198 del Código penal actual tiene su antecedente legislativo más cercano en el artículo 248 del Código penal de 1924[2]. En este artículo del anterior texto punitivo se regulaba el llamado delito de falsos informes societarios, en el que se castigaba al que "en su condición de fundador, de miembro de un consejo de administración u órgano de control o de vigilancia de una sociedad anónima o cooperativa, o en la condición de director, delegado o liquidador, hubiere intencionalmente dado o hecho dar informaciones contrarias a la verdad en las comunicaciones al público, en los informes o proporciones destinadas a la asamblea general o en las comunicaciones o demandas dirigidas al registro". La regulación actual del delito de administración fraudulenta de persona jurídica sigue castigando, con algunas modificaciones en cuanto a la configuración típica de la conducta, este supuesto específico de falsos informes sociales[3]. Sin embargo, hay que anotar que el legislador penal de 1991 ha procedido a ampliar el ámbito de lo punible a otros supuestos de administración fraudu-

---

(2) Vid., Paredes Infanzón, *Delitos*, p. 247. Sobre las figuras delictivas que comprendía el artículo 248 del Código penal de 1924, García Rada, *Sociedad anónima y delito*, p. 141 y ss.

(3) Aunque debe señalarse también que la actual regulación, a diferencia de lo establecido en el Código penal de 1924, no castiga la realización culposa del tipo penal. Sobre el delito de falso informe societario culposo, Vid., Roy Freyre, *Derecho penal peruano*, PE, III, p. 245.

lenta[4]. De esta manera, el artículo 198 del Código penal actual recoge un conjunto de supuestos específicos de administración irregular en el marco de una persona jurídica que, desde la valoración político-criminal del legislador penal, merecen una sanción penal.

2. Criterios generales de interpretación

Para poder interpretar correctamente el artículo 198 del CP es necesario comprender, por un lado, las razones que han llevado al legislador a criminalizar los supuestos graves de administración irregular de una persona jurídica y, por el otro, el interés concretamente protegido por el tipo penal. Si no se tiene claro desde un principio estos aspectos, la interpretación del tipo penal no hará más que discurrir entre la especulación y la arbitrariedad del intérprete.

A. La incriminación penal

La persona jurídica es definida como "un grupo de personas (tipo asociación) o una organización (tipo fundación), que constituyen unidades cerradas herméticamente, con propia e inviolable zona íntima; y, siempre como la persona física, con la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, participando como tal en el tráfico jurídico por medio de sus órganos"[5]. De esta definición puede colegirse que, al igual que la persona física, la persona jurídica tiene un ámbito interno propio y una participación hacia fuera en el tráfico jurídico. Ahora bien, cómo se organiza internamente la persona jurídica y cómo participa en el tráfico jurídico, son cuestiones que le corresponde decidir libremente a la propia persona jurídica a través de sus órganos de decisión dentro del ejercicio de la libertad de empresa. Sin embargo, en la medida que en la persona jurídica confluyen diversos intereses económicos, existe una especial preocupación por que ésta funcione correctamente y que los que ejercen su

---

(4) Por el contrario, SALINAS SICCHA, *Actualidad Jurídica*, 155, octubre 2006, p. 98, considera que los supuestos delictivos del Código penal actual son completamente diferentes a los regulados en el artículo 248 del Código penal anterior.

(5) DE CASTRO Y BRAVO, *Persona jurídica*, p. 268.

dirección o administración no se aprovechen de sus facultades para perjudicar patrimonialmente a ella o a otras personas. El ordenamiento jurídico recoge este interés general y, si bien se reconoce la autonomía de los particulares para organizar la entidad, establece ciertas normas imperativas en la administración de las personas jurídicas contra las que no se puede pactar en contrario.

La Ley General de Sociedades, por mencionar la parte más emblemática de la legislación de las personas jurídicas, impone un conjunto de obligaciones a los directivos o administradores de una sociedad en aras de preservar ciertos intereses colectivos. El artículo 40 de esta ley, por ejemplo, establece que si se pierde una parte del capital social, no podrá distribuirse utilidades hasta que se reintegre el capital social o se haga la reducción en la cantidad correspondiente. La finalidad de esta disposición legal es clara: no perjudicar a los acreedores con una reducción del capital social que garantiza su crédito, sobre todo en el caso de sociedades de responsabilidad limitada. En la misma línea podría citarse diversos artículos de la LGS que limitan las facultades de administración de los directivos y administradores con la finalidad de preservar los intereses de la propia persona jurídica o de terceros vinculados a ella. La ponderación de intereses que hace el legislador lo lleva a limitar la libertad de dirección y administración de las personas jurídicas mediante ciertas prohibiciones y mandatos dirigidos a resguardar los intereses de la propia persona jurídica o de terceros[6].

La gravedad que pueden alcanzar los actos de administración desleal de una persona jurídica ha llevado a que el legislador penal decida criminalizar este sector de la realidad. Pero es indudable que no todo supuesto de administración irregular de una persona jurídica debe asumir un carácter penal[7]. El principio de subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho penal resulta de obligatoria observancia por parte del legislador, por lo que sólo las infracciones más graves deben ser criminalizadas, dejando los aspectos no esenciales y los casos menos graves en manos del Derecho privado o

(6) Vid., Zúñiga Rodríguez, *Gaceta Jurídica* 91 (2001), p. 50 y s.

(7) Vid., Sánchez Álvarez, *Los delitos societarios*, p. 30 y s.

disciplinario[8]. Sin embargo, parece que el artículo 198 del Código penal no ha tenido en cuenta suficientemente este criterio informador de la actividad legislativa, pues ha elevado a la categoría de delito infracciones societarias que podrían haberse ventilado perfectamente con los mecanismos de regulación extrapenales[9]. 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 ponen de manifiesto una falta de seriedad en el desarrollo de las labores de administración de las sociedades, pero resulta exagerado requerir del Derecho penal para solucionar estos problemas. La pretensión social de responsabilidad, la remoción del cargo y, dado el caso, la indemnización por daños y perjuicios son mecanismos de reacción suficientes para hacer frente a estos comportamientos irregulares. En cualquier caso, la cuestionabilidad de esta decisión legislativa no cambia la situación de que estamos ante una norma penal vigente que debe aplicarse, pese a no compartirse el criterio del legislador. Sin embargo, no debemos olvidar que el juez también está en capacidad de ajustar el sentido del tipo penal mediante su labor de interpretación, de manera que se abarquen sólo los casos realmente graves.

B. El bien jurídico penalmente protegido

En el plano de *lege lata*, cabe preguntarnos cuál es el bien jurídico penalmente protegido por el artículo 198 del CP. Si nos quedásemos en el plano jurídico-privado del correcto funcionamiento de las

---

(8) Vid., en este sentido, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 1, p. 76 y ss.; MUÑOZ CONDE, *CPC*, 16 (1982), p. 112; GONZÁLEZ VIZCAYA, *AP*, 10 (1997), p. 231; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 58 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, p. 23.

(9) Esta misma crítica se achaca a los delitos societarios del Derecho español. Vid., al respecto, BACIGALUPO ZAPATER, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 136; SUÁREZ GONZÁLEZ, en *Compendio de Derecho penal*, PE, Vol. II, Bajo Fernández (dir.), p. 573 y s.

personas jurídicas[10], la infracción penal no distará mucho del sentido de las infracciones societarias. Los elementos del tipo penal se interpretarían de manera accesoria, convirtiéndose el Derecho penal en no más que un refuerzo del fin de protección del Derecho de sociedades o del Código civil[11].

En nuestra opinión, los tipos penales deben interpretarse, por regla general, de manera autónoma, atendiendo a las características propias de la regulación penal, esto es, a la protección de bienes jurídicos. En esta línea, debe tenerse presente que el artículo 198 del CP se encuentra incardinado en el título de 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[12]. No obstante, debemos destacar que el Derecho penal no protege el patrimonio en sí, pues cuando el delito tiene lugar el patrimonio ya se encuentra afectado. Mediante el artículo 198 del CP el Derecho penal 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 ésta o a terceros. El delito de administración fraudulenta de persona jurídica defrauda esta expectativa normativa de conducta, siendo la función de la pena devolver la vigencia a esta norma infringida.

---

(10) Así, por ejemplo, Alonso Ballesteros, *Actualidad financiera*, 1 (1993), p. 15 y ss.

(11) Vid., Zúñiga Rodríguez, *Gaceta Jurídica* 91 (2001), p.

(12) Así, sostienen que el bien jurídico es el patrimonio social, Peña Cabrera, *Tratado*, PE, II-A, p. 377; Bramont-Arias Torres/García Cantizano, *Manual*, PE, 329; Paredes Infanzón, *Delitos*, p. 248; Salinas Siccha, *Curso*, III, p. 313 y s.; Reyna Alfaro, *LH-Bacigalupo*, p. 999. En el delito de infidelidad patrimonial alemán, Tröndle/Fischer, *StGB*, § 266, n.m. 2; Lackner/Kühl, *StGB*, 2001, § 266, n.m. 1., consideran que el bien jurídico es el patrimonio. En el mismo sentido, respecto del delito de administración fraudulenta societaria del Derecho español, Bajo Fernández/Bacigalupo Saguesse, *Derecho penal económico*, p. 598 y s.; Martínez-Buján Pérez, en *Estudios de Derecho penal económico*, Mir y otros (coord.), p. 256; Castro Moreno, *El delito societario*, p. 185.

3. Análisis del tipo penal

El delito de administración fraudulenta de persona jurídica está regulado en el artículo 198 del Código penal. Este artículo establece diversas modalidades de realización del delito, a la vez que ciertos elementos comunes a todas las modalidades contempladas. Por ello, antes de entrar en el análisis detallado de cada una de las modalidades de administración fraudulenta de persona jurídica, resulta conveniente que nos ocupemos de los elementos comunes previstos en el tipo penal.

A. Elementos comunes

a. Delito especial propio

El delito de administración fraudulenta de persona jurídica es un delito especial propio. En su redacción original circunscribía el círculo de autores a ciertos sujetos encargados de la administración o control de la persona jurídica: fundador, miembro del directorio o del consejo de administración o del consejo de vigilancia, gerente, administrador o liquidador[13]. Mediante la ley 28755 se ha ampliado el círculo de destinatarios, incluyéndose también ahora al auditor interno y externo. A pesar de esta ampliación del círculo de autores del delito, el tipo penal bajo análisis sigue estando limitado a ciertos miembros de la persona jurídica.

A diferencia de los delitos especiales que deben interpretarse en concordancia con el artículo 27 que regula el actuar en lugar de otro, el delito de administración fraudulenta de persona jurídica no contempla un supuesto de responsabilidad penal del representante de una persona jurídica por la realización de hechos típicos en lugar de ésta, sino un delito cometido por un órgano de la persona jurídica en contravención a sus funciones propias de administración o control. Por ello, en la doctrina penal se suele hablar de delitos de administración en sentido estricto para hacer referencia a

(13) Vid., en este sentido, PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-A, p. 374 y ss.; SALINAS SICCHA, *Curso*, III, p. 314; VILLA STEIN, *Derecho penal*, PE, II-A, p. 165.

estos delitos[14]. Si bien podría sostenerse que los auditores no forman parte en puridad de la administración de una persona jurídica[15] –pues incluso en el caso del auditor interno se reconoce su independencia–, la reforma penal los vincula en un sentido amplio con la administración de la persona jurídica, especialmente en lo referente a la transparencia de la administración. Por lo tanto, sólo desde esta comprensión impropia podría decirse que los auditores realizan también delitos de administración.

La delimitación del círculo de autores del tipo penal de administración fraudulenta de persona jurídica confirma la afirmación general de que los delitos de fraude en la administración de personas jurídicas están referidos solamente a las de Derecho privado. Por lo tanto, los actos de deslealtad patrimonial cometidos en el marco de las personas jurídicas de Derecho público no podrán dar lugar a la aplicación del artículo 198 del Código penal, sino, más bien, a una responsabilidad penal por los delitos de funcionarios, sea como peculado, malversación de fondos o incumplimiento de deberes funcionariales. El delito de administración fraudulenta de persona jurídica se circunscribe a la formas de organización conforme al Derecho privado, con independencia de quién sea el titular del patrimonio, pudiendo serlo incluso el propio Estado.

En la medida que el artículo 198 del CP se refiere a actos de administración fraudulenta de una persona jurídica de Derecho privado, el tipo penal ha procurado incluir los distintos sujetos que asumen labores de administración durante su nacimiento, existencia y extinción. En la fase de constitución, el tipo penal contempla la figura del fundador, quien, según el artículo 70 de la LGS, se encarga de otorgar la escritura pública de constitución y suscribir todas las acciones en la constitución simultánea, o suscribir el programa de fundación en la constitución por oferta a terceros[16]. Durante la

---

(14) Kohlmann, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 1 y s.

(15) Vid., así, Faraldo Cabana, *El delito societario*, p. 95, considera que su función no es asimilable a la del administrador.

(16) Vid., con mayor detalle, Torres Morales, en *Tratado*, Hundskopf Exebio (coord.), p. 356 y ss.

etapa de desarrollo de las actividades de la persona jurídica, el tipo penal prevé la figura del miembro del directorio, del consejo de administración o del consejo de vigilancia, así como el gerente, el administrador, el auditor interno y el externo. Con estos cargos se trata de englobar a las diversas personas que ejercen, durante el desarrollo del objeto social, la administración o el control de la administración de las personas jurídicas en sus diversas formas jurídicas. En la etapa de extinción se ha contemplado la figura del liquidador, quien se encarga de llevar a cabo todo el proceso de disolución y liquidación de la persona jurídica, asumiendo su representación en esta etapa final. No obstante, en la medida que el artículo 419 de la LGS dispone que los liquidadores deben presentar a la junta general la memoria de liquidación, la propuesta de distribución del patrimonio neto entre los socios, el balance final de liquidación, el estado de ganancias y pérdidas y demás cuentas que correspondan, con la auditoría que hubiese decidido la junta general o con la que disponga la ley, la intervención de un auditor podrá tener lugar también en esta fase de la persona jurídica.

Es evidente que la formulación general del círculo limitado de autores no enerva al juez penal de la obligación de individualizar en la persona jurídica correspondiente los directivos o representantes competentes por la forma de administración fraudulenta producida[17]. Los sujetos mencionados por el tipo penal no resultan competentes en todo momento por la administración o control de todos los sectores en los que puedan aparecer las distintas modalidades de administración fraudulenta. Por poner un ejemplo: el fraude contable constituye un delito de administración fraudulenta que cometen aquellos directivos que tienen la competencia por la llevanza ordenada de la contabilidad de la persona jurídica. En el caso de la sociedad anónima esta competencia recae sobre el gerente de la sociedad, en la medida que el artículo 190 inciso 1 de la LGS le asigna la responsabilidad por La existencia, regularidad y veracidad de los sistemas de contabilidad, los libros que la ley ordena

[17] Vid., en el mismo sentido, CHOCLÁN MONTALVO, *Responsabilidad de auditores*, p. 41 y s.

llevar a la sociedad y los demás libros y registros que debe llevar un ordenado comerciante. En consecuencia, detectado un fraude contable no se puede hacer una imputación generalizada a todos los directivos de una persona jurídica, sino que requiere individualizarse qué directivos han participado activa u omisivamente en la administración fraudulenta. Sobre la realización omisiva conviene precisar que la delegación no exonera de responsabilidad penal al miembro competente de la persona jurídica por la administración fraudulenta que se ha ejecutado mediante el abuso de los instrumentos contables[18].

Otro aspecto cuya determinación resulta de suma importancia para delimitar el ámbito de aplicación del tipo penal es el alcance que tiene el término "persona jurídica" en el artículo 198 del CP. Si se sigue un criterio formal, el delito no podrá ser cometido por entes no personificados, aun cuando de hecho interactúen como personas jurídicas. Por el contrario, si se recurre a una perspectiva fáctica de análisis no habrá inconveniente para incluir en el tipo penal estos supuestos. En la medida que el artículo 198 del CP no establece una vinculación accesoria con la regulación privada –sea el Código civil o la Ley General de Sociedades–, nos inclinamos a pensar que existe un margen de interpretación autónoma del elemento "persona jurídica". En este sentido, no puede compartirse el parecer que sostiene que el artículo 198 del CP no puede aplicarse a las sociedades irregulares, pues éstas no tienen personalidad jurídica en el Derecho privado[19]. Esta solución llevaría a soluciones injustas desde el punto de vista del bien jurídico protegido[20], pues exoneraría injustificadamente de responsabilidad penal a los socios y administradores

(18) Así, Mazzacuva, *Il falso in bilancio*, p. 52, precisa la indelegabilidad de la elaboración del balance en la legislación italiana.

(19) Vid., así, por el contrario, Reyna Alfaro, *LH-Bacigalupo*, p. 1006. De otra opinión, Salinas Siccha, *Actualidad Jurídica*, T. 155, octubre 2006, p. 98.

(20) Sumamente útil, desde una reducción teleológica, es la opinión de Bacigalupo Zapater, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 139, sobre los delitos societarios, en el sentido de que la nota esencial es el aspecto organizativo y no su personalidad jurídica.

de los entes sin personalidad por los actos indebidos que realicen durante su gestión. Por otra parte, hay que señalar que no es del todo correcto el parecer que sostiene que las sociedades irregulares carecen de personalidad jurídica, pues la ley regula el supuesto de las sociedades irregulares y reconoce la validez de los pactos entre los socios y la sociedad, así como de los contratos celebrados con terceros (artículo 428 LGS). Por todo lo dicho, parece adecuado ampliar el ámbito de aplicación del artículo 198 del CP también a las sociedades irregulares[21].

El hecho que el delito de administración fraudulenta de persona jurídica sea un delito especial impide el castigo como autores de las personas no cualificadas, aun cuando hayan realizado la conducta típica con pleno dominio del hecho. La ausencia del elemento especial de autoría trae como consecuencia que, en cumplimiento del principio de legalidad, dichas personas no puedan ser sancionadas en calidad de autores, sino sólo como partícipes *extranei* al hecho y siempre que exista algún sujeto cualificado que pueda responder como autor (accesoriedad de la participación). Si se sigue una comprensión formal de la calidad especial exigida por el tipo penal, los órganos fácticos de la persona jurídica no podrán ser abarcados por la prohibición penal, mientras no se encuentren reconocidos como posibles autores del delito[22]. La única posibilidad de

---

(21) En el Derecho penal español sostienen esta inclusión, RODRÍGUEZ RAMOS, en *La administración desleal*, p. 39; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, p. 54; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, p. 64 y s.; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGUESSE, *Derecho penal económico*, p. 587.

(22) La situación es distinta en el Derecho español donde se recoge expresamente en los delitos societarios al administrador de hecho como destinatario de las normas penales correspondientes –Vid., BAJO FERNÁNDEZ, en *La actividad empresarial*, p. 269 y ss.; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, p. 140 y ss.; FERRÉ OLIVÉ, *Revista penal*, 1, (1998), p. 21 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, en *El nuevo Código penal*, p. 143 y ss. En el Derecho penal alemán esta situación ha sido resuelta mediante opiniones interpretativas del término administrador utilizado por las leyes penales correspondientes (AGG, GmbHG). Para algunos autores el administrador de hecho se incluirá dentro del círculo de destinatarios sólo excepcionalmente –MONTAG, *Die Anwendung*, p. 53; TIEDEMANN, *Kommentar zum GmbHG-Strafrecht*, §84, n.m. 30; STEIN, *ZHR*, 148 (1985), pp. 207, 217–

abarcar supuestos de administración de hecho sería recurriendo a una interpretación fáctica del término administrador, desprendida de su sentido jurídico formal. Pero hasta donde podría llegarse con esta interpretación fáctica, dependerá de los criterios de imputación utilizados. En caso de tratarse de un delito de dominio, administrador podrá ser cualquiera que asume fácticamente la posición de administrador y puede perjudicar desde esta posición a terceras personas vinculadas a la empresa (dominio social típico). Por el contrario, si se trata de un delito de infracción de un deber, solamente podrá ser administrador aquél sobre quien la persona jurídica ha depositado su confianza. En este sentido, solamente el administrador con nombramiento (válido o defectuoso) podrá ser considerado autor del delito y no cualquiera que se arroga unilateralmente la administración de la persona jurídica[23].

Como administrador de hecho en los delitos de dominio pueden responder los que ejercen el mismo dominio social típico que un administrador de derecho. En consideración pueden entrar no solamente los socios mayoritarios que se escudan en un testaferro, sino también los directivos o administradores de una empresa madre que controlan las decisiones administrativas de las sociedades hijas. Si la efectiva administración de las empresas controladas recae sobre los directivos de la sociedad madre, no habrá mayor problema para considerarlos administradores de hecho de las sociedades hijas[24] y responder por los actos de administración fraudulenta cometidas en estas últimas. La situación cambia si los ad-

---

mientras otros acuden a un criterio extensivo basado en la perspectiva fáctica de análisis –Gübel, *Die Auswirkungen*, p. 24. Por su parte, la doctrina italiana acepta una responsabilidad penal de los órganos fácticos fundamentada en una posición especial del sujeto que le permite lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido [Vid., así, Conti, en *Trattato di Diritto penale dell'impresa*, Di Amato (dir.), p. 255 y ss.; Antolisei, *Manuale*, I, p. 71], lo cual se ha plasmado en un reconocimiento legal de los sujetos de hecho en la reforma de los delitos societarios (Vid., al respecto, Mazzacuva, *Il falso in bilancio*, p. 66 y ss.

(23) Vid., el desarrollo de esta tesis, García Cavero, *La responsabilidad penal del administrador de hecho*, p. 144 y ss.

(24) Vid., así, Mazzacuva, *Il falso in bilancio*, p. 77 y s.

ministradores de las empresas filiales mantienen la administración, aunque actúan de manera sumisa ante las órdenes de la administración central. En estos casos, la responsabilidad penal como autor deberá permanecer en los administradores de las empresas hijas, mientras que los administradores de la sociedad madre podrán responder a título de instigadores.

b. El perjuicio a la persona jurídica o a terceros

El tipo penal que regula el delito de administración fraudulenta de persona jurídica exige, de manera general, que las acciones fraudulentas se realicen "en perjuicio de la persona jurídica o de terceros"[25]. El perjuicio debe entenderse en un sentido patrimonial, en la medida que se trata de un tipo penal enmarcado dentro de los delitos patrimoniales[26]. Este perjuicio puede tener lugar tanto cuando hay una disminución patrimonial como cuando se ha impedido un aumento patrimonial[27]. El punto de discusión se encuentra en la cuestión de si este perjuicio debe entenderse en el sentido estricto de lesión patrimonial o si cabe interpretarlo en un sentido más amplio como peligro concreto de lesión patrimonial. En nuestra opinión, la interpretación más conveniente resulta ser aquélla que engloba no sólo la lesión efectiva, sino también el peligro de lesión, pues permite cubrir mayores supuestos de administración fraudulenta. Por otra parte, esta interpretación no resulta incompatible con el tenor literal de la ley penal, pues el tipo penal no exige que se produzca una lesión patrimonial, sino que se actúe en perjuicio de la persona jurídica o de terceros. La actuación en perjuicio de otro no requiere necesariamente que se haya producido un daño efectivo, sino

---

[25] Vid., HUNDSKOPF EXEBIO, en *Tratado*, Hundskopf Exebio (coord.), p. 620. De la opinión contraria, PEÑA CABRERA, *Tratado*, II-A, p. 378 y s.; SALINAS SICCHA, *Curso*, III, p. 319.

[26] Vid., sobre la valuación económica del perjuicio, SUÁREZ GONZÁLEZ, en *Compendio de Derecho penal*, PE, Bajo Fernández (dir.), p. 590.

[27] Vid., FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, p. 43 y s.; RODRÍGUEZ RAMOS, en *La administración desleal*, p. 41.

también que se haya generado la posibilidad de producir ese daño[28]. En atención a todo lo dicho, consideramos que el delito de administración fraudulenta de persona jurídica debe interpretarse como un delito de peligro concreto que requiere sólo la puesta en peligro del patrimonio de la persona jurídica o de terceros[29].

En cuanto a la persona afectada por el delito, se entiende sin mayor explicación el perjuicio a la persona jurídica: se refiere a la persona jurídica en la que el autor tiene labores de administración o vigilancia. Por el contrario, en lo referente al perjuicio a terceros, puede encontrarse cierto grado de indeterminación. Para precisar a quiénes se hace referencia con el término "terceros", hay que tener presente que el delito de administración fraudulenta está en relación con las actividades de las personas jurídicas, por lo que el perjuicio no debe entenderse referido a cualquier tercero, sino solamente a aquéllos que están vinculados con la persona jurídica. El primer gran vinculado, sobre todo en las sociedades mercantiles, es el socio, quien podrá ver perjudicadas sus expectativas patrimoniales si la administración de la sociedad es fraudulenta. Sin embargo, la situación puede ser distinta, y ser el socio el directamente beneficiado

---

(28) Sobre la puesta en peligro del patrimonio como perjuicio patrimonial, Vid., ampliamente, Gallego Soler, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, p. 386 y ss. (espec. 406 y ss.).

(29) Igualmente el parecer de Reyna Alfaro, *LH-Bacigalupo*, p. 996, nota, 22. En el mismo sentido se interpreta el delito de infidelidad patrimonial alemán (Vid., Lenckner/Perron, Schönke/Schröder *StGB-Kommentar*, § 266, n.m. 51; Tröndle/Fischer, *StGB*, § 266, n. m. 61) y argentino (Caamaño Iglesias Paiz, *Revista de Derecho penal*, 2000-1, p. 238). Por el contrario, en España el delito societario de administración fraudulenta está configurado como un delito de lesión, lo que ha despertado la crítica de la doctrina [Vid., así, Martínez-Buján Pérez, en *Estudios de Derecho penal económico*, Mir y otros (coord.), p. 270; Bacigalupo Zapater, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 152 y s.; Del Rosal Blasco, en *I Congreso Hispano-Italiano*, Martínez-Buján Pérez (dir.), p. 134, nota 131; Por el contrario, consideran correcta la decisión del legislador español: Gómez Benitez, *La ley* N° 4237 (1997), p. 3; Rodríguez Montanés, *La responsabilidad penal del administrador desleal*, p. 146; Castro Moreno, *El delito societario*, p. 419 y s.].

con este tipo de administración. Por esta razón, el concepto de tercero puede ampliarse a aquellas personas no titulares de la sociedad, pero vinculadas patrimonialmente a ésta o que están interesados en contactar con ella. De esta forma, el delito de administración fraudulenta de persona jurídica no se quedará en los supuestos de lesión patrimonial a la persona jurídica. Su ámbito de protección abarca también a terceras personas ajenas a la estructura societaria, en donde se incluye no sólo a los acreedores, sino también a las personas que tienen un interés comercial en contactar con la sociedad[30].

En la medida que consideramos que el delito de administración fraudulenta de persona jurídica debe ser entendido como un delito de peligro concreto, se presenta el interrogante de si resulta posible castigar la tentativa del delito. En el plano dogmático, el castigo resulta posible[31], en tanto el autor realice la conducta típica, pero no genere el peligro concreto exigido por el tipo penal. Sin embargo, debemos tener en cuenta que estas conductas por sí mismas configuran ya infracciones societarias que llevan aparejadas responsabilidades civiles y societarias[32]. En este sentido, estimamos que por razones político-criminales no habría necesidad de castigar penalmente estos supuestos, siendo lo más conveniente dejar la solución del conflicto a los mecanismos extrapenales pertinentes.

B. Las modalidades de administración fraudulenta

Al regular el delito de administración fraudulenta de persona jurídica, nuestro legislador no ha seguido la forma de regulación utilizada, por ejemplo, por el Código penal alemán (parágrafo 266)[33]

---

(30) Vid., en similar sentido, PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-A, p. 377; LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, p. 132.

(31) Vid., así, SALINAS SICCHA, *Curso*, III, p. 317. En el Derecho penal español, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario*, p. 39.

(32) Destaca esta situación, GÓMEZ BENITEZ, *La ley* N° 4237 (1997), p. 3.

(33) Sobre las particularidades de esta regulación penal, Vid., LENCKNER/PERRON, Schönke/Schröder *StGB-Kommentar*, § 266, n.m. 2; TRÖNDLE/FISCHER, *StGB*, § 266, n. m. 9 y ss.; NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*,

o el Código penal español (art. 295)[34], en donde el tipo penal describe, en general, los elementos comunes de una administración fraudulenta (abuso de facultades de administración, relación de confianza, perjuicio patrimonial, etc.)[35]. El modelo seguido por el Código penal peruano es más parecido al utilizado, en un primer momento, por la legislación italiana[36], en donde se tipifica un conjunto de conductas específicas que, desde la óptica del legislador penal, afectan la correcta administración de las sociedades. El recurso a esta técnica legislativa se expone al riesgo de terminar agrupando

---

p. 13 y ss.; Rodríguez Montanés, *La responsabilidad penal del administrador desleal*, p. 65 y ss. Similar estructura tienen el § 153 del Código penal austriaco y el § 159 del Código penal suizo –Vid., en este sentido, Bacigalupo/Stampa Braun, *La reforma*, p. 63.

(34) Sobre las particularidades de esta regulación penal, Vid., Nieto Martín, *El delito de administración fraudulenta*, p. 245 y ss.; Rodríguez Montanés, *La responsabilidad penal del administrador desleal*, p. 94 y ss; Sánchez Álvarez, *Los delitos societarios*, p. 178 y ss.; Faraldo Cabana, *Los delitos societarios*, p. 547 y ss; Martínez Pérez, *EPC*, T. XVII, p. 309 y ss.; Bacigalupo Zapater, *LH-Tiedemann*, p. 385 y ss.

(35) Es cierto que entre ambos ordenamientos jurídico-penales existen también diferencias, siendo la más importante el hecho de que la infidelidad patrimonial alemana es un delito patrimonial genérico que sanciona la gestión desleal del patrimonio ajeno sin exigir que sea de una persona jurídica, mientas que el delito de administración fraudulenta español es un delito societario que limita la administración fraudulenta al ámbito de las sociedades. Vid., Martínez-Buján Pérez, *Estudios de Derecho penal económico*, Mir y otros (coord.), p. 250 y s.; Nuñez Castaño, en *Temas*, Collantes González (coord.), p. 392, nota 25; Castro Moreno, *El delito societario*, p. 200 y ss.

(36) Vid., sobre esto, críticamente, Antolisei, *Manuale* I, p. 34; Foffani, en *I Congreso Hispano-Italiano*, Martínez-Buján Pérez (dir.), p. 68. La situación ha cambiado, sin embargo, con la reciente reforma que se ha hecho en las disposiciones penales relativas a la tutela del patrimonio social contra los abusos de los administradores, en donde, por un lado, se ha derogado una serie de figuras criminales de carácter formal y de escasísima eficacia práctica (conflicto de intereses, relaciones patrimoniales ilícitas, remuneraciones irregulares de los administradores divulgación de noticias sociales reservadas) y, por el otro, se ha introducido el modelo de tipicidad inédito en el sistema italiano (infidelidad patrimonial y corrupción).

en un mismo delito conductas de administración irregular que no necesariamente responden a la misma lógica o que gozan de cierta autonomía conceptual y que, por tanto, deberían tener una regulación típica autónoma. Por ejemplo, los delitos contables o las falsedades societarias tienen en diversos ordenamientos una regulación penal específica diferenciada de la administración desleal[37]. Precisamente este peligro de agrupación poco ordenada de figuras delictivas en un mismo tipo penal se ha materializado con la reciente reforma del artículo 198 del CP, ya que se han incorporado en un tipo penal de administración fraudulenta figuras de delito contable sin ningún orden sistemático desde la perspectiva de los delitos de administración.

Pero el principal problema de la forma de legislar antes mencionada se manifiesta en el peligro de dejar sin pena muchas otras conductas con igual desvalor jurídico-penal, en tanto dichas conductas no se encuentran abarcadas expresamente por los supuestos específicos previstos en la regulación penal. La imposición de una sanción penal a estos supuestos implicaría contravenir el principio de legalidad. Si bien la técnica legislativa optada por nuestro Código penal puede parecer más garantista, no hay que olvidar que en un campo como el societario, en donde el dinamismo de la actividad económica, las nuevas formas de ejercicio de la empresa y las vinculaciones empresariales (grandes consorcios, multinacionales, etc.) originan nuevas formas de administración que pueden perjudicar el interés social, resulta más urgente evitar el aprovechamiento delictivo de las estructuras societarias existentes. Por esta razón, un sistema de penalización, como el nuestro, anclado en una forma de tipificación casuística, podría generar considerables vacíos de punibilidad por la falta de adaptación de los tipos penales a la evolución continua del sistema económico[38]. La finalidad garantista del Derecho penal

---

[37] Vid., así, por ejemplo, en el Derecho penal alemán, RANSIEK, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), VIII 1, n.m. 1 y ss. Una referencia al sistema italiano, alemán y español, PÉREZ VALERO, *El delito societario*, p. 29 y ss.

[38] Vid., así, en el Derecho penal italiano, MILITELLO, *RTDPE* 40 (2000), p. 906. Sobre la necesidad de evitar tipos penales detallistas que afecten la adaptación

no puede traer como consecuencia la pérdida de los niveles mínimos de prevención.

En cualquier caso, y pese a las dudas que ofrece la técnica legislativa empleada por nuestro legislador en el artículo 198 del CP, el hecho es que para poder castigar un acto de administración fraudulenta en una persona jurídica, este acto debe poder subsumirse en alguno de los diversos supuestos específicos contemplados en el artículo 198 del CP. Por ello, vamos a ocuparnos, en lo que sigue, de precisar las particularidades típicas de las diversas modalidades específicas comprendidas en el tipo penal. Esta precisión interpretativa resulta de suma importancia, pues nos permitirá develar si estamos ante un delito de dominio o de infracción de un deber; diferencia dogmática básica para determinar los criterios de imputación penal aplicables. Debemos advertir que la exposición no seguirá el orden numérico de los incisos del artículo 198 del Código penal, sino que atenderá a un orden distinto sustentado en razones de mayor claridad expositiva.

a. La omisión de comunicar intereses incompatibles (art. 198 inc. 6)

El inciso 6 del artículo 198 del CP contempla como supuesto de administración fraudulenta de persona jurídica la omisión de 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 incompatibles con los de la persona jurídica. Antes de proceder a hacer un análisis dogmático de las particularidades de esta modalidad del delito de administración fraudulenta, quisiéramos hacer unas breves consideraciones político-criminales sobre la necesidad de reprimir esta forma de actuación.

Desde una perspectiva político-criminal, no encontramos una razón suficiente para la incriminación de la conducta de omisión de comunicación de intereses incompatibles[39]. El daño patrimonial es,

---

de los tipos penales a la multiformidad de la vida económica, Gübel, *Die Auswirkungen*, p. 99; Fuhrmann, *H. Tröndle-FS*, pp. 149, 152; Montag, *Die Anwendung*, p. 84 y ss.

[39] Vid., así, Sánchez Álvarez, *Los delitos societarios*, p. 185.

en primer lugar, todavía incierto[40], 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 comunicación 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. El artículo 161 inciso 6 de la LGS establece que está impedido de ser director de una sociedad anónima el que ocupa cargo directivo en otra empresa que tiene permanentemente intereses contrapuestos con los de la sociedad. Si un director se encuentra en esta situación y acepta el cargo, podrá ser removido, sin perjuicio de la reparación civil a la que hubiera lugar. En el mismo sentido, el artículo 180 de la LGS obliga al director que en una decisión social tiene intereses incompatibles con los de la sociedad a manifestar esta incompatibilidad, así como a no participar en la deliberación y resolución del asunto, pudiendo ser removido del cargo, sin perjuicio de la responsabilidad por los daños y perjuicios, si incumple estas obligaciones. Consideramos que resulta un tanto excesivo agregar a estas medidas una sanción penal. El legislador penal, sin embargo, no lo ha entendido así, por lo que ha criminalizado la omisión de comunicar intereses incompatibles como una forma de administración fraudulenta.

Como cualquier delito cometido por la infracción de un mandato, la omisión de comunicar intereses incompatibles sólo podrá tener lugar desde que el directivo de la persona jurídica toma conocimiento de la existencia de tales intereses incompatibles y puede comunicarlo a los órganos competentes de la persona jurídica para que decidan sobre su permanencia o no en el cargo[41]. En la medida que estamos ante un delito sobre aspectos patrimoniales, si la sociedad confirma al directivo como tal, a pesar de la existencia de intereses incompatibles, habrá una asunción del riesgo por la propia

---

[40] Vid., similarmente, GHERSI, *Thémis* 32, p. 116. En este sentido, se descarta los casos de conflicto virtual o hipotético (Vid., GARCÍA RADA, *Sociedad anónima y delito*, p. 247; ANTOLISEI, *Manuale*, I, p. 307).

[41] Vid., así, GARCÍA RADA, *Sociedad anónima y delito*, p. 248.

víctima que excluirá la relevancia típica de la conducta (artículo 20 inciso 10 del CP)[42]. El directivo cumplirá con su deber, en todo caso, comunicando la situación de incompatibilidad a los órganos correspondientes de la sociedad, a quienes les corresponderá decidir sobre la permanencia o no del directivo en el cargo.

El injusto del tipo penal se estructura sobre un deber específico derivado de la confianza especial que recae sobre el directivo de la persona jurídica[43]. En este sentido, esta modalidad de administración fraudulenta estará configurada como un delito de infracción de un deber, en la medida que parte de un deber positivo de mantener las condiciones para el correcto desenvolvimiento en el cargo de directivo de la persona jurídica. Un elemento normativo del tipo de especial trascendencia para la determinación de la tipicidad de la conducta es "la incompatibilidad de los intereses". El juez penal tendrá que valorar los intereses propios del directivo[44] y determinar si, en efecto, resultan inconciliables con los intereses de la persona jurídica. La incompatibilidad debe entenderse como la imposibilidad de poder favorecer, al mismo tiempo, los intereses propios y los sociales. Esta labor de ponderación debe llevarse a cabo atendiendo las circunstancias concretas del caso, por lo que no bastará con determinar que, por lo general, los intereses en cuestión resultan in-

---

(42) Vid., sobre la atipicidad en caso de consentimiento, Tröndle/Fischer, *StGB*, § 266, n.m. 49 y ss. No obstante, la validez del consentimiento se discute en el ámbito de las personas jurídicas (Vid., Martínez-Buján Pérez, *El delito societario*, p. 73 y ss.; Faraldo Cabana, *Ius et Veritas*, 27, p. 276 y ss.). Por nuestra parte, entendemos que si la voluntad se expresa por los órganos sociales correspondientes, se estará ante un consentimiento completamente válido. Los perjuicios que podrían causarse a las minorías societarias deberán paliarse con los mecanismos civiles o societarios pertinentes (impugnación de acuerdos, indominaciones, etc.).

(43) Sobre la confianza especial, Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 29, n.m. 67 y ss.; García Cavero, *La responsabilidad penal del administrador de hecho*, p. 183 y s.

(44) Los intereses propios no solamente son aquéllos que directamente se refieren al directivo o administrador, sino también los que le afecten indirectamente (persona jurídica de la que es socio, familiares, etc.). Vid., así, Antolisei, *Manuale*, I, p. 307; Peña Cabrera, *Tratado*, PE, II-A, p. 399.

compatibles. Para explicarlo con un ejemplo: Si el gerente de la empresa A tiene acciones en la empresa competidora B y no lo comunica al directorio, se habrá configurado, sin duda, la infracción societaria de omisión de comunicar intereses propios incompatibles. Sin embargo, para que tenga lugar el delito de administración fraudulenta, debe demostrarse que, en el caso concreto, los intereses resultaban realmente incompatibles, de manera que si, por ejemplo, la empresa B apunta a un sector de los consumidores distinto al sector objetivo de la empresa A, la incompatibilidad no se dará en el caso concreto.

Una primera apreciación de la conducta típica de la omisión de comunicar intereses incompatibles, podría llevar a la conclusión de que se trata de un delito de peligro abstracto[45]. Sin embargo, no debemos olvidar que el delito de administración fraudulenta requiere, de manera general, que la conducta típica se realice en perjuicio de la persona jurídica o terceros. Esta exigencia quiere decir que no basta con que el directivo omita comunicar los intereses incompatibles al órgano social correspondiente, sino que es necesario que ese desconocimiento de los intereses incompatibles haya generado un peligro concreto de afectación patrimonial a la persona jurídica. La sola omisión de comunicar los intereses incompatibles configurará una infracción societaria, pero no un ilícito penal. Sólo cuando de esa omisión se haya derivado un peligro de perjuicio patrimonial a la persona jurídica, cabrá hablar de un delito de administración fraudulenta del artículo 198 inciso 6 del CP. El perjuicio patrimonial a la persona jurídica puede provenir de fuentes distintas a la actividad del directivo, pues los delitos de infracción de un deber no se estructuran sobre la base del dominio del riesgo, sino sobre el deber especial de impedir una situación no deseada por la sociedad.

b. Falsas informaciones sociales (art. 198 inc. 2)

La segunda modalidad de administración fraudulenta de persona jurídica que analizaremos consiste en proporcionar datos falsos relativos a la situación de la persona jurídica. La necesidad polí-

[45] En la regulación italiana sostiene que se trata de un delito de peligro abstracto, SAMORI, en *Trattato*, Di Amato (dir.), Vol. II, p. 258.

tico-criminal de esta figura delictiva se ha intentado fundamentar en el hecho de que, por lo general, la conducta de falsedad de los directivos de una persona jurídica daría pie a una falsedad ideológica de documento privado, cuya punibilidad no encuentra sustento en la actual configuración de los delitos contra la Fe Pública que deja de lado la falsedad ideológica en documento privado[46]. Esta afirmación resulta, sin embargo, cuestionable, en la medida que las comunicaciones sociales difícilmente pueden tener la función probatoria que requiere la protección penal documental[47]. Por esta razón, consideramos que la justificación de la criminalización de las falsas informaciones sociales radica en el aspecto económico-patrimonial de la conducta, en la medida que la falsedad de la información sobre la situación de la persona jurídica afecta de forma grave la toma decisiones de carácter económico.

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 económico-financiera[48]. 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[49]. En este sentido, las falsas informaciones socia-

(46) Vid., en este sentido, Faraldo Cabana, *El delito societario de falsedad*, p. 15.

(47) Vid., con mayores referencias, Choclán Montalvo, *Responsabilidad de auditores*, p. 68 y ss.

(48) Vid., similarmente, Mazzacuva, en *Tratatto*, Di Amato (dir.), Vol. II, p. 76 y s.; Pérez Valero, *El delito societario*, p. 311; Peña Cabrera, *Tratado*, PE, II-A, p. 386. En una comprensión más restrictiva, Díaz-Maroto y Villarejo/Polo Vereda, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 1308, limitan las comunicaciones a aquellas que informen sobre el estado patrimonial global de la persona jurídica.

(49) Vid., García de Enterría, *Los delitos societarios*, p. 55. En el Derecho penal italiano, Caraccioli, *RTDPE* 45 (2002), p. 468 y s., critica que el delito de falsas informaciones sociales se configure únicamente por la infracción de la "transparencia societaria", pues ampliaría el ámbito de prohibición del delito al solo hecho de dar informes sociales no ajustados a la verdad.

les castigadas por el artículo 198 inciso 2 del CP se circunscriben a las realizadas por los administradores de la persona jurídica con el objeto de dar cuenta del manejo económico a los órganos de ésta o informar a los socios o terceras personas interesadas sobre la situación económica de la persona jurídica[50]. Fuera del alcance de este tipo penal quedarán, por tanto, las falsas informaciones sociales dirigidas a organismos supervisores o de control estatal como, por ejemplo, la CONASEV[51]. Para castigar estos supuestos existe ya un tipo penal específico: el artículo 242 del CP que acertadamente considera a esta conducta un delito contra el orden económico y no una administración fraudulenta[52].

La conducta típica está constituida por el hecho de proporcionar datos falsos sobre la situación económica de la persona jurídica. Se proporciona un dato falso no sólo cuando se da un dato económico o financiero distinto al real, sino también cuando se omite cierto aspecto que permite tener una percepción cabal de la realidad financiera de la persona jurídica[53]. Para poder precisar más las particularidades típicas del delito de falsas informaciones sociales es necesario entrar en los criterios materiales de imputación de responsa-

---

(50) Vid., sobre estas comunicaciones sociales ANTOLISEI, *Manuale*, I, p. 119. Fuera del ámbito del tipo penal quedarán las informaciones que contengan predicciones sobre la futura situación de la persona jurídica, como lo precisan GONZÁLEZ GUERRA, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 193; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 1310.

(51) Así sucede, por ejemplo, con el delito de falsas comunicaciones sociales en el Derecho penal español, FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, p. 352; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos societarios*, p. 55; SUÁREZ GONZÁLEZ, *Comentarios*, Rodríguez Mourullo (coord.), p. 834.

(52) Del mismo parecer, SALINAS SICCHA, *Actualidad Jurídica*, 155, octubre 2006, p. 101.

(53) Así, en el delito societario español, SUÁREZ GONZÁLEZ, en *Compendio de Derecho penal*, PE, Bajo Fernández (dir.), p. 578. Sostienen que estas omisiones son, en realidad, falsedades activas, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 206; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, p. 165; LA MISMA, *El delito societario*, p. 119.

bilidad penal. Como ya lo hemos señalado, estos criterios son suministrados por la diferenciación entre delitos de dominio y delitos de infracción de un deber. El delito de falsas informaciones sociales, tal y como está regulado en nuestro Código penal, puede asumir ambas posibilidades de configuración del injusto penal, dependiendo ello de si existe o no una vinculación institucional con la persona a la que se dirige la información social.

En cuanto al destinatario de la información, la doctrina penal ha diferenciado dos tipos de información: por un lado, la información interna dirigida a los órganos de la persona jurídica y, por el otro, la información externa dirigida a socios individuales, acreedores o personas interesadas en contactar con la persona jurídica[54]. Con base en la idea general de esta diferenciación se podrá determinar cuándo el delito de falsas informaciones sociales se configura como un delito de dominio y cuándo como un delito de infracción de un deber.

En el caso de las informaciones dirigidas a la propia persona jurídica (junta de socios o accionistas, directorio, consejo de vigilancia, auditores, etc.), el delito se configura a partir de la infracción del deber veracidad[55]. Para infringir este deber de veracidad es necesario que la comunicación cumpla con cierta oficialidad, de manera tal que no podrá configurarse este supuesto con cualquier tipo de comunicación[56]. Por otra parte, no se requiere que la información

---

(54) Vid. sobre estas modalidades de la información debida, más detalladamente, Mantovani, *L'indice penale*, 1987, p. 12 y ss.; García Cavero, *La responsabilidad penal*, p. 218; González Guerra, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 182. Vid., anteriormente, García Rada, *Sociedad anónima y delito*, p. 180.

(55) Similarmente, González Guerra, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 182. Por su parte, Choclán Montalvo, *Responsabilidad de auditores*, p. 30, considera también como información interna la información dirigida a los socios, lo cual no compartimos, pues el socio como tal es un tercero vinculado a la sociedad (propietario), pero no es por sí solo órgano de la misma.

(56) Así, destaca Pérez Valero, *El delito societario*, p. 320 que si el delito se entiende como una infracción de un deber de veracidad, la información no podrá ser cualquiera, sino que deberá ser oficial y por escrito. En el mismo sentido, García Rada, *Sociedad anónima y delito*, p. 180 y s.

alcance ciertos niveles de credibilidad para que se configure la falsedad, puesto que la persona jurídica se encuentra autorizada para confiar plenamente en las informaciones suministradas por sus administradores. Los órganos de la persona jurídica no tienen el deber de cotejar o comprobar las informaciones oficiales suministradas por sus directivos o administradores.

Distinto es el caso cuando la información suministrada es externa –esto es, está dirigida a socios, acreedores o terceros interesados–, pues ya no se trata de un delito de infracción de un deber, sino, más bien, de un delito de dominio[57]. El injusto penal se sustenta, en este caso, en el hecho de haber llevado a error a los terceros y haberles causado, por este error, un perjuicio patrimonial[58]. En este contexto normativo, la comunicación social sí tiene que poseer ciertos visos de credibilidad para poder configurar el delito de administración fraudulenta[59], pues, la víctima mantiene ciertas incumbencias de autoprotección que la pueden hacer competente por el resultado producido. Por el contrario, las comunicaciones sociales no requieren de ninguna forma especial, pudiendo ser incluso orales[60], aunque en este último caso los problemas se presentarán en el plano probatorio. La única exigencia es que la falsedad de la comunicación tenga una apariencia suficiente de veracidad para generar error en los terceros vinculados a la persona jurídica.

El objeto material del delito de falsas informaciones sociales está constituido por datos falsos sobre la situación económica de la per-

---

(57) La situación podría cambiar si la información externa está dirigida al Estado, pues en estos casos podría fundamentarse una vinculación institucional con los fines de control del Estado y configurar la falsa información un delito de infracción de un deber.

(58) En este ámbito resultan correctas las consideraciones de DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios*, p. 98, que emparenta el delito de falsas informaciones sociales con el delito de estafa. En el mismo sentido, FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, p. 132 y s.

(59) Vid., así, FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, p. 155.

(60) Vid., PÉREZ VALERO, *El delito societario*, p. 322. De otro parecer, GARCÍA RADA, *Sociedad anónima y delito*, p. 180.

sona jurídica. En tanto no se hace ninguna limitación temporal, puede inferirse que el delito de falsas informaciones sociales abarca las informaciones que ofrece la persona jurídica a lo largo de toda su existencia (nacimiento, vida y extinción), de manera que pueden responder como autores de esta modalidad del delito de administración fraudulenta cualquiera de los sujetos contemplados dentro del círculo de autores del artículo 198 del Código penal. Así, el fundador de una persona jurídica podrá suministrar datos falsos en el momento constitutivo(61), así como el liquidador hacer lo mismo en la etapa de disolución y liquidación. Durante la etapa de desarrollo de actividades de la persona jurídica, los directores, gerentes, administradores y auditores entran en consideración como posibles autores del delito de falsa información social.

Se entiende que un dato es falso si es que no se corresponde con la realidad. En la doctrina penal italiana se ha discutido vivamente si las valoraciones (de bienes o de un futuro negocio, por ejemplo) deben considerarse "datos" en el sentido del tipo penal de falsas informaciones sociales, de manera que una valoración que no se ajuste a los criterios de razonabilidad o prudencia podría dar pie también a una responsabilidad penal por este delito. La relatividad de las valoraciones ha llevado a sostener que no es posible considerarlas datos objetivos, por lo que no podrán castigarse como falsas informaciones sociales si no siguen los criterios de razonabilidad o prudencia(62). Aquí, a diferencia de la información contable, no se cuenta con normas técnicas legalmente previstas que permitan tener un criterio de corrección de las pautas de valoración utilizadas en la información social. Distinto es, sin embargo, el caso cuando el hecho objetivo sobre el que se basa la valoración resulta siendo falseado o tomado de forma incompleta, pues aquí sí se estará sumi-

(61) Vid., en el Derecho penal alemán, como un tipo penal autónomo, Ransiek, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), VIII 3, n.m. 15 y ss.

(62) Vid., así, extensamente, Antolisei, *Manuale*, I, p. 126. En la misma línea la doctrina francesa, Galvada, en *Derecho penal especial*, Hamel (dir.), p. 66 y s. En nuestro país García Rada, *Sociedad anónima y delito*, p. 184, consideraba delictivo la valoración (avalúo) inexacto cuando era hecho con malicia.

nistrando indirectamente un dato falso sobre la situación de la persona jurídica.

Hay que recordar que el suministro de datos falsos, tanto en su forma de delito de dominio como de delito de infracción de un deber, no basta para configurar plenamente el tipo penal, siendo necesario que se haya generado, cuando menos, un peligro de daño patrimonial a la persona jurídica (p.e. realizar un fuerte endeudamiento) o a los terceros vinculados (p.e. invertir capital en la sociedad). Este requerimiento se explica por el carácter de delito de peligro concreto que posee la administración fraudulenta en el Derecho penal peruano, tal como ya tuvimos oportunidad de aclararlo de manera general[63]. Si el peligro concreto debe ser consecuencia del riesgo creado por el autor de las falsedades o si puede provenir de otras fuentes, dependerá de si se trata de un delito de dominio o de infracción de un deber.

c. El fraude contable (art. 198 inc. 1)

El delito de fraude contable en la administración de las personas jurídicas se configura con la ocultación de la verdadera situación de la persona jurídica a los accionistas, socios, asociados, auditores o terceros interesados mediante el falseamiento de los instrumentos contables. No basta, por tanto, con la simple inobservancia de las normas o reglas que deben guiar la elaboración de la contabilidad[64], 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 de-

---

(63) Vid., sobre esto, GARCÍA RADA, *Sociedad anónima y delito*, p. 60 y s., en relación con el anterior delito de falsos informes sociales del Código penal de 1924. En España, por el contrario, este tipo penal está configurado como delito de peligro abstracto, en el que basta sólo la idoneidad para causar un perjuicio patrimonial, DEL ROSAL BLASCO, en *I Congreso Hispano-Italiano*, Martínez-Buján Pérez (dir.), p. 103 y s.; FARALDO CABANA, *El delito societario*, p. 69. Del mismo parecer en el Derecho penal alemán, RANSIEK, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), VIII 1, n.m. 20.

(64) Vid., MAZZACUVA, *Il falso in bilancio*, p. 102.

lito es la falta de correspondencia de la contabilidad con la situación real de la persona jurídica (*true and fair view*)[65].

La redacción del tipo penal apunta, en principio, al fraude contable cometido a través de los balances (sea el balance ordinario o los balances parciales[66], sea individual o consolidado[67]), pero al referirse también a las partidas contables en general, el ámbito de aplicación del tipo penal podría extenderse perfectamente a otros estados financieros, como el estado de ganancias y pérdidas[68]. En este sentido, el delito de fraude contable no se configura únicamente con el falseamiento de los balances, sino también con la modificación, en general, de las partidas contables, sean del balance o no. Por el contrario, la posibilidad de incluir los anexos del balance dentro de la figura de falsamiento de balances resulta problemático desde el punto de vista de la redacción del tipo penal[69], aunque

---

(65) En este sentido, Hellmann/Beckemper, *Wirtschaftsstrafrecht*, n.m. 367.

(66) Vid., sobre las clases de balance, Morris Guerinoni, en *Tratado*, Hundskopf Exebio (coord.), p. 281 y s. En especial cabe mencionar el balance de transformación y el balance de escisión regulados en los artículos 339 y 379 de la LGS respectivamente. En la regulación italiana se ha discutido sobre la inclusión del llamado balance extraordinario en el ámbito de la prohibición penal, Vid., Mazzacuva, *Il falso in bilancio*, p. 80 y s.

(67) El balance consolidado es un estado financiero que presenta la matriz en el caso de grupos económicos en los que se representa la situación patrimonial, financiera y económica del grupo. Vid., sobre esto, Maruotti, *RTDPE* 50 (2004), p. 397, quien, en atención a la regulación italiana, sostenía que no era necesario que el tipo penal contemplara expresamente este tipo de balance para incluirse en el delito de falsas comunicaciones sociales. Vid., también, Mazzacuva, *Il falso in bilancio*, p. 81 y ss. Respecto de la inclusión del balance consolidado en el tipo penal español de falsos informaciones sociales, González Guerra, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 194 y ss.

(68) Consideran que el objeto del delito no es sólo el balance, Peña Cabrera, *Tratado*, PE, II-A, p. 382 y s.; Paredes Infanzón, *Delitos*, p. 254. Por el contrario, se limitan al balance Salinas Siccha, *Curso*, III, p. 305; Reyna Alfaro, *LH-Bacigalupo*, p. 1011; Herrera Velarde, *Actualidad Jurídica* 117 (2003), p. 35.

(69) No obstante, Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 9, n.m. 447, considera que hay una unidad con el balance, de manera que también los anexos podrían abarcarse. En el mismo sentido, Ransiek, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), VIII 1, n.m. 37.

podría encontrar mejor lugar en la modalidad de falsas informaciones sociales.

La forma en la que opera la ocultación de la situación de la persona jurídica está expresamente regulada por el tipo penal: "falseando balances, u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas, o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables"[70]. Falsear balances significa incluir en ellos datos inexistentes o fraguar los existentes. Se incluye dentro de la prohibición cualquier alteración del balance o de las partidas contables que produzca una falsa representación de la situación financiera de la persona jurídica. Pero el tipo penal no sólo sanciona las conductas activas que alteren la fidelidad del balance, sino también aquellas omisiones que generan igualmente una falsa representación de la situación financiera de la persona jurídica[71]. Se puede omitir consignar beneficios con el fin de perjudicar a los socios o pérdidas con el fin de engañar a futuros acreedores[72]. Finalmente, el tipo penal utiliza una descripción abierta que permite al juez valorar cualquier conducta que afecte el fiel reflejo de los estados financieros respecto de la situación real de la persona jurídica al considerar "cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables". Se puede echar en falta un elemento normativo que permita al juez ponderar la relevancia de la inexactitud del balance o instrumentos contables para determinar la situación económica de la per-

---

[70] Por esta razón, no se incluye sólo el estado financiero balance, sino aquéllos que exige la contabilidad comercial: estado de ganancias y pérdidas, por ejemplo. Vid., en este sentido, PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-A, p. 382 y s.

[71] Vid., en igual sentido para el Derecho penal español que no señala expresamente la modalidad omisiva, GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos societarios*, p. 58; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, p. 396 y ss.; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, p. 105; SUÁREZ GONZÁLEZ, en Rodríguez Mourullo (drg.), *Comentarios*, p. 835; TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, p. 85; DEL ROSAL BLASCO, *I Congreso Hispano-italiano*, Martínez-Buján Pérez (dir.), p. 105 y s.

[72] Vid., SALINAS SICCHA, *Curso*, III, p. 306. En el Derecho penal francés, igualmente, SOYER, en *Derecho penal especial*, Hamel (dir.), p. 290.

sona jurídica[73], aunque en su labor de interpretación podrá excluir como típicamente irrelevante las pequeñas inexactitudes que no afecten la imagen fiel que debe proyectar la contabilidad.

Un aspecto de la conducta típica que debe destacarse especialmente es la posibilidad de afirmar la existencia de un fraude contable cuando se utilizan conscientemente criterios de medición o valuación de los datos económicos para reflejar una situación optimista de la persona jurídica[74]. Por ejemplo: recurrir al valor histórico de un bien, cuando el valor actual es distinto[75]. En este contexto, no se puede hablar, en sentido estricto, de una falsedad, pues ambas formas de valoración son ciertas. Pero hay que recordar que, a diferencia de la modalidad de falsas informaciones societarias, el fraude contable no se configura a partir del suministro de información falsa, sino del ocultamiento de la situación (económico-financiera) de la persona jurídica. En este sentido, el criterio rector para la determinación de la conducta típica será la "imagen fiel" que deben mostrar los estados financieros[76], de manera que si los criterios de medición de los datos económicos distorsionan la imagen fiel de la situación de la persona jurídica, el delito de fraude contable se habrá realizado[77]. En el caso del balance, por ejemplo, la imagen fiel

---

(73) Como sí se prevé en el Derecho argentino, Vid., al respecto, Borinsky, *Derecho penal económico*, p. 286 y ss. En la reforma italiana se ha incluido un criterio porcentual para algunos aspectos del balance, Vid., Mazzacuva, *Il falso in bilancio*, p. 128 y ss. Críticamente, Díaz-Maroto y Villarejo/Polo Vereda, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 1322.

(74) Sobre esta discusión en el Derecho italiano, Mazzacuva, *Il falso in bilancio*, p. 103 y ss.

(75) Vid., Soyer, en *Derecho penal especial*, Hamel (dir.), p. 303.

(76) Sobre la idea de "imagen fiel" de la contabilidad para el delito de falsas informaciones sociales, Vid., Faraldo Cabana, *Los delitos societarios*, p. 352; Del Rosal Blasco, *Comentarios*, Vives Antón (coord.), p. 1413; Moreno Cánoves/Ruiz Marco, *Delitos socio-económicos*, p. 246 y ss.; Pérez Valero, *El delito societario*, p. 396 y ss.

(77) En el mismo sentido, Hellmann/Beckemper, *Wirtschaftsstrafrecht*, n.m. 368; González Guerra, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 200.

apunta a determinar el rendimiento económico de la sociedad durante un periodo de tiempo[78], por lo que se afectará esta imagen fiel si los criterios de medición utilizados discrecionalmente por el autor no sirven para determinar de la manera más cercana posible la real situación económico-financiera de la persona jurídica. Para poder brindar una imagen fiel debe seguirse los criterios de valuación establecidos en el Derecho contable y por las normas internacionales de contabilidad[79].

Los sujetos sobre los que recae el fraude podrían sistematizarse en tres grupos: los propietarios (sean accionistas, socios o asociados), los terceros interesados (potenciales acreedores, contratantes o socios[80]) o la persona jurídica (en la persona de sus auditores). Hasta antes de la reforma, el fraude contable se limitaba a los propietarios o terceros vinculados a la persona jurídica, de manera tal que la conducta típica se constituía como un delito de dominio que se estructuraba sobre el abuso de las facultades de administración que tenían los administradores de la persona jurídica para afectar a terceros vinculados[81]. La actual redacción del artículo 198 inciso 1 del Código penal ha cambiado la configuración típica del fraude contable al incorporar a los auditores de la persona jurídica como sujetos pasivos, ya que en relación a estos órganos de control de la persona jurídica el delito se presenta como una infracción del deber de fidelidad patrimonial frente a la persona jurídica. Así las cosas, el falseamiento de los estados financieros para ocultar la verdadera

(78) Vid., PÉREZ VALERO, *El delito societario*, p. 401.

(79) Vid., TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 9, n.m. 454. Los criterios de medición para las valuaciones están establecidos en el artículo 7 del Reglamento de Información Financiera aprobado por la Resol. CONASEV N° 103-99-EF de 24/11/1999.

(80) Vid., en este sentido, HELLMANN/BECKEMPER, *Wirtschaftsstrafrecht*, n.m. 362. Por ejemplo podría mencionarse el caso de terceros a los que se les está ofertando acciones de una sociedad anónima y a los que hay que poner a disposición un programa que contenga los estados financieros de los dos últimos años conforme lo establece el artículo 212 de la LGS

(81) Vid., sobre el dominio como abuso de las facultades de administración TIEDEMANN, *Kommentar zum GmbH-Strafrecht*, preliminares a los §§ 82 y ss., n.m. 15.

situación económica de la persona jurídica se constituye como un delito de dominio frente a los propietarios o terceros interesados y como un delito de infracción de un deber frente a los auditores de la persona jurídica. En este último caso, el dominio del riesgo no es un elemento definitorio de la autoría, sino el incumplimiento del deber de veracidad de la información contable.

No debemos olvidar que la configuración típica del delito no se agota con la realización de la conducta típica. Para imponer una sanción penal por fraude contable no basta con ocultar la verdadera situación de la persona jurídica a los propietarios, terceros interesados o auditores mediante el falseamiento de los estados financieros[82], sino que la información contable debe haber constituido un elemento de juicio relevante para una decisión patrimonial de los propietarios, los terceros o la persona jurídica[83]. Por consiguiente, el delito de administración fraudulenta, en su modalidad de fraude contable, se habrá configurado completamente siempre que el ocultamiento de la verdadera situación de la persona jurídica mediante los balances haya generado una decisión perjudicial para los mencionados sujetos.

Desde el punto de vista político-criminal, la gravedad del fraude contable parece ser incuestionable, por lo que su criminalización no ofrecerá mayores dudas de legitimidad[84]. Los cuestionamientos a la actividad incriminatoria del legislador se presentarían, más bien, en la técnica legislativa que ha empleado para configurar esta modalidad de administración fraudulenta. Una apreciación general de las diversas modalidades de administración fraudulenta previstas, podría llevar a la conclusión de que la tipificación específica del fraude contable resultaría innecesaria, en la medida que el fraude cometido a través de los estados financieros implica necesariamente pro-

---

(82) De otra opinión, Paredes Infanzón, *Delitos*, p. 259; Salinas Siccha, *Curso*, III, p. 317; El Mismo, *Actualidad Jurídica*, 155, octubre 2006, p. 100.

(83) Similarmente en el Derecho penal alemán, Heilmann/Beckemper, *Wirtschaftsstrafrecht*, n.m. 362.

(84) Vid., en este sentido, Tiedemann, *Lecciones*, p. 50.

porcionar datos falsos sobre la situación financiera de la persona jurídica, lo que configuraría, desde un principio, la regulación más general de las falsas informaciones sociales[85]. Sin embargo, las precisiones que hemos hecho al referirnos a los criterios de medición en los balances han puesto de manifiesto que no es un elemento constitutivo del fraude contable el suministro de "datos falsos", por lo que su incriminación expresa resulta la opción de técnica legislativa más aconsejable.

d. El reparto de utilidades inexistentes (art. 198 inc. 5)

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[86]. Esta conclusión, sin embargo, resulta un tanto apresurada, pues el fraude contable, como ya lo hemos visto, se configura por el hecho de ocultar la verdadera situación de la persona jurídica, lo que no necesariamente tiene que presentarse en el reparto de utilidades inexistentes. Los socios, por ejemplo, pueden estar completamente al tanto de la situación real de la persona jurídica, aunque los balances no reflejen fielmente esta situación. La prohibición penal apunta, más bien, a impedir el reparto indebido del capital social entre los socios, perjudicando a la persona jurídica con la reducción ilegal de su patrimonio. Se trata, por tanto, de un delito de infracción de un deber que castiga a los directivos o administradores de la persona jurídica que abusando de sus facultades de administración proceden a reflejar utilidades

(85) En los derechos italiano y español ambas figuras están tipificadas en un mismo tipo penal –Vid. ANTOLISEI, *Manuale*, I, p. 117; GONZÁLEZ VIZCAYA, *AP*, 10 (1996), p. 235.

(86) Así, HERRERA VELARDE, *Actualidad Jurídica* 117 (2003), p. 36.

inexistentes para su posterior reparto indebido en detrimento de la integridad del capital social de la persona jurídica[87].

Como todas las modalidades específicas de la administración fraudulenta, la modalidad de reparto de utilidades inexistentes entre los socios no se configura plenamente sólo con la realización de la conducta típica. Es necesario que la falsedad de los balances produzca un resultado de peligro patrimonial sobre la persona jurídica. Si bien no es necesario que las utilidades efectivamente se distribuyan[88], el fraude en los balances debe haber generado un peligro de perjuicio patrimonial, que en el caso específico se configura por el peligro de distribución de utilidades inexistentes a los socios. En este sentido, es necesario que se haya aprobado por el órgano social correspondiente los balances fraguados. Por el contrario, no cabrá un delito de administración fraudulenta en su modalidad de reparto de utilidades inexistentes, si el reparto no ha podido materializarse por la obligación de aplicar estas utilidades a otros conceptos, como, por ejemplo, la obligación de compensar las pérdidas acumuladas. El efectivo reparto de las utilidades inexistentes dará lugar, en la medida que sea una distribución definitiva, a un delito de apropiación indebida[89]. La responsabilidad penal de los socios solamente podrá tener lugar respecto del delito de apropiación indebida, pero no como partícipes en el reparto de utilidades inexistentes, aun cuando hayan votado a favor del reparto de dichas utilidades a sabien-

---

(87) En el Derecho penal italiano, este delito tiene un ámbito de aplicación mayor, pues se configura no sólo con la distribución a los socios de utilidades inexistentes, sino también de utilidades existentes, pero que no pueden ser distribuidas. Vid., así, Antolisei, *Manuale*, I, p. 218 y s.; Coliva, en *Trattato*, Di Amato (dir.), Vol. II, p. 190 y ss.

(88) Vid., igualmente, Salinas Siccha, *Curso*, III, p. 310; El Mismo, *Actualidad Jurídica*, T. 155, octubre 2006, p. 103. En sentido contrario, Peña Cabrera, *Tratado*, PE, II-A, p. 397; Paredes Infanzón, *Delitos*, p. 260; Villa Stein, *Derecho penal*, PE, II-A, p. 167, que afirman que el delito se consuma en el momento de la distribución de las utilidades o dividendos.

(89) Vid., en este sentido, García Rada, *Sociedad anónima y delito*, p. 213; Martínez-Buján Pérez, *El delito societario*, p. 53.

das de su inexistencia. La razón de ser de esta afirmación es el hecho de que la modalidad de administración fraudulenta que ahora analizamos, como ya lo hemos dicho, es un delito de infracción de un deber que no puede extenderse a los que no están vinculados por la institución específica (en este caso, la confianza especial).

e. El agiotaje societario (art. 198 inc. 3)

El inciso 3 del artículo 198 del Código penal establece como otra modalidad de administración fraudulenta de persona jurídica el llamado agiotaje societario, consistente en promover por cualquier medio fraudulento falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones. Por promover debe entenderse crear las condiciones necesarias para que se produzca la falsa cotización de las acciones, títulos y participaciones. 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 atiende 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 centrada en el medio, la cual requiere que el medio empleado resulte en sí mismo ilegal (falsificación de documentos, coacciones, etc.)[90]. Si bien la segunda interpretación resultaría más acorde con el principio de mínima intervención del Derecho penal, 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 a la finalidad del autor.

---

(90) Vid., sobre la discusión, SAMORI, en *Trattato*, Di Amato (dir.), Vol. II, p. 280 y ss.; FONDAROLI, *RTDPE* 48 (2003), p. 747 y ss. A favor de la primera interpretación se han pronunciado en nuestro país, GARCÍA RADA, *Sociedad anónima y delito*, p. 239; MONTOYA MANFREDI, *La responsabilidad de los directores*, p. 191.

En la doctrina mercantil se maneja diversos valores de las acciones, participaciones y títulos. Se habla de un valor nominal, real y cotizable[91]. En la medida que el tipo penal habla de "falsas cotizaciones", parecería ser que la prohibición penal alcanzaría solamente los casos en los que se falsea el valor cotizable. Sin embargo, la autonomía interpretativa de los tipos penales faculta al juez a no tener que asumir una misma significación entre el elemento del tipo penal "cotización" y el denominado valor cotizable del Derecho comercial. La interpretación de los tipos penales debe estar orientada a proteger de la mejor manera el bien jurídico, en la medida, claro está, que no se sobrepase el tenor de la ley. Por esta razón, conviene que precisemos si la modalidad de falsas cotizaciones abarca los tres valores antes mencionados.

El valor nominal es el contenido en la propia acción u obligación de la sociedad que se encuentran materializadas, de manera que su valor se mantendrá fijo con independencia del éxito o fracaso de la empresa. Si se altera el valor nominal de las acciones u obligaciones con la finalidad de darle a este título un valor mayor, se habrá cometido un delito de falsificación de documento[92], pero no propiamente un delito de falsa cotización de acciones, títulos o participaciones. Puede concluirse, por tanto, que el delito de falsas cotizaciones previsto en el artículo 198 inciso 3 del CP solamente podrá presentarse respecto del valor real o cotizable de las acciones, participaciones o títulos.

El valor real de una acción o participación se obtiene de la división del patrimonio neto entre el número de acciones o participaciones. Este valor podrá aumentarse fraudulentamente si, por ejemplo, se incluyen activos inexistentes o sobrevalorados[93]. Así, p.e., se podrá promover una falsa cotización de las acciones cuando se sobrevalore un bien que integra el patrimonio de la sociedad en el marco del artículo 76 de la LGS que regula los aportes no dinerarios. El que esta conducta deba ser abarcada por el tipo penal de administración frau-

---

[91] Vid., Sánchez Calero, *Instituciones de Derecho mercantil*, p. 211 y s.; Uría, *Derecho mercantil*, p. 257 y s.

[92] Así, García Rada, *Sociedad anónima y delito*, p. 241.

[93] Vid., así, García Rada, *Sociedad anónima y delito*, p. 239.

dulenta parece no ofrecer la menor duda, pues constituye un abuso de las facultades de administración sobre la sociedad para perjudicar a personas interesadas en adquirir acciones, participaciones o títulos.

En el valor cotizable de las acciones o títulos, entran a tallar un conjunto de factores que dependen del mercado y escapan, por tanto, al control de los operadores jurídicos. Se trata de las cotizaciones de acciones o títulos realizadas en la bolsa de valores, en donde existe una supervisión rigurosa que contempla todo un conjunto de mecanismos de control administrativos(94). El falseamiento del valor cotizable apunta a hacer creer por medio de diversos subterfugios que el negocio de la persona jurídica marcha perfectamente con expectativas futuras de mayores beneficios, cuando en realidad no es así(95). De esta manera, se consigue un aumento ficticio del valor cotizable de las acciones, participaciones o títulos, afectando la transparencia del mercado de valores. Una forma de llevar a cabo esta falsa cotización sería, por ejemplo, simular la existencia de numerosos contratos de servicios o suministros con una sociedad pantalla que refleje una estabilidad del negocio y un aumento considerable de las ganancias a futuro.

La modalidad del delito de administración fraudulenta de persona jurídica constituido por la falsa cotización de acciones, participaciones o títulos está configurada como un delito de dominio. Se castiga a los directivos o administradores de una persona jurídica por promover mediante actos de simulación falsos valores a las acciones, participaciones o títulos de la persona jurídica, lo que significa un abuso de las facultades de administración para perjudicar a terceras personas. No hay que olvidar que no basta con que se promuevan estas falsas cotizaciones para que se configure el tipo penal, sino que resulta necesario que se genere un peligro de perjuicio patrimonial(96), lo cual tendrá lugar cuando se oferten las acciones, participaciones o títulos.

---

(94) Vid., al respecto, ALIAGA FARFÁN/TORRE TEJADA, *Ius et Veritas* 28, p. 39 y ss.

(95) Vid., FONDAROLI, *RTDPE* 48 (2003), p. 754.

(96) No requería el perjuicio patrimonial, GARCÍA RADA, *Sociedad anónima y delito*, p. 240.

f. La autocartera encubierta (art. 198 inc. 4)

El artículo 198 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 artículo 106 de la LGS. En el Derecho de sociedades se discute sobre la legalidad o ilegalidad de la autocartera o adquisición de las acciones por la propia sociedad. En esta discusión se suele diferenciar la autocartera originaria, la autocartera derivada y la autocartera indirecta. En el caso de la autocartera originaria, la sociedad suscribe y paga acciones de nueva emisión de la propia sociedad. Nuestra Ley general de sociedades no regula expresamente este supuesto de autocartera, a diferencia de la legislación española[97]. Si bien los artículos 98 y 99 de la LGS permiten la creación de acciones en cartera, estas acciones no generan efectos jurídicos sobre el capital, ni derechos de los accionistas sino hasta que sean efectivamente suscritas y pagadas[98]. En este sentido, la regulación de las acciones en cartera no implica un reconocimiento de la legalidad de la autocartera originaria[99]. Por el contrario, la ficción que tendría lugar con la creación de una sociedad que sea propietaria de sí misma, ha llevado a sostener la conveniencia de prohibir de manera absoluta la autocartera originaria[100].

La autocartera derivada, por el contrario, sí se encuentra regulada en el artículo 104 de la LGS, en donde se permite la adquisición de acciones ya emitidas por la propia sociedad. Según la norma societaria antes mencionada, el rescate de las acciones sólo está autorizado en supuestos específicos y siempre que se cumpla con determinados requisitos legalmente establecidos[101]. Los supuestos pre-

---

(97) Vid., García-Cruces Gonzales, *Thémis* 39, p. 329 y s.

(98) Vid., Abramovich Ackerman, *Ius et Veritas* 23, p. 88.

(99) Vid., así, Chabaneix, en *Tratado*, Hundskopf Exebio (coord.), p. 487 y ss.

(100) Vid., en este sentido, Chabaneix, en *Tratado*, Hundskopf Exebio (coord.), p. 489.

(101) Vid., Abramovich Ackerman, *Ius et Veritas* 23, p. 86. Por ello, el principio de prohibición de compra por la sociedad de sus propias acciones, al que hace alusión Reyna Alfaro, *LH-Bacigalupo*, p. 1015, no es absoluto (Vid., así, García-Cruces Gonzales, *Thémis* 39, p. 322).

vistos son cuatro: la adquisición con cargo al capital social, la adquisición con cargo a las utilidades o reservas de libre disposición, la adquisición con cargo a títulos de participación en los beneficios de la empresa y la adquisición gratuita de acciones. Sobre las particularidades de cada uno de estos supuestos no vamos a entrar[102]. Sólo nos interesa destacar la legalidad de estos supuestos de autocartera derivada, en la medida que se observen ciertas condiciones que aseguren que esta medida excepcional se haga para cautelar los intereses patrimoniales de la sociedad y no afecten los intereses de los socios y terceros acreedores.

Frente a los casos en los que la sociedad adquiere directamente sus propias acciones (autocartera directa), están los casos de autocartera indirecta. Un supuesto de autocartera indirecta está contemplado expresamente en nuestra legislación societaria en el artículo 105 de la LGS, el cual se produce cuando una sociedad subsidiaria adquiere acciones de su matriz. Esta adquisición indirecta de acciones por la propia sociedad no se encuentra prohibida, pero debe evitarse los peligros que podría producir en la distribución de poderes sobre el manejo de la sociedad. En efecto, los accionistas que no tienen mayoría para controlar una sociedad podrían utilizar esta vía para alcanzar el control por la vía del derecho de voto de las acciones adquiridas por la subsidiaria[103]. En este sentido, el artículo 105 de la LGS ha previsto la suspensión de los derechos de asistencia y voto en juntas a los accionistas de autocartera indirecta. En cuanto a los derechos patrimoniales de las acciones, el silencio de la norma debe entenderse en el sentido de que se mantienen completamente vigentes, de manera que la sociedad controlada pueda percibir los beneficios económicos provenientes de la titularidad de las acciones sobre su matriz[104].

---

(102) Sobre estos supuestos, Vid., con mayor detalle, CHABANEIX, en *Tratado*, Hundskopf Exebio (coord.), p. 491 y ss.

(103) Vid., así, CHABANEIX, en *Tratado*, Hundskopf Exebio (coord.), p. 520; ABRAMOVICH ACKERMAN, *Ius et Veritas* 23, p. 86 y s.

(104) En el mismo sentido, CHABANEIX, en *Tratado*, Hundskopf Exebio (coord.), p. 520 y s.

En la misma línea de evitar los peligros que conllevan formas indirectas de autocartera, la Ley general de sociedades ha prohibido en su artículo 106 que la sociedad pueda otorgar préstamos o prestar garantías, con la garantía de sus propias acciones ni para la adquisición de éstas bajo responsabilidad del directorio. Como puede verse, la norma reconoce dos supuestos distintos: a) la prohibición de otorgar préstamos o garantías para la adquisición de sus propias acciones; y b) la prohibición de otorgar préstamos cuyo cumplimiento esté respaldado con acciones de propia emisión. La regulación penal ha elevado a la categoría de delito de administración fraudulenta el segundo de estos supuestos, por lo que, en lo que sigue, nos limitaremos a analizar las particularidades de este segundo supuesto.

El artículo 106 de la LGS señala que en ningún caso la sociedad puede otorgar préstamos con la garantía de sus propias acciones. La razón de esta prohibición societaria es impedir que se afecte la integridad del capital, si es que no se cumple posteriormente con la devolución del préstamo, ya que la sociedad tendría una garantía sin valor independiente de sí misma que no aseguraría la recuperación del crédito[105]. Estas objeciones resultan, sin embargo, relativas, en la medida que la acciones siguen siendo valores negociables con contenido patrimonial que la sociedad podría perfectamente ejecutar para hacerse pago con el producto de esa ejecución. En esta línea, la doctrina societaria reconoce que la prohibición de no otorgar préstamos con las acciones propias como garantía de crédito no debe entenderse en términos absolutos, sino relativos, de manera que tal operación debería ser legal mientras se cumpla con los requisitos y límites de la autocartera[106]. Si la autocartera derivada no está prohibida de manera absoluta, no podría hacerse lo contrario con una forma indirecta[107].

En atención a lo expuesto, podemos concluir que la sola aceptación de acciones o títulos de la propia persona jurídica como garantía de

---

[105] Vid., García Rada, *Sociedad anónima y delito*, p. 242.

[106] Vid., Chabaneix, en *Tratado*, Hundskopf Exebio (coord.), p. 523.

[107] Vid., así, en España, Paz-Ares/Velasco Caballero, *Infracciones administrativas*, p. 20.

crédito no podrá configurar una responsabilidad penal por el delito de administración fraudulenta del artículo 198 inciso 4 del Código penal. Es necesario que esta operación ocasione un perjuicio patrimonial a terceras personas[108], lo cual se encontraría respaldado, por otra parte, por la exigencia típica de que se actúe en perjuicio de terceros vinculados a la persona jurídica. En este sentido, consideramos que la prohibición penal apunta solamente a los casos en los que determinados socios, en connivencia con los administradores de la sociedad, se alzan con los bienes sociales de manera encubierta[109], lo cual, por otra parte, tendría sentido vista la falta de castigo de este supuesto en los delitos contra la confianza y la buena fe de los negocios[110]. Así, por ejemplo, cabrá castigar los casos en los que se sobrevalora el valor de las acciones o títulos como respaldo de un préstamo otorgado por la sociedad, dejando a la sociedad en imposibilidad de poder recuperar ese capital posteriormente con la venta de sus acciones o títulos. Los casos, también merecedores de pena, en los que la autocartera encubierta busca mantener artificialmente la cotización en bolsa de las acciones[111], se castigarán con base en la modalidad específica del agiotaje societario.

g. Asunción indebida de préstamos para la persona jurídica (art. 198 inc. 7)

Otra conducta tipificada como modalidad de administración fraudulenta es asumir préstamos para las personas jurídicas. Lo primero que llama la atención de la descripción típica de esta conducta es la vaguedad del lenguaje utilizado por el tipo penal[112]. En la medida que no se precisa suficientemente los elementos constitutivos

---

(108) Similarmente, SALINAS SICCHA, *Actualidad Jurídica*, 155, octubre 2006, p. 102.

(109) Se trata de los casos en los que se afecta la constitución financiera de la sociedad. Sobre esto, GARCÍA-CRUCES GONZALES, *Thémis* 39, p. 324 y s.

(110) Vid., sobre el delito de alzamiento de bienes en el sistema penal español, MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, passim.

(111) Vid., este supuesto en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario*, p. 29.

(112) Igualmente VILLA STEIN, *Derecho penal*, PE, II-A, p. 168.

de esta figura delictiva, podrá reprochársele al legislador penal no haber observado el llamado mandato de certeza o determinación. Ante esta situación, los estudios doctrinales entran en un dilema: o se deja sin precisar el contenido de esta modalidad de administración fraudulenta, perdiendo así el dispositivo penal vigencia efectiva; o se emprende la labor de determinación del contenido de esta modalidad de administración fraudulenta con el peligro latente de la inconstitucionalidad de su aplicación. En nuestra opinión, la actitud que debe tomarse no puede ser la renuncia a desarrollar el contenido de esta figura delictiva, aunque debe advertirse la necesidad de que una reforma legal aclare el contenido del tipo penal para eliminar de raíz posibles cuestionamientos al amplio margen de determinación de los elementos constitutivos de esta conducta delictiva.

La doctrina nacional ha considerado como actos de administración fraudulenta englobados en el artículo 198 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[113]. No cabe duda que los actos de endeudamiento por parte del administrador son actos de administración normales en la vida 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[114]. Si el directivo o administrador no respeta estos límites o requisitos habrá defraudado la confianza de la persona jurídica, al verse obligada más allá de lo que estaba dispuesta según sus estatutos u órganos de decisión. Esta modalidad de administración fraudulenta en la persona jurídica estará configurada como un delito de infracción de un deber, en la medida que se basa en la infracción de la confianza

(113) Vid., Peña Cabrera, *Tratado*, PE, II-A, p. 400.

(114) Vid., así, sobre la relevancia de los límites internamente establecidos, Castro Moreno, *El delito societario*, p. 286 y s.

especial que la persona jurídica deposita en el administrador de su patrimonio.

Un aspecto típico que resulta necesario destacar es que la modalidad de asunción indebida de préstamos para la persona jurídica no se configura sólo con que el directivo o administrador celebre préstamos en infracción de los límites y requisitos impuestos por la persona jurídica. Para que la conducta tenga relevancia penal es necesario que con ella se afecte el patrimonio de la persona jurídica[115]. En este sentido, la asunción del préstamo para la persona jurídica, además de ir contra las reglas internas de la sociedad, debe originar un perjuicio para ésta, sea en la forma de lesión efectiva o de peligro concreto de lesión[116]. Hay que recordar que, en la medida que se trata de un delito de infracción de un deber, la realización del tipo penal no requerirá del dominio del hecho por parte del directivo o administrador, sino la posibilidad de evitar la realización de préstamos que generen un perjuicio para la persona jurídica. Si el resultado típico de perjuicio no tiene lugar, la conducta del directivo o administrador constituirá una infracción societaria que podrá solventarse por la vía de la remoción del cargo.

h. Uso en provecho propio, o de otro, del patrimonio de la persona jurídica (art. 198 inc. 8)

Otro supuesto de administración fraudulenta es el uso en provecho propio o de tercero del patrimonio de la persona jurídica. La justificación político-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

[115] Igualmente, SALINAS SICCHA, *Actualidad Jurídica*, T. 155, octubre 2006, p.

[116] En el mismo sentido, SALINAS SICCHA, *Curso*, III, p. 312.

persona jurídica[117], bastando simplemente con que se use, en provecho propio o de un tercero, este patrimonio con fines distintos a los previstos en los fines sociales[118].

La delimitación esbozada de los tipos penales, sin embargo, no se encuentra libre de supuestos problemáticos. El concepto de patrimonio puede interpretarse en un sentido amplio, de manera que podrían incluirse no sólo las cosas, sino también el dinero de la persona jurídica[119]. La cuestión que se presenta aquí es si el uso indebido del dinero de la persona jurídica implica siempre una apropiación indebida[120], de manera tal que resulta prácticamente imposible trazar en estos casos un límite entre el delito de administración fraudulenta y el delito de apropiación indebida. En nuestra opinión, sí caben supuestos de uso de dinero que no implican una apropiación[121] y que constituyen el ámbito de prohibición del artículo 198 inciso 7 del Código penal. Por ejemplo: el administrador de una coo-

---

(117) Vid., así, Bacigalupo Zapater, *LH-Tiedemann*, p. 389. Por el contrario, Salinas Siccha, *Actualidad Jurídica*, T. 155, octubre 2006, p. 104, considera que la apropiación ilícita se encuntra también dentro del ámbito de esta modalidad del delito de administración fraudulenta de persona jurídica.

(118) Vid., en este sentido, el concepto de empleo abusivo de los bienes sociales en el Derecho penal francés, Verdier, en *Derecho penal especial*, Hamel (dir.), p. 249.

(119) Vid., así, Reyna Alfaro, *LH-Bacigalupo*, p. 1016. Más discutible es la inclusión en el patrimonio del crédito social [Vid., así, Verdier, en *Derecho penal especial*, Hamel (dir.), p. 270 y s.; García Rada, *Sociedad anónima y delito*, p. 242].

(120) Si aceptamos la posibilidad de una apropiación del dinero en estos casos, es porque no compartimos el parecer jurisprudencial del Tribunal Supremo español y parte de la doctrina [Bacigalupo Zapater, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 205 y ss.; Sánchez-Vera, *LH-Bacigalupo* (España), p. 1207 y ss.], que sostiene que no cabe una apropiación del dinero recibido en administración, pues el dinero, al igual que cualquier bien fungible, se recibe siempre en propiedad. En nuestra opinión, esta afirmación sólo cabe hacerla respecto del préstamo de dinero. La apropiación en caso de administración de una suma de dinero tiene lugar cuando el dinero incorporado al ámbito de dominio del administrador permanece en este ámbito como propio o se dispone, como propio, a favor de terceros.

(121) En el mismo sentido, Rodríguez Montañés, *RDPC* 9 (2002), p. 264.

perativa que presta dinero de la cooperativa en condiciones desfavorables para ésta a cambio de un beneficio económico indebido[122], habrá cometido el delito sin apropiarse del dinero de la persona jurídica. En sentido estricto, no hay una apropiación del dinero, pues el dinero se tiene en todo momento como del banco o de la cooperativa[123]. De lo que no cabe la menor duda es que existe un uso indebido del dinero en provecho propio. Por el contrario, si el administrador de la cooperativa utiliza el dinero para pagar deudas personales de juego o dispone del dinero para favorecer a un amigo, tendrá lugar una apropiación del dinero que configurará un delito de apropiación indebida.

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 dicho uso se hará para la consecución de los fines sociales y no para los personales. En este sentido, la configuración del delito no requiere que el administrador sea efectivamente quien use indebidamente el patrimonio de la persona jurídica, sino que ese uso indebido podrá tener lugar también cuando el administrador se limita a no hacer nada para evitar que terceras personas se aprovechen indebidamente del patrimonio de la persona jurídica. Se trata, por tanto, de la infracción de un deber positivo de usar el patrimonio de la persona jurídica para el desarrollo de las actividades propias de la persona jurídica sin condicionar dicho uso al beneficio propio o de un tercero.

Hay que precisar que la sola infracción del deber positivo de usar el patrimonio sólo para los fines sociales no configura plenamente el tipo penal. La conducta delictiva precisa, como todas las modalidades de administración fraudulenta de persona jurídica, que se cause además un perjuicio patrimonial a la persona jurídica. Se

---

[122] Vid. así la sentencia del Exp. 1004-98 Lima (en *Jurisprudencia penal*, III, Lima, 1999, p. 344).

[123] Vid., igualmente, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGUESSE, *Derecho penal económico*, p. 607 y s.

requiere, como resultado típico, que se perjudique a la persona jurídica mediante una lesión efectiva o la generación de un peligro concreto de perjuicio patrimonial[124]. En este sentido, no todos los supuestos de uso indebido del patrimonio de la persona jurídica adquieren relevancia penal. Para que la conducta de administración fraudulenta sea penalmente relevante es necesario que produzca un daño o un peligro concreto de daño de cierta entidad sobre la persona jurídica. Los casos en los que no se produce este perjuicio podrían dar lugar a una remoción del cargo y a una indemnización, pero suficiente desvalor como para una intervención jurídico penal, no existirá[125].

i. Infracción del deber de información de los auditores (art. 198 inc. 9)

La ley 28755 ha incorporado en el delito de administración fraudulenta de persona jurídica, como nueva modalidad, la emisión de informes o dictámenes que omitan revelar, o revelen en forma distorsionada, situaciones de falta de solvencia o insuficiencia patrimonial de la persona jurídica, o que no revelen actos u omisiones que violen alguna disposición que la persona jurídica está obligada a cumplir y que esté relacionada con alguna de las otras modalidades de administración fraudulenta previstas en el artículo 198 del CP. Si bien en la redacción legal no se precisa qué órgano de la persona jurídica resulta competente por la infracción de este deber de información, resulta evidente que desde la lógica de la reforma penal la prohibición apunta a los informes y dictámenes de los auditores[126]. Las falsas informaciones del resto de órganos de administración o control de la persona jurídica podrían subsumirse sin ningún inconveniente en la modalidad de falsas informaciones sociales. Por

---

(124) VERDIER, en *Derecho penal especial*, Hamel (dir.), p. 255, sostiene que "el simple uso de los bienes sociales, aun con la intención de devolverlos, constituye abuso de confianza, en razón de los riesgos que se hace correr a la sociedad".

(125) En el mismo sentido, respecto de la regulación española del delito de administración fraudulenta, NUÑEZ CASTAÑO, en *Temas*, Collantes González (coord.), p. 396.

(126) Igualmente, SALINAS SICCHA, *Actualidad Jurídica*, T. 155, octubre 2006, p. 104.

todo ello, hay que entender que la modalidad de infracción del deber de información prevista en el inciso 9 del artículo 198 del CP se limita a los auditores internos o externos de la persona jurídica.

Sobre la necesidad de criminalizar la actuación irregular de los auditores, no parece haber ninguna duda[127]. La preponderancia de las personas jurídicas en el tráfico económico actual determina la existencia de un interés común por conocer su verdadera situación económica o patrimonial, siendo necesario establecer mecanismos de control que permitan garantizar la transparencia y fidelidad de la información social referida a los aspectos financieros y económicos[128]. Dentro de estos mecanismos destaca especialmente la auditoría, en virtud de la cual se hace un examen independiente de la información económica y contable que posee la persona jurídica. El examen de los auditores concluye con la emisión, por un lado, de un dictamen en donde se determina si la situación económica reflejada por la información contable resulta correcta o no, y, por el otro, de informes sobre el sistema de control interno y las observaciones sobre hechos que supongan algún riesgo para la situación financiera de la persona jurídica. La confiabilidad de la labor de auditoría resulta determinante para las decisiones que puedan tomar la propia administración de la persona jurídica, los diversos agentes económicos y los órganos de control de sectores económicos regulados.

La conducta típica prevista en el inciso 9 del artículo 198 del CP se enmarca en la emisión de los informes y dictámenes derivados de la labor de auditoría. Si el auditor externo es una persona jurídica, habrá que individualizar los miembros que resultan competentes por la emisión de los informes o dictámenes de la empresa auditora a efectos de imputar responsabilidad penal[129]. Debe quedar claro que no se castiga cualquier irregularidad cometida en el desarrollo de esta labor de control, sino solamente la infracción del deber de

---

(127) En el mismo sentido, NIETO MARTÍN, *LH-Barbero Santos*, II, p. 408; CHOCLÁN MONTALVO, *Responsabilidad de auditores*, p. 138.

(128) Vid., CHOCLÁN MONTALVO, *Responsabilidad de auditores*, p. 85.

(129) Vid., RANSIEK, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), VIII 1, n.m. 95.

información que se exige a los auditores en la emisión de sus informes y dictámenes. Este deber de información abarca no sólo el suministro de la información debida, sino también la veracidad y exactitud de la información proporcionada[130]. Es importante señalar que la omisión o la distorsión presentada en los informes o dictámenes de los auditores dependen de lo constatado en el examen de control, por lo cual no se les podrá imputar responsabilidad penal por la omisión de informar sobre datos que no se conocieron durante su labor de control[131]. Lo protegido no es la exactitud de la auditoría, sino la exactitud del informe sobre la auditoría[132].

La infracción del deber de información por omisión de revelación de datos en los informes o dictámenes se presenta respecto de dos tipos de información. Por un lado, se encuentra la falta de información sobre *situaciones de falta de solvencia o insuficiencia patrimonial de la persona jurídica*. Se trata de información referida a la situación económica o financiera de la persona jurídica que resulta importante no sólo para la administración de la propia persona jurídica (el inicio de un procedimiento concursal, por ejemplo), sino también para las decisiones de terceros (inversionistas, por ejemplo). Por otro lado, la omisión de información puede estar referida a *actos u omisiones que violen alguna disposición que la persona jurídica está obligada a cumplir y que esté relacionada con alguna de las otras modalidades de administración fraudulenta previstas en el artículo 198 del CP*. En estos casos, se omite informar sobre infracciones de la persona jurídica relacionadas con una conducta de administración fraudulenta. Es evidente que la obligación de cumplimiento de la persona jurídica no debe entenderse en un sentido jurídico-penal, sino más bien jurídico-privado, pues, como es sabido, en nuestro sistema penal no se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Conforme al propio tenor del inciso 9 del artículo 198 del CP, el deber de información puede infringirse también mediante el sumi-

---

(130) Vid., así, HELLMAN/BECKEMPER, *Wirtschaftsstrafrecht*, n.m. 384.

(131) Vid., en este sentido, HELLMAN/BECKEMPER, *Wirtschaftsstrafrecht*, n.m. 390.

(132) Vid., RANSIEK, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), VIII 1, n.m. 96.

nistro de información distorsionada sobre situaciones de falta de solvencia o insuficiencia patrimonial de la persona jurídica. Si bien el auditor cumple aquí con su deber de proporcionar la información requerida, la falta de veracidad o exactitud sobre esta información constituye también una forma de ocultar la difícil situación económica de la persona jurídica. Es evidente que el tipo penal requiere en estos casos que el auditor conozca el carácter distorsionado de la información suministrada (dolo), pues si se trata de una defectuosa realización de su labor de control, sólo podrá sostenerse una infracción culposa que resulta penalmente irrelevante.

Para la configuración del tipo penal no resulta necesario un error en los receptores del informe ni un daño patrimonial efectivo, bastando simplemente con el peligro concreto de perjuicio patrimonial[133]. Como todas las modalidades de administración fraudulenta previstas en el artículo 198 del CP, resulta necesario que se haya actuado en perjuicio de la persona jurídica o de terceros interesados[134], lo que significa, tal como ya tuvimos oportunidad de precisar, que se haya generado una situación de peligro de lesión patrimonial para estas personas. Si los informes o dictámenes están dirigidos a la persona jurídica, el delito se configurará como un delito de infracción de un deber, mientras que respecto de los terceros interesados el delito estará constituido como un delito de dominio. En este último caso, el peligro concreto debe poder reconducirse normativamente al dominio de los auditores que emitieron el informe o dictamen.

C. Tipo subjetivo

El delito de administración fraudulenta de persona jurídica solamente puede ser cometido a título de dolo, lo que significa que el autor debe conocer el sentido de su actuación fraudulenta en perjuicio de la propia persona jurídica o de terceros interesados. El carácter eventual del dolo no impide la realización del delito. Si la admi-

(133) Vid., igualmente, HELLMAN/BECKEMPER, *Wirtschaftsstrafrecht*, n.m. 384.

(134) Por su parte, CHOCLÁN MONTALVO, *Responsabilidad de auditores*, p. 136, resalta que el informe del auditor pueda tener efectos sobre terceros.

nistración indebida se comete a título de culpa, podrá tomarse en algunos casos medidas societarias contra los directivos o administradores e incluso hacerlos civilmente responsables por los daños ocasionados, pero no podrá imponérseles una sanción penal. El sistema de *numerus clausus* asumido por nuestro Código penal impide la imposición de sanciones penales en los tipos penales que no contemplan expresamente la figura culposa, como es el caso del delito de administración fraudulenta del artículo 198 del Código penal[135]. En el Código penal de 1924, por el contrario, sí se contempló el castigo de la figura culposa para el delito de falsos informes societarios.

Situaciones de error penalmente relevantes pueden darse en las diversas modalidades específicas de la administración fraudulenta de persona jurídica. Por ejemplo, la situación de error sobre la incompatibilidad de los intereses personales y los sociales, la asunción de préstamos para la persona jurídica desconociendo los límites internamente establecidos o el error sobre el criterio de valuación adecuado para reflejar fielmente la situación patrimonial de la persona jurídica. Evidentemente, hay que recordar que el error no es la verificación de un estado psicológico de desconocimiento, sino una categoría normativa que se determina a partir de la individualización del conocimiento imputado al autor[136]. En este sentido, no puede tener validez dogmática la simple alusión a un error psicológico, si normativamente no resulta de recibo.

La imputación penal en el delito de administración fraudulenta de persona jurídica presenta cierta dificultad cuando la conducta típica es realizada por un miembro de la empresa no cualificado que actúa en el marco de funciones delegadas por un directivo que sí reúne la calidad especial exigida por el tipo penal. En estos casos, solamente cabría reprocharle al directivo el incumplimiento de deberes de control sobre el trabajo de su subordinado. Como se trataría de una infracción de un deber de cuidado, no resultaría posible sustentar una responsabilidad penal por administración fraudulen-

---

(135) Vid., igualmente en el Derecho penal español, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, p. 89.

(136) Vid., con mayor detalle, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, p. 483 y ss.

ta de persona jurídica, pues este delito precisa la existencia de dolo en el autor[137]. No obstante, la situación cambia si existe un manejo consciente de la información recibida para impedir el conocimiento del hecho (culpa o imprudencia dirigida[138]), pues en estos casos podrá afirmarse el dolo del directivo y, por tanto, la configuración del delito de administración fraudulenta de persona jurídica. El dolo no es una realidad psicológica que se constata, sino un elemento del delito que se imputa.

El tipo penal no requiere de un elemento especial adicionalmente al elemento subjetivo general del dolo[139]. Por tanto, la opinión contraria sostenida en la jurisprudencia nacional (exp. 6316-97 de 01/12/1997 de la Corte Superior de Lima) que exige un ánimo del autor de lucrar en beneficio propio o en el de un tercero[140], resulta inconsistente desde el punto de vista del tenor literal del tipo penal vigente. En consecuencia, el dolo puede asumir cualquiera de sus formas, es decir, puede presentarse como dolo directo de primer o segundo grado e incluso como dolo eventual[141].

D. Autoría y participación

Cuando el delito de administración fraudulenta de persona jurídica se configura como un delito de dominio, autores serán aquellos administradores y directivos que tienen la competencia primaria por el dominio del hecho, es decir, aquellos a los que les corresponde la facultad de administración o control, cuyo abuso ha dado lugar al delito de administración fraudulenta. Aquéllos cuyo dominio

---

(137) Así, respecto del delito de falso balance en la legislación penal argentina, BORINSKY, *Derecho penal económico*, p. 284.

(138) Sobre la problemática de la imprudencia dirigida, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, I, p. 726, nota 293.

(139) Vid., así, correctamente, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 330; REYNA ALFARO, *LH-Bacigalupo*, p. 1016.

(140) Vid., DE LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, *Jurisprudencia*, p. 297 y s.

(141) Vid., igualmente en el Derecho penal italiano, ANTOLISEI, *Manuale*, I, p. 148 y ss. Críticamente, MAZZACUVA, en *Trattato*, Di Amato (dir.), Vol. II, p. 90 y s.

del hecho se encuentra en un nivel secundario, solamente podrán responder a título de partícipes. En esta determinación de la competencia por el dominio, se presentan problemáticos los casos en los que el delito proviene de una decisión colegiada tomada por el directorio, el consejo de administración o el consejo de vigilancia. Si bien el tipo penal incrimina a los miembros de estos órganos colegiados si se realiza alguna de las conductas de administración fraudulenta tipificadas, la responsabilidad penal de los miembros del órgano colegiado debe ser determinada individualmente en virtud del principio de culpabilidad[142].

Sobre la responsabilidad penal de los miembros del órgano colegiado que votaron a favor de la decisión antijurídica, no cabe la menor duda, salvo casos de error penalmente relevante. La discusión se presenta respecto de la responsabilidad penal de las personas que participaron en la votación, pero no votaron a favor de la decisión antijurídica. Fundar la responsabilidad penal solamente en su participación en la votación, sería un grave error, pues la participación en una decisión de órgano colegiado constituye una conducta arreglada a Derecho[143]. Por esta razón, hay que entrar en el sentido de su votación para poder afirmar una responsabilidad penal. Si el miembro del órgano colegiado votó en contra, habrá salvado su responsabilidad penal, mientras que el que solamente se abstuvo, podrá responder por haber omitido evitar que se tomara una decisión antijurídica. No obstante, debemos tener en cuenta que esta omisión no resulta siempre equiparable a la conducta comisiva de los otros miembros. Sólo en los casos de delitos de infracción de un deber, la sola omisión de cumplir con el deber da lugar a una responsabilidad penal a título de autor, mientras que en los delitos de dominio el miembro del colegiado que simplemente se abstiene sólo podrá responder a título de partícipe en comisión por omisión.

La determinación de la responsabilidad penal por decisiones colegiadas debe atender además a la cuestión de si el tipo penal asu-

---

(142) Vid., así, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, p. 65.

(143) Igualmente, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, p. 67.

: una estructura de imputación horizontal o una vertical[144]. En el ano horizontal la conducta típica se configura con la sola produc- ón del acuerdo colegiado, mientras que en el plano vertical el tipo nal requiere la ejecución de lo acordado[145]. Una lectura de los puestos de administración fraudulenta recogidos en los diversos cisos del artículo 198 del CP parecería abogar por la conclusión de ıe el tipo penal puede configurarse tanto horizontal como vertical- ente. Sin embargo, debemos tener presente que este tipo penal quiere, como ya se señaló, que se actúe en perjuicio de la persona rídica o de terceros, lo que implicaría necesariamente la genera- ón de cuando menos un peligro concreto, es decir, la ejecución del uerdo. En este sentido, la imputación penal en el delito de admi- istración fraudulenta cometido a partir de una decisión colegiada ndrá siempre una estructura vertical.

En una estructura de imputación vertical, no presentará mayo- s problemas atribuir la responsabilidad penal como autor a los iembros del órgano colegiado que tomaron la decisión antijurídi- a y la ejecutaron luego. Los problemas de imputación penal a título e autor se presentan, más bien, cuando los órganos de administra- ión solamente toman la decisión, pero no la ejecutan. Una imputa- ión a título de autor mediato resulta indiscutible cuando los que jecutan la decisión lo hacen en calidad de instrumentos. La polémi- a surge cuando el ejecutor es también un sujeto responsable que ealiza con pleno convencimiento y sin ninguna justificación la con- lucta ilícita. En estos casos, el parecer dominante se inclina a negar a responsabilidad penal a título de autores de aquéllos que toman l acuerdo, en la medida en que no media ningún acto de ejecución. ólo sería posible una sanción penal a título de instigador. Por nues- ra parte, y en la medida que entendemos que los miembros del ór- ano colegiado asumen, en estos casos, una competencia primaria obre el dominio del hecho, opinamos que cabe perfectamente atri-

---

144) Vid., así, KNAUER, *Die Kollegialentscheidung*, p. 39 y ss.; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, I, p. 713 y s.

145) Vid., en este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 187 y s.

buirles responsabilidad penal a título de (co)autores, sin que el hecho de que no hayan tomado parte en la ejecución del acuerdo reduzca su competencia por el hecho. La autoría es un concepto también normativo que no depende de datos naturalísticos, como la ejecución directa del hecho. La responsabilidad penal de los ejecutores dependerá de si se mantuvieron en el cumplimiento de su rol o si también lo infringieron. Sólo en este segundo caso es posible sustentar su responsabilidad penal.

Como partícipes del hecho, sea en calidad de instigador, cooperador necesario o cómplice simple, responderán penalmente los socios y aquellas personas que cumplen labores de asesoramiento, como abogados o contadores de la empresa. Sin embargo, este castigo sólo será posible mientras exista un sujeto cualificado al que se le pueda imputar la realización del delito siquiera en comisión por omisión. La situación cambia completamente cuando no puede imputarse responsabilidad a un miembro formal de la administración de la empresa (por encontrarse, por ejemplo, en situación de error), pues en estos casos, y respetando el principio de accesoriedad de la participación, no podrá sancionarse a un partícipe sin un autor principal[146]. La redacción cerrada del tipo penal de administración fraudulenta respecto del círculo de destinatarios de la norma traerá como consecuencia que en determinadas situaciones se generen intolerables vacíos de punibilidad. La posibilidad de salvar este problema recurriendo a la norma del actuar en lugar de otro no será posible en nuestra legislación, pues el artículo 27 del Código penal no regula el supuesto de representación o encargo entre particulares[147]. Mejores posibilidades de éxito tendría una interpretación de la autoría y la participación que renuncie a la accesoriedad cualitativa de la participación.

---

(146) Vid., así, GÜBEL, *Die Auswirkungen*, p. 80; FUHRMANN, *Tröndle-FS*, p. 149; KRATZSCH, *ZGR* 1985, p. 507; SCHMIDT, K., *Rebmann-FS*, p. 435.

(147) Vid., en este sentido, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 147; PEÑA CABRERA, *Tratado*, PG, p. 288; MEINI MÉNDEZ, *Ius et Veritas* 13 (1996), p. 208 y ss. Sobre el actuar en lugar de otro entre particulares, Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, II, p. 173 y ss.

Cuando el delito de administración fraudulenta de persona jurídica se manifiesta dogmáticamente como un delito de infracción de un deber, las reglas de la autoría y participación se simplifican, en el sentido de que sólo cabe castigar como autor a quien infringe, con dominio o sin dominio, el deber positivo que le corresponde como obligado especial. Por lo tanto, las personas ajenas a la relación institucional específica que fundamenta el deber positivo especial (en este caso, la confianza especial) no podrán responder por este delito de administración fraudulenta, sin perjuicio de que su actuación pueda encuadrar en otro delito, configurado como delito de dominio. Esta conclusión se sustenta en el hecho de que los *extranei* al tipo no pueden realizar este tipo penal, salvo que su cumplimiento se le haya transferido por otra institución (p.e., la representación).

E. Concurso

Un aspecto polémico en la doctrina penal es la cuestión de si cabe en el delito de administración fraudulenta un delito continuado o no[148]. En primer lugar, cabría preguntarnos si el delito de administración fraudulenta de persona jurídica no presenta un caso de unidad de delito, es decir, un solo delito que se materializa en la realización iterativa de varias acciones (de administración). La técnica legislativa casuística asumida por la regulación de la administración fraudulenta en el artículo 198 del CP parecería negar esta posibilidad, quedando así la discusión reducida a la cuestión de si estamos ante un concurso (real) de delitos o ante un delito continuado. Esta discusión conceptual, que no tenía mucha importancia práctica con la regulación anterior del concurso de delitos, resulta actualmente de especial relevancia, pues la regla vigente de determinación de la pena en el concurso de delitos no coincide con la establecida en el delito continuado. En el plano conceptual, consideramos que no hay ninguna objeción para aceptar un delito continuado en la realización de diversas conductas de administración fraudulenta, siempre que, claro está, se den las condiciones objetivas (tipos penales) y subjetivas (dolo continuado) exigidos por el artículo 49 del CP.

---

(148) Vid., en el Derecho penal argentino, RAFECAS, *NDP*, 2002/b, p. 587 y ss.

El delito de administración fraudulenta de persona jurídica puede presentarse en concurso con otros delitos. Muy discutida es la cuestión de si existe un concurso de leyes entre la modalidad de falsos informes sociales cuando se hace por escrito y el delito de falsificación de documentos. En principio parecería ser que si las falsas informaciones sociales se hacen por escrito se trataría de documentos falsos que configurarían un delito de falsificación de documentos[149]. Esta afirmación, sin embargo, resulta controvertida, en la medida que para calificar un escrito como documento es necesario que sea un elemento de prueba de lo declarado[150]. Dado que las comunicaciones sociales no tienen este carácter probatorio, su falsedad no podrá configurar un delito de falsificación de documento (o uso de documento falso)[151], por lo que sólo cabrá un castigo con base en el artículo 198 del CP.

Un concurso de leyes sí puede tener lugar, en cambio, entre las falsas informaciones sociales y el delito de estafa o entre el reparto de utilidades inexistentes y el delito de apropiación indebida. En la medida que en la administración fraudulenta se protege el patrimonio ante la *puesta en peligro* producida por las falsas informaciones sociales o la adulteración de los balances, y en la estafa y la apropiación indebida se le protege ante la *lesión patrimonial*, este supuesto de concurso de leyes deberá solucionarse con base en el principio de consunción, aplicando el tipo penal de estafa o de apropiación indebida[152].

---

(149) Hablan de un concurso con falsificación de documentos VILLA STEIN, *Derecho penal*; PE, II-A, p. 169; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 332. En el Derecho penal español, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 214 y s.; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, p. 140.

(150) Vid., CHOCANO RODRÍGUEZ, *RPDJP* 1 (2000), p. 496; CHOCLÁN MONTALVO, *Responsabilidad de auditores*, p. 29.

(151) Cfr., así, BACIGALUPO ZAPATER, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 153 y s.; DEL ROSAL BLASCO, en *I Congreso Hispano-italiano*, Martínez-Buján Pérez (dir.), p. 105.

(152) De distinta opinión es la sentencia de la Corte Suprema (exp. 1052-97 del 31/08/1998), citada por REYNA ALFARO, *LH-Bacigalupo*, p. 995 y s, en donde se opta por aplicar el artículo 198 CP con base en el principio de especialidad.

ıalmente, cabe señalar que entre el delito de apropiación indebi- y la modalidad de administración fraudulenta constituida por el ɔ indebido del patrimonio de la persona jurídica, no existe una uación de concurso de leyes[153]. Como ya lo hemos referido, el lito de apropiación ilícita requiere que el autor se apropie de los ɜnes, valores o dinero que ha recibido lícitamente, mientras que el so de la administración fraudulenta solamente es necesario que el tor use el patrimonio de la empresa para fines personales. En este ntido, no hay un concurso de leyes entre estos delitos, sino que se ıta de dos tipos penales excluyentes.

De forma general, puede decirse que una situación de concurso ɜ delitos puede tener lugar entre el delito de administración frau- ılenta y los delitos patrimoniales como el hurto, la apropiación cita o la estafa siempre que el objeto de lesión resulte siendo dis- ıto. De la misma manera, se puede presentar un concurso de deli- ʃs en relación con otros delitos económicos como la defraudación ibutaria o los delitos concursales. En función de si los delitos se resentan en una situación de unidad de acción o en varias acciones ɜparables, se resolverá estos casos con las reglas del concurso ideal e delitos (artículo 48 del CP) o con las reglas de concurso real de elitos (artículo 50 del CP) respectivamente.

F. Penalidad

La pena prevista para el autor del delito de administración frau- ulenta del artículo 198 del CP es pena privativa de libertad no me- or de uno ni mayor de cuatro años. La pena de inhabilitación no se ontempla como principal, pero sí podría ser impuesta de manera ccesoria conforme al artículo 39 del CP, en la medida que se trate le un delito cometido en violación de un deber inherente a la profe- ión, el comercio o la industria[154]. Además de las penas, caben otras

---

153) De otro parecer en el Derecho penal español, RODRÍGUEZ RAMOS, en *La administración desleal*, p. 44.

154) Vid., así REYNA ALFARO, *LH-Bacigalupo*, p. 1018. Igualmente en el Derecho penal español, CASTRO MORENO, *El delito societario*, p. 462 y s.

consecuencias jurídicas del delito como sería el caso de la reparación civil por el daño producido, siempre que la persona jurídica o los terceros afectados se hayan constituido en parte civil dentro del proceso penal.

III. EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA DE PATRIMONIO DE PROPÓSITO ESPECIAL (ARTÍCULO 213A DEL CÓDIGO PENAL)

Como ya lo mencionamos, los supuestos de administración fraudulenta penalmente sancionados no se limitan a los realizados sobre el patrimonio de una persona jurídica. El artículo 213A del Código penal castiga los actos de administración fraudulenta cometidos sobre un patrimonio de propósito especial. Si bien este tipo penal se enmarca dentro de los atentados contra el sistema crediticio, una lectura superficial de su tenor literal pone en evidencia ya que el mismo no responde a la lógica de los delitos concursales[155]. La administración fraudulenta de un patrimonio de propósito especial se presenta en los casos en los que el administrador de un patrimonio de propósito exclusivo realiza actos de administración contrarios al fin para el que fue constituido dicho patrimonio. La existencia de un procedimiento concursal o de reprogramación de obligaciones no tiene relevancia alguna para la configuración de la conducta delictiva.

La razón por la que la administración fraudulenta de un patrimonio de propósito especial se incluyó dentro del capítulo referido a los atentados contra el sistema crediticio (en ese entonces los llamados delitos de quiebra), se debió a que su incorporación en el Código penal se produjo junto con otras conductas lesivas que sí se enmarcaban en los procedimientos de quiebra. En efecto, la Disposición Final Décimo Primera de la Ley de Mercado de Valores (Decreto Legislativo 861) incorporó en los delitos de quiebra una agravación de la pena cuando el delito se cometiera dentro de un proceso de titulización, es decir, cuando a un patrimonio se le asignaba el propósito especial de respaldar la emisión de valores. Sin embargo,

---

[155] Igualmente, CARO CORIA, *RPDJP* 3 (2002), p. 150.

las posteriores modificaciones a los delitos de quiebra operadas por las leyes 27146 y 27295 no recogieron la agravación de la pena antes mencionada, pero tampoco derogaron el artículo 213A del CP incorporado por la Disposición Final Décimo segunda de la Ley de Mercado de Valores[156]. En este sentido, de las modificaciones penales operadas por la Ley de Mercado de Valores sobre los entonces delitos de quiebra sólo pervive el artículo 213A del CP que regula el delito de administración fraudulenta de patrimonio de propósito especial, aunque, como ya se dijo, no tiene, en sentido estricto, relación alguna con los delitos concursales. En lo que sigue, vamos a ocuparnos de estudiar las particularidades de este delito. Sin embargo, antes de entrar en sus particularidades típicas, resulta indispensable que hagamos una breve explicación general de la regulación legal de los patrimonios de propósito exclusivo, en la medida que sólo así podremos tener una clara representación de los fines y alcances del tipo penal.

1. La regulación de los patrimonios de propósito exclusivo

La constitución de un patrimonio autónomo para cumplir una finalidad específica, no constituye una novedad en nuestro sistema jurídico. Muestra clara de esta afirmación es la figura del fideicomiso, de larga data en los sistemas jurídicos deudores de la tradición europea continental[157]. Esta institución del Derecho privado se ha comenzado a regular en nuestro país de manera sistemática sólo desde hace algunos años. Su incorporación expresa en la legislación se produjo como una especie de comisión de confianza en la anterior Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros (Decreto Legislativo 770)[158]. En la actual Ley General del Sistema Financiero y

---

(156) Vid., así, García Cantizano, *Gaceta Jurídica*, 68-B (1999), p. 57, quien considera esta situación como un olvido del legislador.

(157) Vid., el desarrollo de esta figura y su recepción en el Derecho peruano, De la Fuente Hontañón, *REDUP* 1 (2000), p. 59 y ss. Vid., también, Escobar Rozas, *Advocatus* 5 (2001), p. 210 y s.

(158) Vid., así, Corzo de la Colina, *Thémis* 35, p. 47; Castro Molina, *Ius et Veritas* 9, p. 179; Mansilla Vásquez, *Advocatus* 7 (2002), 220 y s., quien menciona

de Seguros, Ley 26702, se mantiene como un contrato bancario, definiéndosele como una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o de un tercero denominado fideicomisario[159].

El fideicomiso puede asumir diversas particularidades, por lo que se suele distinguir entre diversos tipos de fideicomiso. Por ejemplo, en el Reglamento del Fideicomiso, Res. SBS 1010-99 se distingue entre fideicomiso en garantía, fideicomiso testamentario y fideicomiso de titulización, aunque en este mismo dispositivo se reconoce que dicha enumeración no resulta cerrada. Una regulación jurídica especial ha recibido el llamado fideicomiso de titulización en la LMV. En esta ley se regula, de manera general, la afectación de un patrimonio a un propósito exclusivo en el marco de un proceso de titulización, en donde se constituye un patrimonio cuyo propósito exclusivo es respaldar el pago de los derechos conferidos a los titulares de valores emitidos con cargo a dicho patrimonio. Este proceso comprende, asimismo, la transferencia de los activos al referido patrimonio y la emisión de los respectivos valores.

La constitución de un patrimonio de propósito especial dentro de un proceso de titulización puede tener lugar mediante la figura del fideicomiso o también mediante la constitución de una sociedad de propósito especial[160]. En el primer caso, se dan los elementos

---

además el D. Ley 7158 de 1931, que autorizaba a los bancos a desempeñar comisiones de confianza, entre las que figuraba la ejecución de fideicomisos.

(159) En la Res. SBS 1010-99 se define el Fideicomiso como "una relación jurídica por la cual una persona, denominada fideicomitente, transfiere bienes a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin o fines específicos a favor de un tercero o del propio fideicomitente, a quienes se denomina fideicomisarios". Sobre las características de esta definición de fideicomiso, CORZO DE LA COLINA, *Thémis* 35, p. 48 y s.; MANSILLA VÁSQUEZ, *Advocatus* 7 (2002), p. 219 y s.

(160) Vid., BENAVIDES GONZÁLEZ, *Thémis* 40, p. 125; LAZO/DE ROMAÑA, *Thémis* 37, p. 102 y s.

:onstitutivos de un fideicomiso: una persona, llamada fideicomi-
:ente, se obliga a la transferencia fiduciaria de un conjunto de acti-
vos a favor del fiduciario (sociedad titulizadora) para la constitu-
ción de un patrimonio autónomo, denominado patrimonio fidei-
cometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto a la
finalidad específica de servir de respaldo a los derechos incorpo-
rados en valores, cuya suscripción o adquisición concede a su titu-
lar la calidad de fideicomisario. La otra forma de viabilizar el pro-
ceso de titulización es a través de la constitución de una sociedad
de propósito especial, es decir, de una sociedad anónima cuyo pa-
trimonio se encuentra conformado esencialmente por activos cre-
diticios y cuyo objeto social limita su actividad a la adquisición de
tales activos y a la emisión y pago de valores mobiliarios respalda-
dos por su patrimonio[161]. Si bien ambas formas de afectar un pa-
trimonio a un fin exclusivo tienen elementos constitutivos muy
distintos, consiguen el mismo efecto de crear un patrimonio de
propósito especial.

2. El tipo penal

El delito de administración fraudulenta de patrimonio de propósito especial del artículo 213A del CP se enmarca dentro del contexto normativo anteriormente esbozado. Se trata de castigar penalmente a las personas que ejerzan indebidamente las facultades de administración sobre un patrimonio de propósito especial. En estos casos, el administrador del patrimonio lesiona gravemente la confianza especial depositada por los que constituyen el propósito especial, lo que justifica que se recurra al Derecho penal para sancionar estos actos graves de deslealtad patrimonial. El hecho de que el tipo penal se construya a partir de la confianza especial depositada sobre el administrador del patrimonio, incidirá, como veremos seguidamente, en los criterios de determinación de la responsabilidad penal.

---

(161) Vid., BENAVIDES GONZÁLEZ, *Thémis* 40, p. 130.

A. Sujetos activo y pasivo del delito

El tipo penal de administración fraudulenta de patrimonio de propósito especial está configurado como un delito especial[162]. Autor del delito, por tanto, sólo podrá ser aquella persona que tiene la calidad especial exigida por el tipo penal. La descripción típica se pone en dos supuestos. En primer lugar está el supuesto de un fideicomiso, en donde el tipo penal menciona como posibles autores al factor fiduciario o quien ejerza el dominio fiduciario sobre el patrimonio fideicometido. El que ejerce el dominio fiduciario en un fideicomiso es, en principio, el fiduciario[163]. Este dominio le confiere plenas potestades, incluidas las de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, las mismas que son ejercidas con arreglo a la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso, y con observancia de las limitaciones que se hubieren establecido en el acto constitutivo[164]. En nuestra regulación positiva hay que tener en cuenta, sin embrago, que el cargo de fiduciario se limita a determinadas personas jurídicas (empresas financieras, sobre todo[165]), lo que llevaría a la imposibilidad de hacerlas penalmente responsable por el principio del *societas delinquere non potest*. Esta situación explica por qué el tipo penal se refiere al factor fiduciario, quien es la persona natural designada por el fiduciario para la administración del patrimonio fideicometido. No obstante, el tipo penal hace referencia también a quien ejerza el dominio fiduciario, por lo que

---

(162) Igualmente la defraudación fiduciaria en el Derecho penal argentino, MAIULINI, *Revista de Derecho*, 2000-2, p. 213.

(163) Debe precisarse que el fiduciario tiene un dominio fiduciario y no la propiedad de los bienes y derechos que constituyen el patrimonio fideicometido [Vid., asl respecto, MANSILLA VÁSQUEZ, *Advocatus* 7 (2002), p. 220]. En este sentido, se trata de una administración de patrimonio ajeno.

(164) Vid., CORZO DE LA COLINA, *Thémis* 35, p. 54; MAIULINI, *Revista de Derecho*, 2000-2, p. 208.

(165) Vid., con mayor detalle, CORZO DE LA COLINA, *Thémis* 35, p. 48; MANSILLA VÁSQUEZ, *Advocatus* 7 (2002), p. 221; BENAVIDES GONZÁLEZ, *Thémis* 40, p. 132; LAZO/DE ROMAÑA, *Thémis* 37, p. 102.

abrá plantearse la cuestión de si puede incluirse aquí a los que fácticamente asumen las facultades de administración sobre el patrimonio fideicometido. El tenor literal parecería abogar por una respuesta positiva a este interrogante. Sin embargo, el hecho de que el tipo penal esté estructurado sobre la institución de la confianza especial[166] limita la responsabilidad por este delito sólo a aquéllos que legalmente asumen la administración del patrimonio fideicometido, lo que reduce el círculo de autores del tipo penal necesariamente al factor fiduciario. La delegación de ciertas labores en personal *ad hoc* no elimina del carácter *intuito personae* del fideicomiso[167] y, por lo tanto, no podrá dar lugar a una delegación penalmente relevante.

Como segundo supuesto, el tipo penal contempla la posibilidad de que el autor del delito sea el director, gerente o quien ejerza la administración de una sociedad de propósito especial. La inclusión del director y del gerente de una sociedad de propósito especial como autores del delito resulta completamente justificada, en la medida que esta sociedad, según la normativa correspondiente, debe asumir la forma de una sociedad anónima. Sin embargo, el tipo penal amplía el círculo de autores a quien ejerza funciones de administración de la sociedad. Al igual que el supuesto del fideicomiso, cabe plantearse aquí también si con esta especificación del tipo penal se está ampliando el círculo de autores a cualquier persona que asuma fácticamente funciones de administración en la sociedad de propósito especial. La respuesta a este interrogante debe ir en la misma línea que el supuesto del fideicomiso, es decir, por entender que autor del delito solamente podrá ser aquel que legalmente desempeña labores de administración. En este sentido, cuando el tipo penal hace referencia a "quien ejerza la administración de una sociedad de propósito especial", no debe entenderse que incluye a cualquier administrador de hecho, sino solamente a otros administradores legales de la sociedad, como sería el caso, p.e., del liquidador.

---

(166) Vid., el carácter constitutivo de la confianza en el fideicomiso, MANSILLA VÁSQUEZ, *Advocatus* 7 (2002), p. 224.

(167) Vid., sobre esta característica del contrato de fideicomiso, MANSILLA VÁSQUEZ, *Advocatus* 7 (2002), p. 229.

Respecto al sujeto pasivo, hay que señalar que en el delito de administración fraudulenta de un patrimonio de propósito especial intervienen distintas personas (los contratantes en el contrato de fideicomiso, los titulares de la sociedad de propósito exclusivo, los beneficiarios, etc.). Para responder a la cuestión de quiénes son los sujetos pasivos del delito, hay que tener presente que, como se desarrollará más adelante, el delito de administración fraudulenta de patrimonio de propósito especial es un delito de infracción de un deber constituido a partir de la confianza especial de los que afectaron el patrimonio a una finalidad especial. En este sentido, la defraudación de esta confianza especial no se presenta, en principio, respecto de los beneficiarios, si es que no fueron ellos los que constituyeron el patrimonio de propósito especial[168]. Esta afirmación no excluye, sin embargo, que puedan constituirse en parte civil por el daño producido y solicitar la indemnización civil correspondiente. La figura del sujeto pasivo del delito y la parte civil no tienen que coincidir necesariamente.

B. Conducta típica

La conducta típica del delito de administración fraudulenta de patrimonio de propósito especial se configura tanto en el caso de un fideicomiso como de una sociedad de propósito especial, cuando el sujeto activo cualificado efectúa actos de enajenación, gravamen, adquisición u otros en contravención del fin para el que fue constituido el patrimonio de propósito exclusivo. Como puede verse, el tipo penal hace una mención ejemplificativa de diversos actos de disposición sobre el patrimonio administrado que contravienen la finalidad especial por la que se constituyó el patrimonio. En este sentido, cabe precisar que el tipo penal no criminaliza cualquier acto de contravención del fin especial por el que se constituyó el patrimonio, sino solamente aquellos actos que impliquen una disposición sobre el patrimonio. Por disposición debe entenderse la acción de transferir, gravar o modificar de cualquier manera derechos pa-

---

[168] De opinión distinta, MAIULINI, *Revista de Derecho*, 2000-2, p. 216.

imoniales de otro[169]. Por lo tanto, el solo hecho de no pagar al deicomisario las cantidades debidas según el contrato de fideicomiso no genera una responsabilidad penal, en la medida que no se haya dispuesto aún del patrimonio fideicometido.

Para poder comprender la real dimensión del tipo penal resulta necesario precisar si estamos ante un delito de dominio o de infracción de un deber. En el primer caso, se castigaría solamente la organización defectuosa del patrimonio de propósito exclusivo que afecta terceras personas. Sin embargo, parece evidente que el tipo penal no se construye sobre el concepto del dominio, sino sobre la institución de la confianza especial que se deposita sobre los administradores de un patrimonio de propósito exclusivo. En este sentido, el tipo penal de administración fraudulenta de patrimonio de propósito exclusivo sanciona la infracción del deber positivo de administrar el patrimonio según el fin específico por el que se constituyó. No obstante, hay que precisar que el tipo penal no castiga penalmente cualquier infracción a este deber especial, sino solamente aquellos casos en los que la infracción del deber se configura con la realización de un acto de disposición sobre el patrimonio administrado. Por ello, resulta incorrecto entender que este tipo penal constituiría un supuesto específico de la apropiación indebida, pues el tipo penal no precisa, en sentido estricto, una apropiación, en provecho propio o de tercero, del patrimonio administrado. El tipo penal podrá tener lugar con actos de disposición sobre el patrimonio que no signifiquen necesariamente una apropiación, como es el caso del gravamen.

En este punto, cabe destacar que la configuración del tipo penal no requiere la existencia de un daño patrimonial efectivo contra los beneficiarios de la administración del patrimonio. En este sentido, no estamos ante un delito de resultado, sino de mera actividad. Si el acto de disposición trae consigo un perjuicio efectivo o no a los beneficiarios del patrimonio de propósito exclusivo, resulta irrelevante desde el punto de vista del tipo penal analizado. La ausencia de

(169) Vid., un estudio detallado sobre el sentido de "disponer" en el delito de administración fraudulenta, CASTRO MORENO, *El delito societario*, p. 292 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario*, p. 45 y ss.

un resultado típico significa, por otra parte, que este delito no podrá realizarse en grado de tentativa punible.

C. Tipo subjetivo

El delito de administración fraudulenta de patrimonio de propósito exclusivo solamente puede ser cometido a título de dolo, por lo que la infracción culposa podrá dar lugar sólo a la remoción del cargo y a la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios producidos. El tipo sujetivo doloso, sin embargo, no se queda únicamente en la exigencia del dolo, sino que requiere adicionalmente el elemento subjetivo especial constituido por el beneficio propio o de un tercero[170]. En este sentido, el tipo penal se realizará sólo cuando la conducta del autor apunte a la obtención de un beneficio para el autor o para un tercero. El beneficio debe entenderse en un sentido patrimonial, como la obtención de un incremento o mejora patrimonial.

D. Autoría y participación

Para poder decidir los criterios de determinación de la autoría y participación en un delito especial como es el caso de la administración fraudulenta de patrimonio de propósito exclusivo, debemos precisar si este delito es un delito de dominio o un delito de infracción de un deber. Si se tratase de un delito de dominio, los *extranei* al tipo podrían ser castigados tomando como marco penal la pena prevista para el delito especial. Por el contrario, si se tratase de un delito de infracción de un deber, los *extranei* solamente podrán responder penalmente si su conducta configura algún delito de dominio común. Como ya lo señalamos al analizar la conducta típica, el delito de administración fraudulenta de patrimonio de propósito exclusivo es un delito de infracción de un deber, lo que significa que los partícipes *extranei* no podrán ser castigados con este tipo penal, sino con los tipos penales de hurto o apropiación indebida dependiendo del caso.

---

(170) Vid., igualmente, en el Derecho penal argentino, MAIULINI, *Revista de Derecho*, 2000-2, p. 219.

E. Penalidad

El tipo penal prevé la aplicación de dos penas conjuntas. Por un lado, se contempla una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro y, por el otro, una pena de inhabilitación de uno a dos años conforme a los incisos 2 y 4 del artículo 36 del Código penal. La relativa levedad de la pena privativa de libertad prevista permite que el condenado pueda acceder a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. El hecho de que se le castigue además con la pena de inhabilitación no impide que la ejecución de la pena privativa de libertad pueda ser suspendida.

F. Aspectos procesales

El artículo 213A del CP se encuentra incluido en el capítulo denominado "Atentados contra el sistema crediticio", aunque, como ya se señaló, no tiene ninguna relación con los delitos cometidos en el ámbito de la insolvencia. No obstante, esta inclusión en el mencionado capítulo podría traer ciertos problemas interpretativos con lo dispuesto por el artículo 213 del mismo cuerpo legal, en donde se establece que "(e)n los delitos previstos en este capítulo sólo se procederá por acción privada ante el Ministerio Público"[171]. No vemos una objeción de fondo al hecho de que los delitos de administración fraudulenta de patrimonio de propósito especial sean perseguibles sólo a instancia de parte, pero si analizamos el tenor completo del artículo 213 del CP, podremos comprobar que se refiere únicamente a los delitos cometidos en el ámbito de un procedimiento concursal. En efecto, el que se coloque al INDECOPI como un actor civil subsidiario, sólo se puede explicar si es que se trata de delitos cometidos en el ámbito de sus funciones de supervisión y control. En consecuencia, el delito de administración fraudulenta de patrimonio de propósito especial no debe interpretarse como un delito perseguible por acción privada, sino, más bien, como perseguible de oficio.

---

(171) Vid., así, críticamente, García Cantizano, *Gaceta Jurídica*, 68-B (1999), p. 57.

CAPÍTULO II
EL DELITO DE CONTABILIDAD PARALELA

El delito de contabilidad paralela previsto en el artículo 199 del CP castiga a la persona que mantiene una contabilidad paralela distinta a la exigida por ley. Este tipo penal constituye una incorporación completamente novedosa en la normativa penal peruana. En la legislación societaria, por el contrario, sí existen antecedentes sobre la obligación de observar ciertos criterios o reglas en la elaboración de los estados financieros. Ya en los artículos 251 y 253 de la anterior LGS de 1985 se establecían expresamente un conjunto de aspectos obligatorios que debían incluirse en el balance y en el estado de ganancias y pérdidas. Si bien la actual LGS mantiene la obligación de observar ciertos criterios en la elaboración de los estados financieros, hay que precisar que ya no hace una enumeración exhaustiva de los mismos, sino una remisión a las disposiciones legales sobre la materia y a los principios de contabilidad generalmente aceptados en el país (artículo 223).

Es evidente que si se respeta el principio de subsidiariedad del Derecho penal la prohibición penal no puede identificarse con la infracción del mandato establecido en la LGS. Por ello, el estudio que vamos a emprender sobre la figura delictiva de la contabilidad paralela debe partir de un trabajo de delimitación que marque sus diferencias con la normativa societaria. No obstante, para llevar a cabo esta labor de distinción resulta necesario determinar, antes que nada, cuál es el bien jurídico penalmente protegido por el delito

de contabilidad paralela. Una vez hecha esta precisión, podremos entrar a analizar las particularidades dogmáticas de este delito, en función, claro está, de los aspectos recogidos por el tipo penal correspondiente.

I. EL BIEN JURÍDICO PENALMENTE PROTEGIDO

Una persona puede organizarse patrimonialmente como mejor le convenga. En este sentido, será de su incumbencia si lleva un orden adecuado de sus gastos o un inventario de sus bienes. Esta libre organización patrimonial, sin embargo, no puede admitirse sin ningún tipo de límite en todos los casos. En la medida que la actividad económica de la persona implique contactos patrimoniales con terceros, resultará necesario establecer, como sinalagma de la libertad de organización económica, mecanismos de control para evitar una desordenada administración del patrimonio que impida a terceros interesados advertir la real situación patrimonial de dicha persona[1]. Uno de esos mecanismos de control es precisamente el deber de llevar una contabilidad arreglada a ciertos estándares reconocidos que permitan un conocimiento de la real situación patrimonial del agente económico. En el caso de las sociedades anónimas, por ejemplo, la limitación de la responsabilidad patrimonial a los aportes sociales obliga a establecer un orden contable que informe adecuadamente a los terceros sobre su situación económica o financiera. En este contexto de ideas, puede comprenderse el sentido de la disposición contenida en el artículo 223 de la LGS que establece a las sociedades el deber de observar ciertos criterios generales para llevar ordenadamente su contabilidad.

La importancia que tiene el hecho de que determinados agentes económicos lleven una contabilidad ordenada no debe, sin embargo, justificar la intervención, en primera línea, del Derecho penal. El legislador penal lo ha entendido efectivamente así y, por ello, no ha procedido a criminalizar el solo hecho de no seguir los criterios legalmente establecidos para llevar la contabilidad. Con el delito de

(1) Vid., PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-A, p. 404 y s.

contabilidad paralela del artículo 199 del CP se busca sancionar a aquella persona que lleva, al mismo tiempo, una o más contabilidades paralelas distintas a la exigida por ley. Se trata, por tanto, de una conducta en la que no se castiga el hecho de no llevar contabilidad o no observar las disposiciones legales sobre la forma de llevar la contabilidad, sino el hecho de tener a disposición otra(s) contabilidad(es) referida(s) a la misma actividad y ejercicio. Con ello, la persona obligada a llevar contabilidad de una determinada forma, busca, entre otras cosas, manejar de manera encubierta fondos ocultos, defraudar a terceras personas o evitar una intervención por parte de organismos de supervisión y control. La finalidad claramente defraudatoria de esta actuación justifica que, en estos casos, entre a tallar el Derecho penal con los mecanismos punitivos de los que dispone.

Una vez precisado el alcance del tipo penal, podemos entrar en la cuestión del bien jurídico penalmente protegido. En la lógica tradicional del bien jurídico, podría decirse que el bien jurídico es el patrimonio de aquéllos que podrían resultar perjudicados por desconocer la verdadera situación patrimonial del obligado a llevar la contabilidad[2]. Sin embargo, la falta de necesidad de un peligro o lesión patrimonial para la configuración del tipo penal, pondría en tela de juicio la compatibilidad de este tipo penal con el principio de lesividad o de ofensividad. Por esta razón, cobran fuerza las tesis que entienden que este tipo penal lesiona un bien jurídico supraindividual constituido por la llevanza ordenada de la contabilidad. Sin embargo, esta apreciación resulta, en el mejor de los casos, imprecisa, pues, como ya lo explicamos, el tipo penal no castiga cualquier irregularidad en la organización de la contabilidad.

Para dar un contenido más preciso al bien jurídico penal que coadyuve, por otra parte, a una interpretación adecuada del tipo penal, conviene que centremos el objeto de protección en la expectativa normativa de conducta garantizada por el artículo 199 del CP.

---

(2) En este sentido, Peña Cabrera, *Tratado*, PE, II-A, p. 407; Villa Stein, *Derecho penal*, PE, II-A, p. 171 y s.; Bramont-Arias Torres/García Cantizano, *Manual*, PE, p. 332; Reyna Alfaro, *Manual*, p. 315; Paredes Infanzón, *Delitos*, p. 261; Salinas Siccha, *Curso*, III, p. 322.

Este tipo penal garantiza a los agentes económicos que el obligado a llevar una contabilidad conforme a lo establecido por ley no va a cumplir sólo formalmente con las disposiciones legales sobre contabilidad sin reflejar su situación patrimonial real. Es una expectativa de cualquier agente económico asumir que la información que refleja la contabilidad de una persona jurídica se ajusta a los estándares contables y, por ello, expresa de la mejor manera su situación patrimonial. El bien jurídico estará constituido por la confianza de los diversos agentes económicos en que la contabilidad de la persona jurídica refleja efectivamente sus actividades económicas[3]. La conducta que defrauda intolerablemente esta expectativa consiste en tener a disposición varios sistemas contables en función de la imagen que se quiera dar a los que pretenden conocer la situación económica de la persona jurídica mediante la revisión de su contabilidad o sus resultados financieros. Esta defraudación configura el delito de contabilidad paralela, siendo necesaria la imposición de una pena al autor del hecho para devolver la vigencia a la expectativa defraudada.

II. EL TIPO PENAL

El análisis de los elementos típicos constitutivos del delito de contabilidad paralela requiere no sólo haber precisado previamente el bien jurídico penalmente protegido, sino también determinar el criterio de imputación penal que informa este delito. En este sentido, habrá que establecer si el delito de contabilidad paralela constituye un delito de dominio o, más bien, un delito de infracción de un deber. En la medida que el tipo penal se centra en un deber de información sobre la situación patrimonial de la persona jurídica a través de la contabilidad, podría parecer que el delito se configura como un delito de infracción de un deber. Sin embargo, este deber no tiene una raíz institucional, sino que constituye la contracara de la libertad de organización económica. En este sentido, el deber de informar adecuadamente sobre la situación patrimonial constituye una con-

[3] Vid., así como bien jurídico en los delitos contables, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 9, n.m. 450.

dición indispensable para permitir la libre organización económica. Bajo esta perspectiva, hay que entender que el delito de contabilidad paralela como un delito de dominio que podría imputarse a todo agente económico (en el caso de la persona jurídica sus órganos o representantes) que emprende actividades de carácter económico.

1. Sujeto activo del delito

La redacción del tipo penal del delito de contabilidad paralela parecería abogar por la afirmación de que se trata de un delito común que puede ser cometido por cualquier persona. Sin embargo, esta conclusión no resulta correcta. Un análisis más detenido del tipo penal muestra que el sujeto activo del delito debe estar obligado por ley a llevar contabilidad[4]. En este sentido, no cualquier persona podría cometer el delito de contabilidad paralela, sino solamente aquella persona que se encuentra obligada por ley a llevar contabilidad. A partir de estas consideraciones, resulta correcta la afirmación que sostiene que estamos ante un delito especial[5].

El hecho de que el delito de contabilidad paralela se enmarque dentro del fraude en la administración de personas jurídicas, debe llevar a la conclusión de que se trata de un delito cometido en relación con las actividades de una persona jurídica. En este sentido, quien tendrá la obligación legal de llevar la contabilidad es, en principio, la persona jurídica. Así, por ejemplo, el artículo 2 de la Res. CONASEV No 103-99-EF/94.10 establece que son las personas jurídicas sujetas al control y supervisión de CONASEV, las que están obligadas a preparar su información financiera ciñéndose al Reglamento y al Manual aprobado por esa Resolución[6]. Pero, como es bien sabido, en el ámbito del Derecho penal peruano la persona jurí-

---

(4) Así, Sánchez-Ostiz Gutiérrez, *El delito contable tributario*, p. 89, considera, respecto del tipo penal español similar, que quien no está obligado previamente a llevar contabilidad no puede incurrir en este delito.

(5) Vid., García Cavero, *Gaceta Jurídica* 62-B (1999), p. 32 y s.

(6) Vid., sobre el ámbito del Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador en relación con las sanciones a personas jurídicas, Meini Méndez, *Ius et Veritas* 13 (1996), p. 207.

dica no es la que responde por el delito, sino sus órganos o representantes. En este sentido, si bien la obligación de llevar la contabilidad le corresponde a la persona jurídica, son sus administradores los que asumen penalmente la competencia por el cumplimiento de esta obligación. Por esta razón, el delito de contabilidad paralela deberá interpretarse a la luz del artículo 27 del CP, por el cual se hace responsable a los representantes de la persona jurídica por llevar una contabilidad paralela, aunque ellos mismos no estén obligados por las normas jurídicas extrapenales[7].

Al igual que en el artículo 198 del CP, cabe plantearse si el delito de contabilidad paralela puede cometerse en relación con sociedades irregulares. Para dar respuesta a este interrogante hay que tener presente que el artículo 199 del CP constituye una ley penal en blanco que se remite a las leyes extrapenales que establecen la obligación de llevar contabilidad. Frente a esta configuración del tipo penal sólo cabe una interpretación accesoria. En este sentido, el delito de contabilidad paralela no podrá ser cometido por el administrador de una entidad sin personería jurídica, en tanto no se encuentre obligada por ley a llevar contabilidad. Sin embargo, cabe precisar que no toda sociedad irregular carece de personaría jurídica, pues el artículo 423.6 de la LGS considera también sociedad irregular a la sociedad inscrita que continúa con sus actividades no obstante haber incurrido en una causal de disolución. Los artículos 6 y 413 de la LGS son claros al señalar que la sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica hasta que se inscriba su disolución en el registro. Por tanto, estamos aún ante una persona jurídica que conserva sus obligaciones contables. Por otra parte, el artículo 416.1 de la LGS establece como función del liquidador formular inventarios, estados financieros y demás cuentas al día en que se inicie la liquidación, lo cual significa que la sociedad que se torna en irregular por continuar con sus actividades pese a haber entrado en una causal de liquidación, mantiene la obligación de llevar contabilidad y, por tanto, su idoneidad para que en su seno se pueda cometer el delito de contabilidad paralela.

---

(7) Vid., igualmente, SALINAS SICCHA, *Curso*, III, p. 322.

2. Acción típica

La acción típica del delito de contabilidad paralela consiste en mantener una contabilidad paralela distinta a la exigida por ley. Si el ordenamiento jurídico dispone que en la llevanza de la contabilidad de las personas jurídicas se observen determinadas reglas o principios, lo hace con la finalidad de que de esta forma se refleje fielmente su situación financiera y sus operaciones económicas. No obstante, el ilícito penal no se configura por el solo hecho de no llevar la contabilidad conforme a las disposiciones legales y principios contables oficialmente reconocidos, pues el tipo penal hace referencia a una contabilidad paralela, lo que presupone la existencia de cuando menos dos sistemas contables distintos[8]. Con base en estas consideraciones, puede decirse que el delito de contabilidad paralela se configura cuando el obligado a llevar contabilidad lleva efectivamente una contabilidad que refleja la situación de la persona jurídica, pero al mismo tiempo otra contabilidad para la misma actividad y ejercicio económico que no se ajusta a los criterios contables requeridos y, por tanto, no refleja la verdadera situación económica de la persona jurídica[9]. Con esta otra contabilidad se busca obtener alguna ventaja indebida, reflejando frente a terceros una situación patrimonial o financiera de la persona jurídica que no se corresponde a la realidad.

En cuanto a la estructura típica del delito, la doctrina nacional dominante señala que se trata de un delito de mera conducta[10], en

---

(8) Destaca la importancia procesal de demostrar la existencia de una contabilidad oculta y que es la verdadera, Peña Cabrera, *Tratado*, T. IV, p. 355. Ahora bien, esta contabilidad no tiene que estar elaborada conforme a los criterios contables establecidos por la ley, sino que basta con que sea la que efectivamente refleje la situación económica y financiera de la persona jurídica.

(9) Vid., así, Peña Cabrera, *Tratado*, T. IV, p. 355; Suárez González, en *Derecho penal económico*, Mazuelos (comp.), p. 209. Incluso Sánchez-Ostiz Gutiérrez, *El delito contable tributario*, p. 90, contempla también el caso de contabilidades distintas que no reflejan por separado la información verdadera completa, pero que mediante la coordinación de éstas se consigue tener la real imagen económica de la persona jurídica.

(10) En el mismo sentido, Peña Cabrera, *Tratado*, PE, II-A., p. 409; Bramont-Arias Torres/García Cantizano, *Manual*, PE, p. 333; Villa Stein, *Derecho*

la medida que no requiere de un resultado lesivo concreto diferenciable de la acción. Por nuestra parte, consideramos que, en sentido estricto, no estamos ante un delito de mera conducta, sino ante un delito de peligro abstracto[11]. En efecto, la punición del hecho de llevar dos o más contabilidades paralelamente está directamente vinculada a la idoneidad general que posee esta conducta para engañar a terceros respecto de la situación patrimonial de la persona jurídica, de manera que sin esa idoneidad no será posible afirmar la tipicidad de una contabilidad paralela. Bajo esta perspectiva, no podrá considerarse típica la conducta de doble contabilidad que objetivamente no impida penetrar en la real situación de la persona jurídica o que presenta una diferencia económica de mínima importancia[12].

La calificación del delito de contabilidad paralela como delito de peligro abstracto trae como consecuencia que la consumación del delito no requerirá ningún resultado concreto. En este orden de ideas, solamente bastará con la sola acción de llevar una contabilidad paralela distinta a la exigida por ley capaz de reflejar una situación económica de la persona jurídica que no se corresponda con la realidad, pero sin requerir que la contabilidad falsa aparente haya llevado efectivamente a alguien a una situación de error sobre la situación patrimonial de la persona jurídica[13]. Para que el delito se encuentre consumado solamente será necesaria la idoneidad general de la contabilidad falsa para impedir un adecuado conocimiento de la situación financiera real de la persona jurídica. La falta de necesidad

---

penal, PE, II-A, p. 172; REYNA ALFARO, *Manual*, p. 316; PAREDES INFANZÓN, *Delitos*, p. 264; SALINAS SICCHA, *Curso*, III, p. 324.

(11) Vid., así, en el Derecho penal español, SUÁREZ GONZÁLEZ, en *Derecho penal económico*, Mazuelos (comp.), p. 208.

(12) Vid., así, PEÑA CABRERA, *Tratado*, T. IV, p. 356 y s.

(13) La situación se presenta distinta en el Derecho penal alemán, en donde TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 9, n.m. 450, considera que el delito contable "lesiona" ya el bien jurídico, lo que implicaría verlo como un delito de lesión. En el delito contable tributario español sucede lo mismo, en tanto se exige una visión tergiversada de la empresa ante la administración tributaria, como lo señala SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El delito tributario contable*, p. 436 y s.

de un resultado de lesión o de peligro concreto conlleva, por otra parte, la imposibilidad dogmática de castigar esta conducta a título de tentativa[14].

3. La ley penal en blanco

El tipo penal del artículo 199 del CP requiere que la contabilidad que se lleva paralelamente sea distinta a la exigida por ley. De esto último puede inferirse que debe existir una obligación legal previa de llevar contabilidad y, además, de observar ciertas normas que precisan la forma de llevarla[15]. El tipo penal no menciona expresamente a qué ley se refiere, siendo, por tanto, necesario hacer esta precisión para poder determinar exactamente la conducta penalmente prohibida. En cualquier caso, no puede tratarse de cualquier norma jurídica, sino que debe tener el rango de ley, pues, de lo contrario, se afectaría la reserva de ley. Esta restricción no impide, sin embargo, que la obligación contable contemplada en la ley pueda ser desarrollada, en cuanto a su contenido, por reglamentos y normas de inferior jerarquía[16].

En primer lugar, y atendiendo a una interpretación sistemática del tipo penal como una forma de fraude en la administración de personas jurídicas, resulta evidente que el tipo penal no se remite a las disposiciones sobre la contabilidad del sector público expedidas por la Dirección Nacional de Contabilidad Pública conforme al artículo 42 de la Ley 28112. La inobservancia de estas disposiciones podrá generar una responsabilidad administrativa y/o penal por los delitos de funcionarios a los que hubiere lugar, pero no entrarán en

---

(14) De opinión contraria, Salinas Siccha, *Curso*, III, p. 325.

(15) Vid., en similar sentido, Peña Cabrera, *Tratado*, PE, II-A, p. 404 y s. En el Derecho español Sánchez-Ostiz Gutiérrez, *El delito tributario contable*, p. 88; Suárez González, en *LH-Tiedemann*, p. 371, aunque referidos al delito tributario contable, pero que por la similitud de este aspecto puede ser igualmente tenido en cuenta.

(16) Vid., similarmente en cuanto al delito contable tributario español, Suárez González, en *Derecho penal económico*, Mazuelos (comp.), p. 202.

el ámbito de prohibición del delito de contabilidad paralela. Este delito se limita a la contabilidad paralela distinta a la impuesta por las leyes para las personas jurídicas de Derecho privado.

Dentro de las normas aplicables a las personas jurídicas de Derecho privado, hay que mencionar especialmente la LGS, la cual establece en su artículo 223 que los estados financieros se preparan y presentan de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia y con los principios de contabilidad generalmente aceptados en el país. En cuanto a las disposiciones legales sobre la materia podrían citarse los diversos artículos de la LGS que, como el artículo 221, establecen principios y cualidades de los estados financieros: "de estos documentos (los estados financieros) deben resultar con claridad y precisión la situación económica y financiera de la sociedad, el estado de los negocios y los resultados obtenidos en el ejercicio vencido". Por su parte, los principios de contabilidad generalmente aceptados están constituidos por "las normas internaciones de contabilidad (NICs), oficializadas mediante resoluciones del Consejo Normativo de Contabilidad, y las normas establecidas por organismos de supervisión y control para las entidades de su área siempre que se encuentren dentro del marco teórico en que se apoyan las normas internacionales de contabilidad" (artículo 1 de la Resolución del Consejo Normativo de Contabilidad Nº 013-98-EF/93.01). Todos estos aspectos deben ser observados por las sociedades en la elaboración de sus estados financieros.

Mención especial hay que hacer a las normas sobre contabilidad establecidas por los organismos de control y supervisión. En primera línea, hay que mencionar las normas contables establecidas por la R. CONASEV Nº 103-99-EF/94.10, en cuyo artículo 2 señala que están obligadas a preparar su información financiera, ciñéndose al reglamento y al manual aprobado por esta resolución, las personas jurídicas sujetas al control y supervisión de CONASEV. El Artículo 2 inciso b) del Texto Único Concordado de la Ley Orgánica de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, aprobado por Decreto Ley Nº 26126, precisa que corresponde a esta institución la supervisión de las personas jurídicas organizadas de acuerdo a la Ley General de Sociedades, de las sucursales de empresas

extranjeras en el país y de las cooperativas, dentro de los límites que ella misma fije (se excluye, por ejemplo, las cooperativas de ahorro y crédito). En esta fijación de límites, el artículo 2 de la R. CONASEV Nº 115-99-EF/94.10 establece que están obligadas a presentar información financiera anual las sociedades anónimas y las sucursales de empresas extranjeras cuyos ingresos brutos sean superiores a 3,000 UITs o sus activos totales superiores a 3,200 UITs, mientras que en el caso de cooperativa aquéllas cuyo ingresos brutos sean superiores a 550 UITs o sus activos totales superiores a 650 UITs.

Si bien la CONASEV es el organismo supervisor más importante de las empresas privadas, existen otras instituciones bajo cuyo control económico y financiero están diversas personas jurídicas de Derecho privado. Cabe mencionar, por ejemplo, el control contable de la SUNAT sobre los contribuyentes, la SBS sobre las instituciones financieras y de seguros, la Federación Nacional de Cooperativas de Ahorro y Crédito sobre las cooperativas de ahorro y crédito no autorizadas para operar con fondos públicos, entre otros. Si los directivos o administradores de las personas jurídicas sujetas al control de los organismos supervisores antes mencionados llevan una contabilidad paralela distinta a la que le impone las normas especiales correspondientes, se configurará el delito de contabilidad paralela del artículo 199 del CP.

4. Elemento subjetivo

El delito de contabilidad paralela es un delito doloso. Sin embargo, el tipo subjetivo no se agota con el conocimiento que configura el dolo, sino que requiere adicionalmente un elemento subjetivo especial. Se exige, en concreto, que la contabilidad paralela se haga con la finalidad de obtener ventaja indebida[17]. Esta exigencia del tipo subjetivo trae como consecuencia que se excluya del ámbito de lo punible la contabilidad paralela a la oficial, que se hace no con el

[17] Vid., en este sentido, Peña Cabrera, *Tratado*, PE, II-A, p. 409; Salinas Siccha, *Curso*, III, p. 323; Bramont-Arias Torres/García Cantizano, *Manual*, PE, p. 333; Reyna Alfaro, *Manual*, p. 316.

fin de defraudar, sino por razones estrictamente de administración o estadísticas[18], siempre y cuando se refleje mejor la situación financiera de la persona jurídica y no se altere el contenido real de las partidas contables. La prohibición no está referida, por tanto, a cualquier incumplimiento de las normas que regulan la contabilidad de las personas jurídicas, sino sólo a aquéllas que traen como consecuencia un posible perjuicio para la persona jurídica o para terceros vinculados a ella. Con esta configuración del tipo subjetivo se limita considerablemente la posibilidad de castigar este delito a título de dolo eventual.

5. Autoría y participación

Estando el delito de contabilidad paralela constituido como un delito de dominio, autores del delito podrán ser todos aquéllos que tienen el dominio de la información contable. No obstante, hay que tener en cuenta, tal como ya lo precisamos, que al enmarcarse este delito en el ámbito de las personas jurídicas, tendrá que recurrirse al artículo 27 del Código penal para poder castigar al autor (administrador de la persona jurídica). Si bien desde el punto de vista material, cualquier miembro de la persona jurídica con dominio sobre la elaboración de la contabilidad (contador, por ejemplo) podría responder como autor del delito, la limitación de la cláusula del actuar en lugar de otro a la teoría de la representación exige que el miembro de la persona jurídica tenga, además del dominio requerido, la calidad de representante. No cabe la menor duda que esta restricción formal puede traer consigo vacíos de punibilidad en los casos en los que el representante de la persona jurídica no posea el dominio del hecho. No obstante, este vacío no puede cubrirse con consideraciones materiales, pues se estaría desbordando el límite formal establecido por la normativa penal.

Las diversas personas, integradas o no en la estructura de la persona jurídica, que hayan contribuido de cualquier forma penal-

[18] Vid., así, SUÁREZ GONZÁLEZ, en *Derecho penal económico*, Mazuelos (comp.), p. 209.

mente prohibida a la realización del delito podrán responder como cómplices primarios o secundarios dependiendo de la importancia del aporte. Así, por ejemplo, responderá como cómplice necesario el contador que ayuda al gerente de la empresa a elaborar diversas contabilidades para entregar a los socios o terceros interesados. Igualmente, una inducción al delito puede ser cometida por cualquier persona que determine al órgano de representación de la persona jurídica a llevar una doble contabilidad. Para ser partícipe del delito no se requiere tener una calidad especial.

6. Penalidad

La pena prevista por el tipo penal para el delito de contabilidad paralela es realmente pequeña, a pesar de prever una penalidad conjunta de pena privativa de libertad y pena de multa. En cuanto a la pena privativa de libertad, el marco penal máximo es de un año, siendo el marco penal mínimo el establecido por el artículo 29 del Código penal: dos días[19]. Si bien existe acuerdo en la doctrina sobre la derogación del artículo 29 del CP, no puede negarse su valor referencial en cuanto a la pena mínima. Por su parte, el *quantum* de la pena de multa va desde sesenta a noventa días multa.

Un aspecto que llama la atención en cuanto a la penalidad es que la modalidad de administración fraudulenta constituida por el fraude contable tiene una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, lo que significa que aquél que oculta la verdadera situación de la persona jurídica falseando los balances y lleva, además, la real situación de la persona jurídica en una contabilidad paralela, será castigado por delito de contabilidad paralela sólo con la pena privativa de libertad no mayor de un año. Esta incoherencia en cuanto a las penas debería llevar a aumentar la pena para el delito contemplado en el artículo 199 del CP.

Además de la consecuencia jurídica del delito más importante –la sanción penal–, el juez está en posibilidad de aplicar las diversas

(19) Critica la levedad de la pena, Herrera Velarde, *Actualidad jurídica* 117 (2003), p. 37.

consecuencias accesorias previstas en el artículo 105 del CP, siempre que el delito de doble contabilidad se cometa en las actividades de la persona jurídica y exista el peligro objetivo de utilizar nuevamente su estructura organizativa para la comisión de nuevos delitos. De especial utilidad podría ser la consecuencia accesoria de disolución y liquidación para el caso, por ejemplo, de sociedades fachadas que no tienen existencia real y que han sido creadas con fines puramente defraudatorios.

En la medida que el delito de doble contabilidad pueda significar también infracciones contables que pudiesen dar pie a sanciones administrativas de órganos de supervisión o control (por ejemplo, CONASEV), se podría presentar una situación de *bis in idem* en caso exista la triple identidad desarrollada por la jurisprudencial constitucional. Dado que la sanción penal resulta la normativamente más grave, la sanción administrativa deberá ser desplazada, de manera tal que solamente bastará con imponer la sanción de carácter penal.

7. Concursos

El primer aspecto que conviene precisar es que el tipo penal del delito de contabilidad paralela está configurado mediante una realización iterativa[20]. En este sentido, no tendrá lugar un nuevo delito cada vez que el autor del delito realice un asiento o un registro contable en su contabilidad paralela, sino que se considerará un solo delito. En efecto, el tipo penal engloba el desvalor de la conducta global y no la realización de cada operación contable de manera paralela a la contabilidad formal. No hay varios delitos de contabilidad paralela, sino uno sólo. Muy distinto es el caso si se trata de contabilidades de ejercicios económicos distintos, pues en estos casos sí habrá varios delitos diferenciados típicamente, los cuales podrían presentarse incluso en relación de continuidad.

El delito de contabilidad paralela puede entrar en concurso con otros delitos que castigan la inobservancia de ciertas disposiciones

[20] Sobre esta forma de unidad de delito, Vid., GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, p. 860 y s.

contables legalmente establecidas. En primer lugar, cabe mencionar los casos referidos al incumplimiento de las normas contables que establecen las leyes y reglamentaciones tributarias. Estas infracciones constituyen el núcleo de prohibición del delito tributario contable tipificado en el artículo 5 del Decreto Legislativo 813[21]. El bien jurídico protegido por el delito tributario es distinto al protegido por el delito de contabilidad paralela, pues no se protege la fidelidad de la contabilidad de la persona jurídica[22], sino la regularidad de las contribuciones fiscales[23]. En estos casos, existirá un concurso ideal de delitos que deberá castigarse con una pena incrementada sobre el marco penal más grave, o sea, el marco penal del delito tributario[24].

Un concurso de delitos puede tener lugar también respecto de las infracciones penales que puedan cometer las instituciones bancarias y financieras que están supervigiladas por la Superintendencia de Banca y Seguros. En efecto, el delito de contabilidad paralela puede tener incidencia también en empresas del ámbito financiero, de manera que podría concurrir alguno de los delitos financieros regulados en el título X, capítulo I del Código penal. De cometerse también un delito financiero, tendrá lugar un concurso de delitos que deberá resolverse con las reglas del artículo 48 ó del artículo 50 del Código penal, según se trate de un concurso ideal o real de delitos.

---

(21) Vid., sobre esto, Cabellos Alcántara, *Infracciones, sanciones y delitos tributarios*, p. 252 y ss.

(22) De la opinión contraria, Peña Cabrera, *Tratado*, PE, II-A, p. 407, quien señala que el delito de contabilidad paralela (art. 199) protege también la percepción de los tributos por parte del Estado.

(23) Vid., en este sentido, Sánchez-Ostiz Gutiérrez, *El delito tributario contable*, p. 252 y s.

(24) Como concurso real lo ve Salinas Siccha, *Curso*, III, p. 322.

TÍTULO V
DELITOS CONTRA LAS CONDICIONES DEL TRÁFICO DE BIENES

BIBLIOGRAFÍA DEL PRESENTE TÍTULO

ABANTO VÁSQUEZ, Derecho penal económico, Consideraciones jurídicas y económicas, Lima, 1997 [cit. *Derecho penal económico*, PG]. / AMBOS, *La aceptación por elaborado defensor de honorarios "maculados": lavado de dinero*, Bogotá, 2004 [cit. *La aceptación por elaborado defensor de honorarios "maculados": lavado de dinero*]. / ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, Barcelona, 2000 [cit. *El delito de blanqueo de capitales*]. / AZZALI, "Diritto penale dell' offesa e riciclaggio", *RIDPP* 1993, p. 432 y ss. / BACIGALUPO ZAPATER, "Los fundamentos de la teoría del error en el Derecho penal europeo actual", en Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal, Madrid, 2005, p. 35 y ss. [cit. *LH-Cobo del Rosal*]. / BACIGALUPO, S., La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Barcelona, 1998 [cit. *Responsabilidad*]. / BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGUESSE, *Derecho penal económico*, Madrid, 2001 [cit. *Derecho penal económico*]. / BAJO FERNÁNDEZ, "Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales", en Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 63 y ss. [cit. *LH-Tiedemann*]. / BAJO FERNÁNDEZ, en "Política criminal y Reforma penal. Delitos patrimoniales económicos", en Política criminal y reforma penal, Libro a la memoria del Prof. Juan del Rosal, Madrid, 1993, p. 146 y ss. [cit. *LH-Del Rosal Fernández*]. / BAJO FERNÁNDEZ, "Marco constitucional del Derecho penal económico", en Comentarios a la legislación penal, I, Cobo del Rosal (dir.), Madrid, 1982, p. 233 y ss. [cit. en *Comentarios*, Cobo del Rosal (dir.)]. / BARTON, "Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB)", *StV* 1993, p. 160 y ss. / BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, Navarra, 2002 [cit. *El delito de*

blanqueo de capitales]. / BOTTKE, "Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche (Teil 2)", *wistra* 1995, p. 122 y ss. / BRAMONT-ARIAS TORRES, "Alcances de la ley penal contra el lavado de activos", *Actualidad penal* 105 (2002), p. 63 y ss. / BRAMONT-ARIAS TORRES, "Algunas precisiones referentes a la ley penal contra el lavado de activos", *Libro Homenaje al Prof. Luis Alberto Bramont Arias*, Lima, 2003, p. 515 y ss. [cit. *LH-Bramont Arias*]. / BUOMPADRE, "Lavado de dinero", en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), Buenos Aires, 2004 p. 261 y ss. [cit. *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.)]. / CASTALDO, "Criminalidad organizada y mercado económico-financiero", en *El crimen organizado, Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Yacobucci (coord.), Buenos Aires, 2005, p. 287 y ss. [cit. *El crimen organizado*, Yacobucci (coord.)]. / CASTILLO ALVA, *Jurisprudencia penal*, 1, Lima, 2006 [cit. *Jurisprudencia penal*, 1]. / CESANO, "Error de tipo, criminalidad económica y delito de lavado de activos de origen delictivo", *pro manuscripto*, p. 1 y ss. [cit. *pro manuscripto*]. / DEL CARPIO DELGADO, El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal, Valencia, 1997 [cit. *El delito de blanqueo de bienes*]. / FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, 1998 [cit. *El delito de blanqueo de capitales*]. / FORTHAUSER, *Geldwäsche de lege lata et de ferenda*, 1992 [cit. *Geldwäsche*]. / FRISCH, Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, Heidelberg, 1988 [cit. *Verhalten*]. / GÁLVEZ VILLEGAS, *El delito de lavado de activos*, Lima, 2004 [cit. *El delito de lavado de activos*]. / GÓMEZ INIESTA, *El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español*, Barcelona, 1996 [cit. *El delito de blanqueo de capitales*]. / GÓMEZ PAVÓN, "El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de capitales y encubrimiento", *CPC* 53 (1994), p. 189 y ss. / GRACIA MARTÍN, "¿Qué es modernización del Derecho penal?", en La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al Prof. Cerezo Mir, Madrid, 2002, p. 361 y ss. [cit. *LH-Cerezo Mir*]. / GRACIA MARTÍN, "Instrumentos de imputación en la criminalidad de empresa y reforma penal", *AP* 16 (1993), p. 213 y ss. / HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln, 2002 [cit. *Kollektive Rechtsgüter*]. / JAKOBS, "Indiferencia como dolo indirecto", (trad. Pérez del Valle), Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, Madrid, 2004 [cit. *LH-Bacigalupo* (España)]. / JAKOBS, "La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del riesgo permitido, la prohibición de regreso y el principio de confianza", (trad. Peñaranda Ramos), en Estudios de Derecho penal, Madrid, 1997, p. 209 y ss. [cit. *Estudios*]. / JAKOBS, La imputación objetiva en Derecho penal, (trad. Cancio Meliá), Madrid, 1996 [cit. *Imputación objetiva*]. / JAKOBS, "Accesoriedad sobre los presupuestos de la organización en común", (trad. Cuadrado Ruiz), *PJ* 59, p. 132 y ss. / JAKOBS, Strafrecht, AT, 2. Aufl., Berlin, 1991 [cit. *Strafrecht*, AT]. / KRISCH, *Die Steuerhehlerei § 374 AO*, Frankfurt a.M., 1993 [cit. *Die Steuerhehlerei § 374 AO*]. / LAMAS PUCCIO, *Transacciones financieras sospechosas*, Lima, 2000 [cit. *Transacciones financieras sospechosas*]. / LAMPE, "Der neue Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB)", *JZ* 1994, p. 123 y ss. / LÖWE-KRAHL, "Geldwäsche", *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 2004, XIII [*Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.)]. / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, Parte Especial, Valencia, 1999 [cit. *Derecho penal económico*, PE]. / MAZUELOS COELLO, Lecciones

de Derecho penal, Lima, 1995 [cit. *Lecciones*]. / MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, PUC, Lima, 1999 [cit. *La responsabilidad penal*]. / OTTO, "Geldwäsche, § 261 StGB", *Jura* 1993, p. 330 y ss. / OTTO, "Das Strafbarkeit berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens", *JZ* 2001, p. 441 y ss. / PÉREZ MANZANO, "Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las "conductas neutrales". La sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004", Libro Homenaje al Prof. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid, 2005, p. 789 y ss. [cit. *LH-Rodríguez Mourullo*]. / PRADO SALDARRIAGA, "El delito de lavado de dinero en el Perú", www.unifr.ch/derechopenal [consulta: 15 de noviembre 2002]. / PRADO SALDARRIAGA, *Criminalidad organizada*, Lima, 2006 [cit. *Criminalidad organizada*]. / PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, Grijley, 2007 [cit. *Lavado de activos*]. / RAGUÉS I VALLÈS, "Lavado de activos y negocios standard", en ¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico empresarial, Silva Sánchez (dir.), Madrid, 2003, p. 127 y ss. [*¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.)]. / RANSIEK, "Pflichtwidrigkeit und Beihilfeunrecht", *wistra* 1997, p. 44 y s. / REICH, "Geldwäsche und organisierte Kriminalität", *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 2004, 5 [cit. *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.)]. / ROTH, "Grundfragen der Hehlereitatbestände", *JA* 1988, p. 193 y ss. / ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, (trad. Cuello/Serrano), Madrid, 1998 [cit. *Autoría y dominio del hecho*]. / ROXIN, "Bemerkungen zum Regreßverbot", Festschrift für Tröndle zum 70. Geburtstag, Berlin, 1989, p. 179 y ss. [cit. *FS-Tröndle*]. / SALDITT, "Der Tatbestand der Geldwäsche", en *Arbeitsgemeischaft Strafrecht*. Strafverteidiger-Forum 4/92, Mitteilungsblatt der Strafverteidigervereinigung des DAV, p. 121 y ss. / SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Los delitos de encubrimiento*, Lima, 2005 [cit. *Los delitos de encubrimiento*]. / SCHUMANN, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, Tübingen, 1986 [cit. *Hand-lungsunrecht*]. / SILVA SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal español", en La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes, García Cavero (coord.), Lima, 2002, p. 151 y ss. [cit. *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.)]. / SUÁREZ GONZÁLEZ, "Organización delictiva, comisión concertada u organizada", en Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Navarra, 2005, p. y ss. [cit. *LH-Rodríguez Mourullo*]. / TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, Besonderer Teil mit wichtigen Gesetzes- und Verordnungstexten, Köln, 2006 [cit. *Wirt-schafsstrafrecht*, BT]. / TIEDEMANN, Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wriksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?, München, 1972 [cit. *Welche strafrechtlichen Mittel*]. / TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, Tübingen, 1969 [cit. *Tatbestandsfunktionen*]. / VIDALES RODRÍGUEZ, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, Valencia, 1997 [cit. *Los delitos*]. / VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, Comentarios al Código penal de 1995, Vives Antón (coord.), T. II, Valencia, 1996, p. 1464 y ss. [cit. *Comentarios*, Vives Antón (coord.), T. II,]. / WEHRLE, Fahrlässige Beteiligung am Vor-

satzdelikt – Regreßverbot, Frankfurt a.M., 1986 [cit. *Regreßvebot*]. / WOHLERS, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner" Gefährdungsdelikte, Berlin, 2000 [cit. *Deliktstypen*]. / YACOBUCCI, "Política criminal y delincuencia organizada", en *El crimen organizado, Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Yacobucci (coord.), Buenos Aires, 2005, p. 25 y ss. [cit. *El crimen organizado*, Yacobucci (coord.)].

Otro de los elementos constitutivos del libre mercado es que el tráfico de los bienes se haga a través de causas lícitas. En este sentido, se erige en una condición esencial del mercado que la incorporación de bienes al patrimonio de una persona debe producirse por causas arregladas a Derecho[1]. A partir de esta condición del mercado, el ordenamiento jurídico no reconoce, en principio, que las conductas ilícitas se constituyan en un título justo para el enriquecimiento de una persona, de manera tal que no se puede amparar jurídicamente una pretensión sobre bienes o ganancias que se han obtenido de forma ilegal. Solamente la consecución de ganancias derivadas de una actividad económica respetuosa de la legalidad puede dar lugar a un incremento patrimonial reconocido por el ordenamiento jurídico.

Las condiciones para el tráfico lícito de bienes en el mercado se ponen en tela de juicio cuando se realizan actos dirigidos a dar apariencia de legalidad a la obtención de bienes o ganancias de procedencia ilícita. Precisamente para hacer frente a este tipo de conductas el sistema penal contiene una ley penal especial que reprime el llamado lavado de activos, es decir, aquellas conductas que apuntan a dar apariencia de legitimidad a bienes o beneficios obtenidos por la comisión de ciertos delitos graves. En el único capítulo que compone este título nos vamos a ocupar de analizar las particularidades de los actos de lavado de activos.

---

(1) Similarmente, DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de capitales*, 81.

CAPÍTULO ÚNICO:
EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

I. INTRODUCCIÓN

El delito de lavado de activos puede definirse como "el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita"[1]. Si bien el lavado de activos podría llevarse a cabo en relación con los bienes procedentes de la comisión de un solo delito previo, los estudios criminológicos ponen de manifiesto que estos bienes provienen, por lo general, de la realización de diversos delitos cometidos organizadamente. Esta situación explica que en el plano criminológico el delito de lavado de activos se encuentre vinculado estrechamente a la llamada criminalidad organizada. Podría incluso decirse que la criminalización del lavado de activos operada en las legislaciones penales modernas responde a la necesidad actual de reaccionar de manera más eficaz ante el creciente fenómeno de la criminalidad organizada.

El estudio dogmático del delito de lavado de activos en la legislación penal peruana no puede emprenderse de forma desligada de

---

(1) Vid., BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 93. Similarmente, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 35; LÖWE-KRAHL, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), XIII, n.m. 1.

los factores criminológicos que explican sus causas y formas de aparición, en especial su estrecha relación con el complejo mundo de la criminalidad organizada. Por esta razón, antes de entrar en el análisis de la regulación jurídica actualmente vigente de represión del lavado de activos, consideramos necesario realizar, de manera general, algunas consideraciones criminológicas sobre el blanqueo de capitales en el contexto general de la criminalidad organizada. Con base en estas constataciones empíricas podrán comprenderse las decisiones político-criminales que se han tomado para hacer frente eficazmente ante la criminalidad organizada, destacando de manera especial la represión de los procesos de blanqueo de capitales ilícitos. Luego de esbozar de forma general estos mecanismos de lucha contra la criminalidad organizada, entraremos de lleno en la regulación jurídico-penal del llamado delito de lavado de activos.

II. ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS

1. La vinculación criminológica del lavado de activos con la criminalidad organizada

Las actividades de blanqueo de capitales estuvieron vinculadas fuertemente al desarrollo del lucrativo negocio del tráfico ilícito de drogas a partir de los años sesenta, aunque también existen datos ciertos sobre su vinculación con el ocultamiento de beneficios obtenidos ilícitamente por funcionarios públicos corruptos[2]. En cualquier caso, y con independencia de su origen, no hay duda que en la actualidad el lavado de activos se vincula criminológicamente con la criminalidad organizada, en la medida que este proceso resulta necesario para poder dar apariencia de legalidad a los beneficios obtenidos por las actividades ilícitas de la organización criminal. No obstante, si bien la criminalización del llamado lavado de activos o blanqueo de capitales constituye un hecho reciente, la criminalidad organizada no es un fenómeno nuevo, sino, en cualquier caso, solamente su actual forma de manifestación.

---

[2] Vid., BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 37.

El fenómeno asociativo con fines delictivos podría remontarse a la antigua Roma, en donde se hablaba del *conventiculum* para referirse al caso de los bandoleros que asolaban los caminos y poblaciones[3]. Este fenómeno del bandolerismo no sólo generaba una fuerte inseguridad ciudadana, sino que afectaba la propia estabilidad política de la comunidad al poner en crisis a la autoridad nombrada en zonas apartadas. Es evidente que el fenómeno de la criminalidad organizada se muestra hoy de forma muy distinta, pero debe reconocerse que sus elementos constitutivos siguen siendo en el fondo los mismos. En efecto, en la criminalidad organizada siempre ha existido un conjunto de personas que constituyen una organización para cometer hechos delictivos graves de forma permanente y conseguir así sendos beneficios económicos[4]. Así, pues, son dos los aspectos sustanciales que sustentan el rechazo social frente a la criminalidad organizada: la especial entidad subjetiva y la orientación delictiva de la organización criminal[5]. Estos aspectos de la criminalidad organizada muestran en la actualidad una serie de particularidades que resulta conveniente describir de forma más precisa.

En el plano subjetivo la criminalidad organizada se caracteriza por la configuración de una organización delictiva, lo que muestra una mayor gravedad que un delito monosubjetivo e incluso que una sumatoria eventual de sujetos que realizan un delito mediante un acuerdo circunstancial o momentáneo[6]. En efecto, la existencia de

---

(3) Vid., Yacobucci, en *El crimen organizado*, p. 25, nota 1.

(4) Por el contrario, la definición de Pardo Saldarriaga, *Criminalidad organizada*, p. 44, resulta más restrictiva, pues limita la criminalidad organizada a las organizaciones que ofrecen bienes o servicios legalmente restringidos, dejando de lado a las organizaciones que se dedican organizadamente a extorsionar, plagiar, corromper o robar para conseguir beneficios económicos o materiales.

(5) Vid., similarmente, Yacobucci, en *El crimen organizado*, Yacobucci (coord.), p. 56, como perspectivas de la política criminal.

(6) Así niega la equiparación de la criminalidad organizada a una simple coautoría o participación en el delito, Yacobucci, en *El crimen organizado*, Yacobucci (coord.), p. 57; Pardo Saldarriaga, *Criminalidad organizada*, p. 36 y s.

una organización ilícita implica diversos aspectos que incrementan el desvalor social de la entidad subjetiva de los delitos cometidos. En primer lugar, con la constitución de una agrupación delictiva tiene lugar una especialización en el desarrollo de la actividad delictiva, lo que significa una distribución de funciones para la optimización de los objetivos criminales del grupo[7]. Esta mayor eficiencia no sólo repercute en la realización de los delitos-fines, sino también en la inmunidad frente a la acción de la justicia (equipos de defensa, corrupción, amenaza, etc.). En segundo lugar, se produce una permanencia del grupo, de manera tal que la actividad criminal agrupada no termina en la comisión de un delito, sino que existe una prolongación en el tiempo de la actividad criminal[8]. Esta permanencia hay que entenderla en cuanto a la agrupación, puesto que puede ser que al interior de ésta cambien las personas individuales pero el grupo se mantenga operativo[9]. Finalmente, la existencia de una organización criminal lleva muchas veces a que la procuración de medios se desarrolle también ilícitamente de forma organizada como es el caso de la provisión de armas, insumos controlados, etc., lo que implica evidentemente un mayor desarrollo de actividades ilícitas.

El segundo elemento característico de la criminalidad organizada es la orientación delictiva, es decir que la agrupación está orientada a la comisión permanente de delitos. Estos delitos-fines tienen, a su vez, ciertas particularidades. En primer lugar, son delitos graves que, por lo general, contemplan como sanción una pena privativa de libertad, como, por ejemplo, el narcotráfico, la trata de personas, el tráfico de armas y obras de arte, el secuestro y la extorsión, etc.[10].

---

(7) Vid., así, FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 37. Sobre la estructura de las organizaciones criminales, YACOBUCCI, en *El crimen organizado*, Yacobucci (coord.), p. 106, en donde se destaca su jerarquización.

(8) Vid., sobre la permanencia, YACOBUCCI, en *El crimen organizado*, Yacobucci (coord.), p. 106 y ss.; PARDO SALDARRIAGA, *Criminalidad organizada*, p. 45.

(9) Vid., YACOBUCCI, en *El crimen organizado*, Yacobucci (coord.), p. 57.

(10) Vid., YACOBUCCI, en *El crimen organizado*, Yacobucci (coord.), p. 114 y s. En la Convención de Palermo se establece como referencia la pena privativa de libertad de cuatro años.

En segundo lugar, la realización de estos delitos trae, por lo general, un beneficio económico y financiero a los miembros de la organización[11]. Este último aspecto de la orientación delictiva de la criminalidad organizada resulta conveniente precisarlo un poco más, pues pone de manifiesto uno de sus rasgos actuales más relevantes. Como es sabido, en la actualidad el sistema económico desborda las fronteras nacionales, lo que explica que la rentabilidad de los delitos cometidos por las agrupaciones criminales también adquiera un carácter transnacional[12]. En efecto, la globalización económica ha contribuido de alguna forma a la sorprendente expansión de la criminalidad organizada en los últimos tiempos[13], pues una economía globalizada y agilizada por el uso de modernas tecnologías facilita que la criminalidad organizada pueda realizar todas sus actividades de tráfico ilegal con mayor rapidez e impunidad (armas y materiales nucleares, drogas, personas, embriones, órganos, animales, obras de arte, autos robados, etc.)[14]. Podría decirse que la existencia del fenómeno de integración económica y la generación de mercados supranacionales ha traído consigo que también la criminalidad organizada se haya no sólo internacionalizado, sino incluso transnacionalizado[15].

---

(11) Vid., Yacobucci, en *El crimen organizado*, Yacobucci (coord.), p. 118.

(12) Vid., en este sentido, Yacobucci, en *El crimen organizado*, Yacobucci (coord.), p. 58.

(13) Vid., sobre las oportunidades que ofrece el mercado global, Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 31.

(14) Vid., De la Cuesta Arzamendi, en Prólogo a Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 25; Castaldo, en *El crimen organizado*, Yacobucci (coord.), p. 275.

(15) La organización criminal es internacional cuando no opera solamente en los límites de un Estado, sino que va más allá con el auxilio de sus propios integrantes, mientras que será transnacional cuando existe cooperación entre los grupos criminales de cada territorio para operar [vid., Yacobucci, en *El crimen organizado*, Yacobucci (coord.), pp. 58, 116 y s.].

2. Las características criminológicas del lavado de activos

Con base en la definición criminológica de la criminalidad organizada resulta ahora posible captar la expresión actual del llamado lavado de activos en el sentido no sólo de sus formas de aparición, sino también de su lesividad social. Precisar estos aspectos del delito de lavado de activos resulta sumamente importante para nuestro estudio, pues permite comprender de manera más amplia las decisiones político-criminales que se han tomado para enfrentar esta forma de criminalidad.

A. La transnacionalidad del lavado de activos

La vinculación criminológica del lavado de activos con la llamada criminalidad organizada implica, entre otras cosas, que el delito de lavado de activos adquiera las características de este tipo de criminalidad. Por esta razón, resulta lógico que si la criminalidad organizada se mueve en un plano transnacional, también los procesos de blanqueo de capitales adquieran esta dimensión espacial. En los estudios especializados se habla ya de una globalización de las actividades de blanqueo de capitales[16], lo que le permite a las organizaciones criminales aprovechar las debilidades de los sistemas de control de cada país para evitar el seguimiento de las diversas operaciones y transferencias internacionales y con ello la demostración del origen ilícito de los beneficios. A ello habría que agregar el uso de los diversos paraísos fiscales en el mundo con altos niveles de secreto bancario, los cuales se constituyen en el lugar apropiado para ensombrecer el origen delictivo de los capitales de procedencia delictiva[17].

En las investigaciones criminológicas se ha constatado la transnacionalidad del lavado de activos en las organizaciones criminales o mafias internacionales más conocidas. Las tríadas chinas, por ejemplo,

---

[16] Vid., así, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 51; FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 73 y s.

[17] Sobre los paraísos fiscales, vid., FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 88 y ss.

no actúan desde la propia República China, sino que realizan sus actividades en ciudades con un núcleo numeroso de ciudadanos chinos, como Ámsterdam, Londres, Nueva York o San Francisco[18]. Estas organizaciones criminales se caracterizan por llevar el dinero metálico desde el lugar de recolección hasta el lugar de inversión, normalmente Hong Kong, para a partir de allí enviarlo a otros países para comprar más droga (Birmania y Tailandia) o para integrarlo mediante la inversión de millones de dólares en negocios situados en zonas económicas especiales de Guandong y Fujian[19]. Las mafias rusas, por su parte, se remontan a las organizaciones criminales de la economía subterránea y la corrupción desarrolladas durante el régimen comunista. Con la actual apertura de sus fronteras y el mercado se ha creado un nuevo panorama para el desarrollo de sus actividades ilícitas entre las que destacan el tráfico de drogas, comercio de armas, la prostitución, robo de automóviles y el tráfico de antigüedades. Los sistemas de blanqueo de capitales tienen actualmente en los procesos de privatización de bienes y empresas públicas de los países del este europeo un lugar de desarrollo perfecto, sobre todo por la ausencia de suficientes y adecuados mecanismos de control para detectar el lavado de los activos de procedencia ilícita de los dineros que se utilizan para la adquisición de las referidas empresas[20].

Más sofisticados son los procesos de blanqueo de capitales que utilizan la mafia siciliana y la mafia colombiana. Los italianos dedican su actividad ilícita fundamentalmente a los sobornos, adjudicaciones fraudulentas, tráfico de drogas, protección de comerciantes, etc. El dinero que les reporta estas actividades ilícitas las invierten en bienes que puedan mantener controlados, como propiedades inmuebles, empresas, negocios, más que comprar acciones o bonos. La titularidad de estos bienes tanto en Italia como en el extranjero la tienen los propios miembros de la mafia o sus familiares que han emigrado. Para realizar sus inversiones, la mafia siciliana ha empe-

(18) Vid., así, Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 40.

(19) Vid., Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 41 y s.

(20) Vid., Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 46 y ss.

zado ya a utilizar personas especializadas en las actividades de blanqueo, siendo el sistema bancario y de seguros, las empresas comerciales y los negocios de juego y apuesta los circuitos económicos por donde usualmente materializan el proceso de lavado de dinero[21]. El mayor nivel de tecnificación lo tienen los cárteles colombianos, cuyas actividades ilícitas giran alrededor fundamentalmente del narcotráfico. Estas organizaciones criminales han logrado conjugar la cultura empresarial con la criminal, diversificando los mercados y sus productos para poder conseguir la mayor rentabilidad de sus actividades ilícitas. Este grado de sofisticación se presenta también en el proceso de lavado de dinero, en donde no sólo recurren a personas especializadas, sino que han logrado especializar las distintas fases de este proceso[22]. Con estos niveles de especialización, las posibilidades que tienen los órganos de control estatal de detectar los lavados de activos resultan evidentemente reducidas.

B. La profesionalización del proceso de lavado de activos

Otro de los aspectos característicos de los procesos actuales de lavado de activos es su tendencia hacia la profesionalización[23]. En la medida que los diversos estados han creado unidades especializadas para detectar el proceso de blanqueo de capitales, las organizaciones criminales se han visto en la necesidad de especializar a determinadas personas en la tarea de desarrollar nuevos y sofisticados mecanismos para eludir el control de los órganos especializados de persecución estatales. Esta profesionalización en los procesos de lavado de activos ha tenido lugar en dos planos distintos. Por un lado, algunos de los miembros de la propia organización criminal se han especializado en la labor de reciclamiento de las ganancias ilícitas, generándose de esta manera un área de la organización dedicada específicamente a esta labor delictiva. Por otra parte, se

---

(21) Vid., BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 46.

(22) Vid., sobre esto, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 43, en donde reconoce como niveles de especialización: los contadores del cártel, los comisionistas, los cambistas y los blanqueadores del dinero.

(23) Vid., PRADO SALDARRIAGA, *Delito de lavado de activos*, p. 13.

han comenzado a formar a su vez asociaciones dedicadas específicamente a lavar dinero sucio procedente de las actividades de otras organizaciones criminales[24]. Se trata de un grupo de profesionales compuesto por abogados, contadores, analistas de riesgo, banqueros, etc., que utilizan sus conocimientos profesionales para el lucrativo negocio de lavar capitales de otras organizaciones criminales. Se pasa así de un lavado a mano hasta llegar al sistema de la llamada tintorería, es decir, de una organización que ofrece el servicio de lavado de activos con diferentes ciclos a las organizaciones criminales[25].

C. La lesividad económica del lavado de activos

Si bien el lavado de dinero se puede ver como un acto de encubrimiento que se realiza para evitar la detección de los bienes de origen delictivo, cada vez se ve con mayor claridad la dañosidad social que tienen los procesos de blanqueo de capitales. Las actividades delictivas de las organizaciones criminales generan ganancias bastante elevadas que necesitan ser blanqueadas[26], siendo evidente que, salvo que un Estado organice conscientemente su economía con el lavado de ganancias ilícitas, la introducción de estos activos en el tráfico de bienes y valores genera serias distorsiones en el sistema financiero y económico[27]. Posiblemente todavía se encuentre aún internalizada la idea de que la represión del lavado de activos responde fundamentalmente a la intención de desincentivar la criminalidad organizada con el mensaje de que el crimen nunca paga, pero cada vez resulta socialmente más claro que la introducción de capitales de procedencia ilícita produce graves distorsiones en el mercado que terminan afectando a los diversos agentes económicos.

---

(24) Vid., Fabián Caparrós, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 72.

(25) Vid., Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 53.

(26) Vid., con referencias concretas, Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 39.

(27) Vid., sobre los efectos lesivos en el sistema financiero y económico en los informes del Consejo de Europa sobre el blanqueo de capitales, Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 119.

En efecto, la conducta de dotar de apariencia de legalidad a ciertos activos de procedencia ilícita e introducirlos en el mercado de bienes afecta no sólo a la libre competencia en el mercado, sino que incluso produce variaciones perjudiciales en los precios de los bienes y servicios así como en las cotizaciones de la moneda extranjera[28]. En este sentido, el delito de lavado de activos tiene su propio contenido de desvalor penal que lo hace independiente de los delitos que originan las ganancias ilícitas que pretenden ser blanqueadas.

D. Los modelos de las fases del lavado de activos

El lavado de activos puede realizarse empleando una gran variedad de métodos. Los estudios especializados han intentado sistematizar esta diversidad de métodos mediante diferentes modelos. En este estudio, no pretendemos abordar todos estos modelos[29], sino limitarnos a aquél que de alguna manera ha servido de base a la tipificación penal del delito de lavado de activos[30]. Nos referimos concretamente al modelo desarrollado por el Grupo de Acción Financiera (GAFI), el cual ha sido corregido y complementado por diversas aportaciones doctrinales y prácticas[31]. En el modelo de las fases del lavado de activos desarrollado por la GAFI se destacan fundamentalmente tres fases: la colocación, el ensombrecimiento y la integración de los activos. Entremos a precisar de forma general el contenido de cada una de estas fases.

---

(28) Vid., en este sentido, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 218 y s.

(29) Sobre los diversos modelos, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 55 y ss.; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 37 y ss.; PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos*, p. 19 y ss.

(30) Así, vid., PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos*, p. 71 y s.

(31) Vid., BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 62. No obstante, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 42, se muestra crítico frente a los modelos de fases, a los que califica de elucubraciones teóricas de difícil aplicación práctica.

a) La colocación

La fase de colocación consiste en desprenderse materialmente de fuertes sumas de dinero de procedencia delictiva sin ocultar aún la identidad del titular o titulares. Por razones de seguridad, estas cantidades de dinero se depositan en instituciones financieras tradicionales o no tradicionales o se desplazan al extranjero en donde la acumulación de grandes cantidades de dinero pueda pasar más desapercibida. En el caso de instituciones financieras tradicionales, se adquieren instrumentos financieros con el dinero de procedencia ilícita[32] o se deposita este dinero de forma fraccionada en cantidades que no generan la obligación de la institución bancaria de comunicar como sospechosas las operaciones realizadas al organismo de prevención del lavado de activos[33]. En la medida que el conocimiento del cliente se deja todavía al criterio de las instituciones bancarias (artículo 9.2 del Reglamento de la Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera), es usual que la colocación de capitales ilícitos cuente con la complicidad de funcionarios bancarios que han sido captados por la organización criminal[34]. La colocación de los capitales se puede hacer también en instituciones financieras no tradicionales que no están sometidas a un control tan estricto como las tradicionales (casas de cambio, casas de empeño, etc.) e incluso recurrir a empresas que manejan por lo general considerables cantidades de dinero en metálico sin un estricto control de sus movimientos como los supermercados, hoteles, casinos, etc.[35]. En este último caso, el dinero ilícito se mezcla con el dinero lícitamente obtenido por la actividad de la empresa. Por su parte, la colocación del

---

(32) Sobre la instrumentalización de los títulos-valores, Fabián Caparrós, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 115 y ss.

(33) Vid., así, Fabián Caparrós, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 114; Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 65, respecto del *structuring* y el *smurfing*.

(34) Vid., Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 66.

(35) Vid., Fabián Caparrós, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 123 y ss.

dinero en el extranjero tiene lugar a través del llamado contrabando físico de dinero en metálico, para el cual no existe actualmente un control exhaustivo[36].

b) El ensombrecimiento

La etapa del ensombrecimiento consiste en ocultar el origen de los bienes ilícitos colocados mediante la realización de numerosas transacciones financieras o similares[37]. El origen de los activos colocados se intenta ocultar mediante la realización de múltiples transacciones que hacen difícil un seguimiento completo de los bienes y, por tanto, su detección como activos de procedencia ilícita[38]. Los tipos de transacciones que se usan para el ensombrecimiento de los capitales de origen ilícito pueden ser muy diversos. A modo simplemente ejemplificativo: Se podría crear un rastro documental falso para evitar su detección[39], se podría convertir el dinero metálico que se ha colocado en instituciones bancarias en instrumentos financieros para facilitar su traslado fuera del país, se podría adquirir bienes por un precio mayor al declarado para su posterior venta o cambio[40], se podría instrumentalizar a sociedades interpuestas o fachadas para realizar diversas transacciones económicas con los fondos ilícitos[41], o se podría realizar diversas transferencias electrónicas de fondos que por su volumen y el poco desarrollo de

(36) Vid., BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 67 y s.; FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 127 y ss.

(37) Vid., BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 69 y s.; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 41. Como fase de control y cobertura, BUOMPADRE, en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), p. 272. Como fase de intercalación, PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos*, p. 27.

(38) Vid., PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos*, p. 28.

(39) Vid., FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 142 y ss.

(40) Vid., con mayor detalle, FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 139 y ss.

(41) Vid., con mayores referencias, FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 146 y ss.

mecanismos de individualización de los agentes constituye un mecanismo ideal para ensombrecer el origen ilícito de los bienes o activos colocados[42]. No hay duda que este último tipo de transacción constituye el mecanismo preferido para desaparecer el rastro ilícito de la procedencia de los bienes, lo que explica la especial atención que en la actualidad los diversos instrumentos internacionales de lucha contra el lavado de activos ponen sobre las transacciones electrónicas y la solicitud de colaboración a las instituciones bancarias al respecto [Recomendación N. R (80) 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 27 de junio de 1980][43]. De lo que se trata en esta fase del lavado de activos es alejar estos fondos de su origen delictivo mediante diversas transacciones u operaciones en las que muchas veces participan instituciones de diversos países[44].

c) La integración

La integración consiste en desviar los fondos blanqueados a organizaciones legítimas que no tienen una vinculación aparente con las organizaciones criminales. La introducción de los bienes en la economía legal se hace otorgando una apariencia de legalidad a través de la forma de inversiones normales, créditos o reinversiones de ahorros. La detección del origen ilícito de los fondos resulta difícil en esta etapa si es que no ha podido detectarse en las fases anteriores de colocación y ensombrecimiento[45]. Las inversiones de los fondos pueden realizarse en la adquisición de bienes inmuebles subvaluados y luego vendidos a su precio real, en empresas pantalla que no generan la utilidad que se declara ante el fisco, mediante créditos simulados otorgados por empresas extranjeras normalmente de paraísos fiscales o mediante facturas falsas de importación o

(42) Vid., Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 70.

(43) Vid., Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 71.

(44) Vid., en este sentido, Fabián Caparrós, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 135.

(45) De hecho se señala que la detección solamente tiene probabilidades en la etapa de colocación, así, Prado Saldarriaga, *Lavado de activos*, p. 29, con base en lo señalado por organismos públicos o privados como la Federación bancaria europea, la INTERPOL o la DEA.

exportación con sobrevaloraciones o subvaloraciones de las mercancías. En suma, se trata de diversos mecanismos que permiten la incorporación de los capitales de procedencia delictiva en el sistema económico legal mediante mecanismos que le otorgan una apariencia de legalidad.

III. DECISIONES POLÍTICO-CRIMINALES: LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

De los aspectos criminológicos expuestos puede deducirse que la decisión político-criminal de reprimir penalmente el lavado de activos se enmarca en la actualidad en la decisión general de intensificar la lucha contra la criminalidad organizada. En la medida que la criminalidad organizada se aprovecha de las facilidades que ofrece el mundo globalizado de hoy y los desarrollos tecnológicos, resulta lógico que la lucha contra este tipo de criminalidad se mueva no sólo en el marco del Derecho interno, sino que acuda también a instrumentos internacionales. Una muestra clara de esta lucha a escala internacional puede verse en el prefacio de la publicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada transnacional y sus protocolos en el 2004, en donde Kofi Annan, entonces Secretario General de dicha institución, sentenciaba que "si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales". Como puede verse, la lucha contra la criminalidad organizada no debe limitarse a los mecanismos de reacción nacionales, sino que debe abarcar los internacionales[46].

[46] En este sentido, señala SUÁREZ GONZÁLEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 1772, que en el plano jurídico las medidas de intensificación de la represión de la criminalidad organizada se han desarrollado básicamente en dos direcciones: reforzamiento de la cooperación policial y judicial a nivel internacional mediante la suscripción de convenios internacionales y reforzamiento de la legislación penal.

1. La lucha en el plano internacional

La Convención de Naciones Unidas de Palermo de 2000 constituye el esfuerzo internacional más claro para reprimir la criminalidad organizada. En consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, los Estados parte de la referida convención, dentro de los que se encuentra el Perú, se comprometieron a poner en marcha diversos aspectos en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional. En concreto, se pueden apreciar tres tipos de medidas cuya implementación los Estados miembros han asumido.

A. Medidas legislativas para tipificar determinados delitos

Los Estados parte de la Convención de Palermo han asumido el compromiso de tipificar como delitos diversas conductas relacionadas directamente con la criminalidad organizada. En primer lugar, debe destacarse el compromiso de reprimir el acuerdo con una o más personas para cometer un delito grave con la finalidad de obtener un beneficio económico o material y, cuando así lo prescriba el Derecho interno, el inicio de la ejecución del hecho acordado o la participación en un grupo delictivo organizado. Como puede verse, esta regulación internacional establece una cláusula de reserva que permite conciliar la regulación penal con los aspectos constitucionales y legales del Derecho interno de cada país.

En segundo lugar, se establece el compromiso de castigar penalmente la participación activa en las actividades ilícitas de un grupo delictivo organizado o en otras actividades que favorecen los fines delictivos del grupo (tráfico de armas, p.e.). También se contempla el compromiso de reprimir penalmente la organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado (cooperación con la organización criminal).

La estrecha relación de la criminalidad organizada con el lavado de activos explica que la Convención haya previsto también el compromiso de reprimir el lavado de activos, concretamente los

actos de conversión y transferencia, los actos de ocultación y tenencia, así como también los actos de cooperación (asesoramiento) para la comisión de estos delitos. Se establece igualmente la necesidad de castigar la corrupción de funcionarios, tanto el cohecho activo como el pasivo, así como la tipificación de la participación en estos delitos. Finalmente, se contempla el compromiso de castigar los actos de obstrucción de la Justicia frente a la criminalidad organizada. En el plano general de la imputación de responsabilidad penal cabe destacar la posibilidad contemplada en la Convención de Palermo de regular una responsabilidad penal de las personas jurídicas.

B. Medidas de investigación y enjuiciamiento para una eficaz persecución de la criminalidad organizada

La Convención hace mención a la implementación de medidas específicas para investigar y enjuiciar eficazmente la criminalidad organizada. En el caso específico del blanqueo de dinero, la Convención contempla la reglamentación y supervisión de bancos e instituciones financieras como la identificación de clientes, el establecimiento de registros y la denuncia de transacciones sospechosas. En el caso de la corrupción, se prevén medidas como dotar de autonomía e independencia a los órganos de persecución de la corrupción para evitar influencias indebidas en su actuación. De manera general, la Convención plantea la incorporación de medidas de detención de los imputados y mecanismos de aseguramiento de los procesados, el establecimiento de un tiempo razonable para que no prescriban los delitos, el decomiso e incautación de los bienes obtenidos ilícitamente, la protección de testigos, etc.

C. Medidas de cooperación internacional en la persecución de estos delitos

En la Convención se hace especial mención y desarrollo a la extradición y la asistencia judicial recíproca (recibir testimonios, inspecciones, embargos preventivos, etc.). Como puede verse, además de las concretas medidas que cada país firmante de la Convención de Palermo se compromete a incorporar en sus legislaciones penales

internas, existe el compromiso de los mencionados Estados de actuar conjuntamente en la represión de la criminalidad organizada. Este compromiso resulta de vital importancia en la lucha contra los procesos de lavado de activos que tiene lugar a través de circuitos internacionales, pues las medidas de cooperación internacional constituyen un instrumento fundamental para la efectiva persecución y condena de los miembros de la organización que se aprovechan de la falta de un sistema internacional único e integrado de persecución penal.

2. La lucha en el plano nacional

En el plano del Derecho penal nacional, la intensificación de la lucha contra la criminalidad organizada se ha materializado tanto en el ámbito de las reglas generales de imputación penal como en los tipos penales de la parte especial. En efecto, en cuanto a las normas de la parte general se han flexibilizado los criterios de imputación penal para adaptarse a las particularidades de las organizaciones criminales, pues si no se hace esta labor de adaptación la aplicación de los criterios tradicionales de imputación traería consigo la falta de aptitud del sistema para reprimir suficientemente la criminalidad organizada. Por su parte, en el plano de los tipos penales de la parte especial se han reconfigurado los tipos penales ya existentes y se han incorporado nuevos tipos penales para poder llevar a cabo una represión sistemática de la criminalidad organizada que no se quede en el castigo por los delitos cometidos por la actividad de la organización.

A. Las reglas de la parte general

La optimización de los criterios generales de imputación penal a los diversos miembros de la agrupación criminal se presenta, en primer lugar, en las disposiciones que regulan la aplicación espacial de la ley penal peruana a los delitos transnacionales cometidos por la organización criminal. Nuestra legislación penal sigue al respecto el principio de ubicuidad, de manera tal que podrá aplicarse extensivamente la ley penal peruana a los delitos cometidos por las

agrupaciones criminales, aun cuando solamente la conducta o el resultado se materialicen en el Perú. No obstante, se presentan problemáticos los casos en los que el delito es cometido enteramente en el extranjero pero la preparación o planificación es realizada en el Perú, pues en estos casos la ley penal peruana no podrá aplicarse a estos delitos, en la medida que se trataría de actos preparatorios impunes. Igualmente quedaría al margen del Derecho penal nacional el delito cometido enteramente en el extranjero, pero que entraña la participación de una agrupación criminal que realiza actividades delictivas en el Perú, pues estaríamos ante delitos cometidos completamente en el extranjero. Sólo los delitos cometidos por la agrupación criminal total o parcialmente en el territorio nacional podrán castigarse con base en el principio de territorialidad.

La única manera de poder aplicar la ley penal nacional a delitos cometidos por la asociación criminal en el extranjero sería acudiendo al principio de universalidad, según el cual existen delitos que, de conformidad con tratados internacionales, afectan a la humanidad en general y cuyo castigo podría materializarse con independencia del lugar en el que se han cometido. No obstante, para la operatividad de este principio se presentan dos interpretaciones. Por un lado, algunos autores sostienen que la ratificación por un país de los tratados internacionales los convierte en Derecho interno y, por tanto, se puede aplicar directamente lo dispuesto en dichos tratados[47]. Una opinión distinta y que goza de mayor consenso señala que resulta necesario que el Perú apruebe una ley interna que asuma los criterios establecidos en los tratados internacionales. Es evidente que este segundo parecer ofrece una mayor garantía a los ciudadanos frente a la intervención del Estado.

En segundo lugar, la lucha contra la criminalidad organizada requiere una optimización de los criterios generales de la autoría y participación para determinar la responsabilidad penal de los distintos miembros de la agrupación criminal por los delitos cometidos por la organización. Si todos los miembros participan de forma conjunta en la realización del delito, todos podrían ser sancionados

(47) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 5, n.m. 20.

penalmente como coautores (artículo 23 del CP). Los problemas se presentan, más bien, cuando algunos miembros (normalmente de la cúpula dirigencial) no participan en la ejecución de los delitos. Si se sigue el criterio dominante que exige que el coautor realice un aporte significativo en la ejecución del delito, la responsabilidad penal a título de coautor no podría tener lugar en el caso del dirigente que no ha participado en la ejecución del hecho mediante un aporte esencial[48]. La responsabilidad penal quedaría, en el mejor de los casos, reducida a la instigación.

Para solventar los problemas de imputación penal en los casos mencionados se ha recurrido a la teoría de los aparatos organizados de poder, la cual fue desarrollada por Roxin en 1963 para castigar como autor mediato a los que dirigen un aparato organizado de poder por la ejecución de un delito realizado por un sujeto plenamente responsable[49]. Para aplicar esta teoría Roxin exige tres elementos: un dominio sobre la estructura organizada, la fungibilidad de los ejecutores y que el aparato organizado se encuentre al margen del Derecho. Si bien Roxin había pensado la teoría de los aparatos organizados de poder fundamentalmente para el caso de los regímenes estatales injustos, la doctrina penal ha ampliado el ámbito de aplicación de esta teoría a las organizaciones criminales. Precisamente en esta línea la jurisprudencia nacional ha asumido la teoría del dominio por aparato de poder en estructuras organizadas con fines delictivos, como lo pone de manifiesto la Ejecutoria Suprema del 16/03/2000 Exp. 5049-99 San Román-Juliaca.

A pesar del relativo éxito de la teoría del dominio mediato a través de aparatos organizados de poder, este planteamiento se torna en innecesario si la participación en el delito deja de ser considerada en su realidad empírica y renuncia, por tanto, a centrar el dominio del hecho más importante en la ejecución. El dominio propio del autor puede presentarse también en una fase previa a la ejecución,

---

[48] Vid., así, Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, p. 323 y s. Sigue este planteamiento la jurisprudencia nacional (vid., así, Castillo Alva, *Jurisprudencia penal*, 1, p. 507 y ss.).

[49] Vid., Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, p. 267 y ss.

de manera tal que el aporte en la etapa de preparación o planificación que resulte esencial para la comisión del delito pueda dar igualmente pie a una coautoría, en el medida que haya una distribución funcional del trabajo. No habría, por lo tanto, que recurrir a una figura que en el fondo desnaturaliza la autoría mediata, sino que bastaría simplemente con entender adecuadamente la intervención en el delito como un fenómeno normativo.

En tercer lugar, la lucha contra la criminalidad organizada requiere intensificar las medidas no punitivas que se pueden imponer en un proceso penal para eliminar las condiciones favorables a la criminalidad. Dentro de esta lógica cabe destacar que la criminalidad organizada recurre a diversos mecanismos jurídicos para desarrollar sus actividades ilícitas, siendo muy usual que se apoye en personas jurídicas (empresas) para la facilitación, realización u ocultación de los delitos que realiza[50]. Esta situación despierta la necesidad del sistema penal de actuar contra los entes corporativos que están inmersos en la organización criminal. Las consecuencias accesorias constituyen precisamente estos mecanismos de reacción con los que cuenta nuestro ordenamiento penal.

Dentro de las consecuencias accesorias cabe destacar especialmente el decomiso de ganancias de las personas jurídicas que está previsto en el artículo 104 del Código penal. El decomiso de ganancias ilícitas debe entenderse como una medida civil de compensación con fines redistributivos[51], pues impide que el delito sea un título legítimo de adquisición de bienes o ganancias. Sin embargo, el tenor legal que tiene esta medida en nuestro Código penal tiene serias imperfecciones que deben ser corregidas. Por un lado, limita inexplicablemente el decomiso de ganancias ilícitas a las personas jurídicas, cuando debería poder aplicarse también a las personas naturales. Por otro lado, establece una subsidiariedad del decomiso

---

(50) Vid., YACOBUCCI, en *El crimen organizado*, Yacobucci (coord.), p. 93.

(51) Similarmente, GRACIA MARTÍN, en Gracia/Boldova/Alastuey, *Lecciones*, p. 400. Con mayor claridad GRACIA MARTÍN, *AP* 1993, p. 607, considera que el decomiso de ganancias ilícitas es una consecuencia jurídica de carácter civil cuyo fin es absolutamente reparador y distributivo.

de ganancias ilícitas respecto de la responsabilidad civil de sus funcionarios y dependientes que no puede explicarse desde ninguna perspectiva[52]. El decomiso de ganancias ilícitas no tiene una naturaleza indemnizatoria, por lo que debería ser completamente autónoma de la reparación civil derivada del delito.

Existen otras consecuencias especialmente útiles para la lucha contra la criminalidad organizada, como el caso de la disolución y liquidación de la persona jurídica. Esta consecuencia accesoria constituye la medida más drástica que se le puede imponer a una persona jurídica, en la medida que implica la pérdida de su existencia jurídica[53]. Por esta razón, solamente debería proceder cuando resulta claro que la persona jurídica ha sido creada con fines únicamente delictivos[54]. Nos estamos refiriendo concretamente a las sociedades pantalla o fachada, las cuales se utilizan sólo con fines delictivos de lavado de activos de procedencia delictiva. La existencia de la persona jurídica ha tenido, en estos casos, un fin únicamente delictivo, de manera tal que su permanencia en el mundo jurídico no tiene ningún sentido.

B. Los tipos penales de la parte especial

En el plano propiamente de los tipos penales de la parte especial, la lucha contra la criminalidad organizada ha dado pie, en algunos casos, a reconfigurar algunos tipos penales y, en otros, a implementar nuevas figuras delictivas. Está claro que para que el Derecho penal pueda enfrentar eficazmente el fenómeno de la criminalidad organizada no puede limitarse a mantener o perfeccionar la

---

(52) Críticamente sobre la subsidiariedad de la responsabilidad civil de la persona jurídica, Silva Sánchez, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 144. En el Derecho penal peruano, igualmente crítico, Meini Méndez, *La responsabilidad*, p. 188.

(53) Vid., Bacigalupo, S., *La responsabilidad penal*, p. 303; Gracia Martín, en Gracia/Boldova/Alastuey, *Lecciones*, p. 410.

(54) Igualmente, Silva Sánchez, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 143; Bacigalupo, S., *La responsabilidad penal*, p. 303; Meini Méndez, *La responsabilidad*, p. 212.

tipicidad de las conductas individuales realizadas por los miembros de la organización, sino que requiere llevar a cabo una labor del legislador penal más represiva en el ámbito constitutivo de las organizaciones y en los canales de beneficio. Esta labor de intensificación se ha plasmado en la legislación penal en dos ámbitos concretos.

En primer lugar, se ha reconfigurado el delito de asociación ilícita como tipo penal básico, lo que significa castigar como conducta independiente la constitución de una organización criminal. En efecto, conforme a la redacción actual del artículo 317 del CP vigente desde la reforma realizada por el D. Leg. 982, el delito de asociación ilícita para delinquir centra el injusto penal en la constitución de una organización de dos o más personas. Si bien el delito de asociación ilícita para delinquir tuvo su origen político-criminal en la necesidad de reprimir la formación de asociaciones de carácter criminal en general, no se tenía puesta la mirada en las organizaciones criminales, sino más bien, en las bandas de asaltantes y secuestradores. En la actualidad, no cabe la menor duda que el delito de asociación ilícita se utiliza especialmente para reprimir la constitución de organizaciones criminales, aunque debe quedar claro que no puede concluirse que el delito de asociación ilícita para delinquir sea asimilable a la criminalidad organizada[55]. Si bien la asociación ilícita tiene puntos en común con la criminalidad organizada en tanto fenómenos de tipo asociativo, no toda actividad de una asociación ilícita merece la calificación de crimen organizado. Por lo demás, la existencia de una organización criminal no solamente da lugar al delito autónomo de asociación ilícita para delinquir, sino que se ha incorporado como circunstancia agravante en diversos tipos penales de la parte especial que por lo general son cometidos por organizaciones criminales (lavado de activos, por ejemplo).

En segundo lugar, se ha introducido en nuestra legislación el delito de lavado o blanqueo de capitales mediante el cual se castiga el proceso de integración de los beneficios obtenidos por actividades delictivas al sistema económico legal. Así, mientras el delito de

---

[55] Así lo señala, YACOBUCCI, en *El crimen organizado*, Yacobucci (coord.), pp. 54, 75.

asociación ilícita apunta a reprimir la parte constitutiva o de soporte de la criminalidad organizada, el lavado de activos ataca la fase final de realización de los beneficios económicos procurados por la organización criminal. En nuestra exposición vamos a ocuparnos solamente del delito de lavado de activos, el cual se encuentra regulado en nuestro país en la Ley 27765. Con el castigo de esta conducta se busca no sólo desincentivar las actividades de las organizaciones criminales, sino también, y fundamentalmente, proteger el mercado financiero frente a las distorsiones que la introducción indebida de capitales puede provocar.

IV. LA REGULACIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS

La decisión político-criminal de intensificar la lucha contra la criminalidad organizada ha dado lugar, entre otras medidas, a reprimir penalmente los actos de blanqueo de capitales de procedencia ilícita. Esta decisión no se ha quedado, sin embargo, en el plano puramente penal de tipificar un delito, sino que ha motivado el desarrollo de un sistema de control administrativo en el sector económico y financiero para prevenir y detectar el lavado de capitales. En la medida que existe una clara relación de complementariedad entre el control administrativo y la persecución penal, consideramos conveniente que antes de entrar en el análisis del delito de lavado de activos tipificado en la Ley 27765, procedamos a describir brevemente los rasgos esenciales del control administrativo de las operaciones de lavado de activos.

1. El sistema administrativo de prevención y detección del lavado de activos

En el ámbito administrativo se creó por Ley 27693 la llamada Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), a la cual se le ha encargado el análisis, tratamiento, evaluación y transmisión de información para prevenir y detectar el lavado de dinero o activos. Además de esta labor de procesamiento de la información, se le atribuye la función de coadyuvar a la implementación del sistema de detección de las operaciones sospechosas de lavado de activos por parte de los sujetos obligados a informar a la UIF sobre este tipo de operaciones. Si

luego del análisis de los reportes de operaciones sospechosas la UIF presume que estas operaciones se encuentran vinculadas al delito de lavado de activos, deberá comunicarlo al Ministerio Público mediante un informe de inteligencia (artículo 4 de la Ley 27693 y artículo 13 de su Reglamento).

El sistema de prevención y detección de operaciones de lavado de activos que dirige la UIF cuenta con el apoyo de los llamados Sujetos Obligados a Informar y de los órganos de supervisión. Veamos en qué consisten las labores de apoyo de estos auxiliares del sistema de prevención y detección del lavado de activos.

A. Los sujetos obligados a informar

La Ley 27693 establece en su artículo 8 una lista relativamente amplia de personas naturales y jurídicas sobre las que recaen determinados deberes necesarios para la prevención y detección de las actividades de lavado de activos[56]. Estos deberes giran en torno a

---

[56] Artículo 8°.- De los sujetos obligados a informar

8.1 Están obligadas a proporcionar la información a que se refiere el artículo 3° de la presente Ley, las siguientes personas naturales o jurídicas:

1. Las empresas del sistema financiero y del sistema de seguros y demás comprendidas en los artículos 16° y 17° de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702.
2. Las empresas emisoras de tarjetas de crédito y/o débito.
3. Las cooperativas de ahorro y crédito.
4. Los fiduciarios o administradores de bienes, empresas y consorcios.
5. Las sociedades agentes de bolsa, sociedades agentes de productos y sociedades intermediarias de valores.
6. Las sociedades administradoras de fondos mutuos, fondos de inversión, fondos colectivos, y fondos de seguros de pensiones.
7. La Bolsa de Valores, otros mecanismos centralizados de negociación e instituciones de compensación y liquidación de valores.
8. La Bolsa de Productos.
9. Las empresas o personas naturales dedicadas a la compra y venta de vehículos, embarcaciones y aeronaves.
10. Las empresas o personas naturales dedicadas a la actividad de la construcción e inmobiliarias.

11. Los casinos, sociedades de lotería y casas de juegos, incluyendo bingos, tragamonedas, hipódromos y sus agencias, y otras similares.
12. Los almacenes generales de depósito.
13. Las agencias de aduana.
14. Las empresas que permitan que mediante sus programas y sistemas de informática se realicen operaciones sospechosas.

8.2 Asimismo quedan obligados a informar a la UIF-Perú, con respecto a operaciones sospechosas y/ o operaciones de acuerdo al monto que fije el reglamento, las personas naturales o jurídicas que se dediquen a las actividades de:

1. La compra y venta de divisas.
2. El servicio de correo y courrier.
3. El comercio de antigüedades.
4. El comercio de joyas, metales y piedras preciosas, monedas, objetos de arte y sellos postales.
5. Los préstamos y empeño.
6. Las agencias de viajes y turismo, hoteles y restaurantes.
7. Los Notarios Públicos.
8. Los Martilleros Públicos.
9. Las personas jurídicas o naturales que reciban donaciones o aportes de terceros.
10. Los despachadores de operaciones de importación y exportación.
11. Los servicios de cajas de seguridad y consignaciones, que serán abiertas con autorización de su titular o por mandato judicial.
12. La Comisión de Lucha contra los Delitos Aduaneros.
13. Laboratorios y empresas que producen y/o comercialicen insumos químicos que se utilicen para la fabricación de drogas y/o explosivos.
14. Personas naturales y/o jurídicas dedicadas a la compraventa o importaciones de armas.
15. Personas naturales y/o jurídicas dedicadas a la fabricación y/o comercialización de materiales explosivos.
16. Gestores de intereses en la administración pública, según Ley N° 28024.
17. Empresas mineras.
18. Organizaciones e instituciones públicas receptoras de fondos que no provengan del erario nacional.

8.3 Del mismo modo quedan obligados a proporcionar información cuando sea necesario para el cumplimiento de las funciones de la UIF-Perú:

1. La Superintendencia Nacional de Administración Tributaria.
2. La Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores.
3. Los Registros Públicos.

la necesidad de los órganos de detección de lavado de activos de contar con información sobre las operaciones que podrían ocultar un proceso de legitimación de capitales de procedencia delictiva. En el plano político-criminal se ha cuestionado la viabilidad práctica de este mecanismo administrativo, pues, por un lado, se impone sistemas de control cuya implementación debe asumir el propio privado sin ningún tipo de incentivo o beneficio fiscal y, por el otro, el deber de información no produce el efecto preventivo deseado, pues entre la comunicación y el inicio de un proceso formal de investigación transcurre cierto tiempo que hace difícil la posterior verificación de la prueba[57]. No obstante, y a pesar de estos cuestionamientos, el legislador nacional ha decidido implementar el sistema administrativo de control y detección del lavado de activos recurriendo a los particulares como sujetos informantes.

A los sujetos obligados a informar se le impone, en primer lugar, un deber de establecer un sistema de prevención de actividades de lavado de activos en su ámbito de actuación[58], lo cual implica un

4. Las Centrales de Riesgo Público o Privado.
5. El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.
6. Las distintas cámaras de comercio del país.
7. La Comisión de Formalización de la Propiedad Informal - COFOPRI.
8. La Dirección General de Migraciones y Naturalización.
9. La Contraloría General de la República.
10. El Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural - PETT.
11. El Seguro Social de Salud.
12. El Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.
13. Empresa Nacional de Puertos - ENAPU.
14. Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas - DEVIDA.
15. Empresa Nacional de la Coca - ENACO.

8.4 Mediante ley se podrá ampliar la lista de los sujetos obligados a proporcionar la información que establece este artículo.

8.5 La UIF-Perú podrá coordinar con otras instituciones públicas, para la obtención de la información que requiera para el cumplimiento de sus funciones.

8.6 El reglamento establecerá los sujetos que están obligados a llevar Registro.

(57) Vid., así, CASTALDO, en *El crimen organizado*, Yacobucci (coord.), p. 278 y s.

(58) Vid., LAMAS PUCCIO, *Transacciones financieras sospechosas*, p. 88 y ss.

conocimiento adecuado del mercado financiero, bursátil y comercial para determinar las características de las operaciones que se realizan por su intermedio (artículo 14 de la Ley de creación de la UIF)[59]. Dentro de este sistema de prevención debe destacarse especialmente la necesidad de elaborar y poner en práctica manuales y códigos de conducta para los trabajadores de la empresa obligada a informar con la finalidad de asegurar el correcto funcionamiento del sistema de prevención de lavado de activos (artículo 23 del Reglamento de la Ley de creación de la UIF). Por otra parte, los obligados a informar deben también desarrollar programas de capacitación para instruir a sus trabajadores sobre las normas y procedimientos vigentes para evitar o detectar conductas de lavado de activos, de manera que exista una permanente actualización sobre las formas de operar de las personas dedicadas a blanquear capitales[60].

La normativa administrativa impone a los sujetos obligados a informar también un deber de registrar mediante sistemas manuales o informáticos diversas operaciones de disposición de bienes. La Ley 27693 establece las diversas operaciones que deben registrarse (artículo 9.1.)[61], siempre que sean iguales o superiores a diez mil dólares americanos o su equivalente en moneda nacional (artículo 6 del Reglamento). En el caso de varias operaciones realizadas en un mes calendario, el deber de registro surge cuando dichas operaciones en conjunto igualen o superen los cincuenta mil dólares americanos o su equivalente en moneda nacional (control de *smurfing*). En el caso de empresas de transferencia de fondos, casinos, sociedades de lotería y casas de juego, incluyendo bingos, hipódromos y sus agencias, la obligación de registro surge con montos inferiores. Los datos que debe contener el registro exigido se encuentran especificados por los artículos 9.2. de la Ley y 7.1 de su Reglamento. La

---

(59) Así, sobre el conocimiento del mercado, Prado Saldarriaga, *Lavado de activos*, p. 52.

(60) Vid., Prado Saldarriaga, *Lavado de activos*, p. 53.

(61) Vid., sobre el deber de registro, Reich, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 5, n.m. 37 y ss.

obligación de registro se levanta cuando se trata de clientes habituales de los que consta su actividad lícita (artículo 9.4 de la Ley)[62].

El deber de comunicar a la UIF las operaciones sospechosas o inusuales que detecten en el curso de sus actividades constituye también otra imposición de la normativa administrativa de lucha contra el lavado de activos[63]. La propia ley define en su artículo 11 en qué consisten las transacciones sospechosas o inusuales. Se definen como transacciones sospechosas aquéllas 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[64]. En el Reglamento de la ley se agrega como criterio para determinar el carácter sospechoso de una operación, la información con que cuenta el sujeto obligado a informar sobre su cliente (artículo 11.2), por lo que resulta necesario identificar adecuadamente al cliente (*know your customer*)[65]. Las transacciones inusuales se definen, por su parte, como aquéllas cuya cuantía, características y periodicidad no guardan relación con la actividad del cliente, salen de los parámetros de normalidad vigente en el mercado o no tienen un fundamento legal evidente[66]. En el Reglamento de la ley se señala adicionalmente que para determinar lo inusual de una operación debe ponerse especial atención en todas las operaciones realizadas o que se pretendan

---

(62) Vid., LAMAS PUCCIO, *Transacciones financieras sospechosas*, p. 92 y s.

(63) Sobre el deber de comunicación de sospecha, REICH, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 5, n.m. 41; LAMAS PUCCIO, *Transacciones financieras sospechosas*, 81 y ss.

(64) Vid., más ampliamente, LAMAS PUCCIO, *Transacciones financieras sospechosas*, p. 67 y ss.

(65) Sobre el deber de identificación, REICH, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 5, n.m. 31 y ss.; LAMAS PUCCIO, *Transacciones financieras sospechosas*, p. 79 y s. Sobre la política específica de prevención del "conozca a su cliente" (PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos*, p. 52; LAMAS PUCCIO, *op. cit.*, pp. 26 y ss., 64 y ss.).

(66) Vid., LAMAS PUCCIO, *Transacciones financieras sospechosas*, p. 75 y ss.

realizar. A diferencia de la reglamentación europea[67], la regulación nacional no establece casos de abstención de la ejecución de transacciones calificadas de sospechosas. En parte, la ausencia de este deber de abstención resulta favorable a la investigación por lavado de activos, pues la persona objeto de sospecha no toma conocimiento de esta situación y, por tanto, no emprende eventualmente actos de perturbación de la investigación.

La Ley 27693 establece finalmente un deber de confidencialidad a los sujetos obligados a informar a la UIF[68]. En su artículo 12 se señala que los sujetos obligados, así como sus empleados, que informen a la UIF sobre las transacciones sospechosas e inusuales, no pueden poner en conocimiento de persona alguna, salvo de un órgano jurisdiccional o autoridad competente u otra persona autorizada de acuerdo con las disposiciones legales, el hecho de que una información ha sido solicitada o proporcionada a la UIF, bajo responsabilidad legal. Este deber se hace extensivo también a los miembros del Consejo Consultivo, el Director Ejecutivo y demás personal de la UIF. Con la imposición de este deber de confidencialidad se busca evitar que los sujetos eventualmente investigados puedan armar una coartada en su defensa o perturbar la investigación que pudiesen iniciar los órganos encargados de la detección y persecución de los procesos de lavado de activos.

B. Los órganos supervisores

El sistema de prevención y detección de las actividades de lavado de activos cuenta también con el apoyo de los órganos supervisores que, de acuerdo con su normatividad específica y sus propios mecanismos de supervisión, ejercen funciones de control sobre los sujetos obligados a informar para el cumplimiento de las normas y manuales de prevención del lavado de activos. Como órganos supervisores, el Reglamento menciona, por ejemplo, a la Superinten-

---

(67) Vid, Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 133 y ss.

(68) Vid., Prado Saldarriaga, *Lavado de activos*, p. 61; Lamas Puccio, *Transacciones financieras sospechosas*, p. 85.

dencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones, la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, el Ministerio de Comercio Exterior, el Consejo del Notariado, entre otras instituciones (artículo 2 literal j). En el caso de aquellos sujetos obligados a informar que carecen de órgano supervisor, la función de supervisión se le asigna a la UIF.

Los órganos supervisores, en coordinación con la UIF, ejercen la función de supervisar el cumplimiento del sistema de prevención del lavado de activos por parte de los sujetos obligados a informar. Los responsables de implementar el sistema para detectar operaciones sospechosas de lavado de activos en los sujetos obligados a informar son el Directorio, el Gerente General o sus órganos equivalentes. Para supervisar el cumplimiento de este deber de implementación, los órganos supervisores cuentan con la colaboración del llamado oficial de cumplimiento, así como de la auditoría interna y externa.

El oficial de cumplimiento es el funcionario designado a dedicación exclusiva por cada uno de los sujetos obligados a informar para vigilar, junto con el directorio y el gerente general de los sujetos obligados a informar, el cumplimiento del sistema para detectar operaciones sospechosas de lavado de activos[69]. Las empresas o personas obligadas que por el tamaño de organización, complejidad y volumen de transacciones no justifique contar con un funcionario a dedicación exclusiva, designarán a un ejecutivo de nivel de gerencia para que asuma estas responsabilidades. En el caso de las personas naturales obligadas a informar, éstas deben asumir las funciones del oficial de cumplimiento en lo que les fuera aplicable. El oficial de cumplimiento está obligado concretamente a elaborar un informe semestral sobre el funcionamiento y el nivel de cumplimiento del sistema de detección del lavado de activos por parte del sujeto obligado.

La auditoría interna y externa de los sujetos obligados a informar que sean personas jurídicas, deben verificar el cumplimiento del

[69] Vid., sobre el oficial de cumplimiento, LAMAS PUCCIO, *Transacciones financieras sospechosas*, p. 90 y s.

sistema de prevención del lavado de activos del sujeto obligado establecido por la normativa general o sectorial correspondiente. Concretamente, la auditoría interna tiene que formular un plan de auditoría especial del programa de prevención de lavado de dinero o de activos, orientado a mejorar el sistema de control interno para la prevención. El resultado de los exámenes aplicados deberá incluirse como anexo al informe del Oficial de Cumplimiento. En el caso de la auditoría externa, se debe emitir un informe especial no complementario del informe financiero anual, en el que se establezcan los incumplimientos a las disposiciones sobre prevención del lavado de activos establecidas por ley o por el órgano supervisor correspondiente[70]. El contenido mínimo de este informe se encuentra especificado en el artículo 23 del Reglamento, el cual debe ser realizado por una empresa auditora externa distinta a la que emite el informe anual de estados financieros.

El artículo 17 del Reglamento otorga la facultad a los órganos de supervisión de expedir normas, en coordinación con la UIF, en las que se establecen los requisitos y precisiones sobre la forma cómo se tiene que dar cumplimiento a lo dispuesto en La ley y el Reglamento respecto a los sujetos obligados bajo el ámbito de su supervisión. En este sentido, por ejemplo, la SBS ha expedido unas normas complementarias para la prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo, en el que se encarga de precisar los aspectos referidos al registro de operaciones y a la comunicación de las transacciones sospechosas o inusuales en el ámbito bancario y financiero (SBS N° 479-2007). De esta manera, se ha generado una regulación administrativa sectorial que tiene como finalidad poder prevenir y detectar conductas de lavado de activos en el sector financiero y bancario, teniendo en cuenta las particularidades de este sector económico específico[71].

---

(70) Vid., Lamas Puccio, *Transacciones financieras sospechosas*, p. 94 y s.

(71) Vid., sobre la importancia de este sector para el lavado de activos, Lamas Puccio, *Transacciones financieras sospechosas*, p. 11 y s.

C. Las sanciones administrativas

La regulación administrativa sobre prevención y detección de lavado de activos requiere, para tener mayor eficacia, contemplar la posibilidad de imponer sanciones administrativas en caso de incumplimiento de las obligaciones administrativamente dispuestas. Si bien el artículo 17.9 del Reglamento de la Ley 27693 señala que "el Reglamento de Infracciones y Sanciones a que se refiere la Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley, establecerá los tipos de infracciones en que podrían incurrir los Sujetos Obligados a informar, respecto de la implementación y funcionamiento del sistema de prevención y detección de lavado de activos, así como las sanciones a aplicar", hasta ahora este reglamento general no se ha expedido. No obstante, en este mismo artículo se señala que para aquellos sujetos que se encuentren dentro del ámbito de un órgano supervisor que tenga las facultades para establecer infracciones y sanciones conforme a Ley, este órgano supervisor podrá establecer las infracciones y las sanciones por el incumplimiento de las normas sobre prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Y efectivamente éstos son hasta ahora los reglamentos de infracciones y sanciones que se han expedido para la detección y prevención del lavado de activos. Concretamente cabe mencionar el Reglamento de Sanciones aplicables a personas naturales y jurídicas supervisadas por la SBS, Resolución SBS 816-2005, en donde se contempla como infracciones graves diversos incumplimientos a la normativa sobre detección y prevención de lavado de activos. Igualmente se ha publicado hace poco para el ámbito de las empresas supervisadas las Normas para la Prevención del Lavado de Activos y/o Financiamiento del Terrorismo de la CONASEV, Resolución CONASEV Nº 087-2006-EF/94.10 de 1 de dicembre de 2006, en donde se incorporan al Reglamento de Sanciones diversas infracciones referidas al cumplimiento de la normativa sobre lavado de activos.

La potestad de imponer las sanciones recae sobre los órganos de supervisión. Esta potestad solamente recaerá sobre la UIF en el caso de sujetos obligados a informar que no estén bajo la supervisión de ningún órgano supervisor específico. En este sentido, el artículo 17.8 del Reglamento establece que "el incumplimiento de las normas

sobre prevención del lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo, conforme a Ley será sancionado por los respectivos organismos supervisores de los Sujetos Obligados a informar, cuando éstos sean diferentes a la UIF-Perú, de acuerdo con sus atribuciones, la Ley, su Reglamento y el Reglamento de Infracciones y Sanciones. La UIF-Perú comunicará a los organismos supervisores aquellas conductas de los Sujetos Obligados que hubiera detectado en el desarrollo de sus funciones que pudieran implicar una infracción a la normativa de cada organismo supervisor sobre prevención de lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo. La UIF-Perú sancionará a aquellos Sujetos Obligados a informar que no estén bajo la supervisión de un órgano supervisor".

2. La ley penal contra el lavado de activos

La lucha contra el lavado de activos no se limita a una labor de prevención administrativa, sino que requiere una represión penal. Sin embargo, el camino de la criminalización del lavado de activos ha sido inverso al de muchos delitos económicos, pues la represión de este delito fue primeramente penal y luego se ha complementado con disposiciones preventivas de carácter administrativo[72]. En efecto, la represión penal del lavado de activos en nuestro país vino de la mano de la intensificación de la lucha contra el tráfico ilícito de drogas. Si bien ya en la década de los ochenta se puso la atención en las organizaciones criminales que se formaban en torno al TID con la expedición del Decreto Legislativo 122, no se castigó de forma específica el lavado de dinero obtenido por esta actividad ilícita. Fue a raíz del compromiso internacional asumido con la Convención de Naciones Unidas sobre drogas de 1988 para una lucha eficaz contra este tipo de criminalidad[73], que el legislador nacional tomó la decisión

---

[72] Vid., Prado Saldarriaga, *Lavado de activos*, p. 103. En España se ha seguido un camino similar, vid., así, Aránguez Sánchez, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 118.

[73] Sobre los pormenores de la configuración de la Convención de drogas de 1988, vid., Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 98 y ss.; Prado Saldarriaga, *Lavado de activos*, p. 3 y ss.

de criminalizar los procesos de lavado de bienes procedentes del narcotráfico. La primera regulación de figuras de lavado de activos en el marco de delitos de TID tuvo lugar a través del Decreto Legislativo 736, constituyendo su fuente legal la ley argentina 23737[74]. No obstante, por razones de carácter político el Congreso de la República decidió no ratificar dicho Decreto Legislativo 736 y reemplazarlo, más bien, por una ley que asimilaba el lavado de activos a una receptación patrimonial agravada[75]. La actitud crítica frente a esta forma de comprender el lavado de activos llevó a que mediante el Decreto Ley 25420 se volvieran a tipificar las conductas de lavado de activos en el marco de los delitos de tráfico ilícito de drogas mediante la incorporación de los artículos 296-A y 296-B en el Código penal[76].

Con la Ley 27765 el delito de lavado de activos se ha independizado de los delitos de tráfico ilícito de drogas, de modo tal que puede cometerse respecto de bienes que provienen de cualquier actividad ilícita rentable[77]. Si bien el lavado de activos tuvo como primer ámbito de represión el narcotráfico, hoy resulta incuestionable que no se trata de una conducta delictiva exclusiva de este tipo de delincuencia. El único ámbito excluido del lavado de activos son los delitos patrimoniales, en los que existe un tipo penal especial: el delito de receptación del artículo 194 del Código penal[78]. Actualmente continúa vigente la Ley 27765, aunque ha sido sometida a algunas

---

(74) Vid., así, PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos*, p. 94 y s., con consideraciones críticas.

(75) Vid., al respecto, PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos*, p. 97.

(76) Vid., GÁLVEZ VILLEGAS, *El delito de lavado de activos*, p. 35; PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos*, p. 93.

(77) Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES, *LH-Bramont Arias*, p. 518. Sobre la conveniencia de regular el delito de lavado de activos mediante una ley especial como se hace en nuestro sistema jurídico, GÓMEZ INIESTA, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 28. Críticamente sobre esta opción legislativa, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 103; FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 243 y ss..

(78) Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES, *Actualidad penal* 105 (2002), p. 63.

modificaciones, siendo la más importante la operada por el Decreto Legislativo 986. En lo que sigue, vamos a ocuparnos de exponer las particularidades de esta regulación penal del delito de lavado de activos.

V. LOS DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS

La ley contra el lavado de activos establece un conjunto de conductas sancionadas penalmente en relación con los procesos destinados a lavar activos que provienen de la comisión de delitos graves. El análisis de esta regulación legal requiere determinar previamente el bien jurídico protegido, pues solamente con esta determinación puede evaluarse si ha sido correcta la decisión del legislador de criminalizar estas conductas, así como definir el criterio central para la correcta interpretación judicial de estos tipos penales[79]. Si el Derecho penal busca proteger bienes jurídicos, es evidente que la determinación del alcance de las conductas englobadas por el delito de lavado de activos requiere tener claro, antes que nada, cuál es el bien jurídico protegido penalmente. Una vez precisado el bien jurídico penalmente protegido, procederemos a establecer las diversas formas de realización del delito que prevé la ley, así como las circunstancias específicas que agravan la pena del delito básico.

1. El bien jurídico protegido

Las posiciones sobre el bien jurídico penalmente protegido por el delito de lavado de activos son muy diversas. En primer lugar, cabe mencionar a un sector crítico frente a la necesidad de recurrir a una represión penal del lavado de activos[80]. A partir de un análisis de carácter eminentemente económico, este sector considera que el

---

(79) Vid., sobre la diferencia entre la función político-criminal y dogmática del bien jurídico, Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 177 y s. Dentro de la función dogmática, al bien jurídico se le asigna tanto una función interpretativa (de los tipos penales), como sistemática (clasificación de las infracciones penales).

(80) Vid., Bajo Fernández, *LH-Tiedemann*, p. 74.

blanqueo de capitales no resulta ofensivo para el sistema económico, pues el sistema financiero es un instrumento neutro cuyo funcionamiento no se ve alterado por el origen de los capitales. Todo lo contrario, de alguna manera puede decirse que el lavado de dinero resulta positivo para el sistema económico, ya que la incorporación de los fondos ilícitos al mercado legal permite un control estatal sobre los mismos. Los capitales ocultos afloran en el sistema económico y de esta manera pueden ser controlados por la Hacienda Pública.

Frente a los argumentos del sector doctrinal antes mencionado se han esgrimido diversas críticas. En primer lugar, podría discreparse de la aparente inofensividad económica del blanqueo de capitales, pues es evidente que, salvo que la economía esté diseñada para vivir de los fondos ilegales, la introducción de activos por cauces ilegales genera diversas distorsiones en el sistema económico. Si bien se le podría rebatir a esta afirmación que las distorsiones en el sistema económico solamente tendrían lugar en caso se introduzcan grandes cantidades de activos negros, podría también acudirse a la lógica de una lesividad acumulativa para legitimar el castigo de estas conductas desde el punto de vista del sistema económico. Así, aun cuando una conducta de lavado de activos no genera por sí misma una distorsión en el orden económico, la sumatoria previsible de similares conductas podría generar la lesividad necesaria para legitimar la intervención penal. Por otra parte, y aun cuando no exista una lesividad en términos económicos, hay que tener presente que la dañosidad social se sustenta en la defraudación de una expectativa normativa de conducta derivada de las estructuras de expectativas vigentes en el sistema económico[81]. En este sentido, la generación de una apariencia de legalidad sobre bienes de procedencia delictiva constituye una conducta incompatible con un aspecto esencial del sistema económico, a saber, que la conformación de

[81] Similarmente, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 87, señala que la lesividad del comportamiento no puede ser medida en términos estrictamente contables, sino que debe ser analizada desde la óptica de lo reprochable que resulta admitir en la economía legal fondos con origen delictivo.

un patrimonio socialmente reconocido solamente puede tener lugar sobre la base del esfuerzo propio en actividades lícitas dentro de una economía de libre mercado.

Por las consideraciones expuestas, resulta mayoritaria la línea que considera justificada la represión penal del lavado de activos de procedencia ilícita. La discusión surge, más bien, cuando se aborda la cuestión que cuál es el bien jurídico penalmente protegido que justificaría la intervención penal. Al respecto existen diversos planteamientos. Por un lado, unos siguen una orientación uniofensiva, es decir, que identifican un solo bien jurídico protegido por el delito de lavado de activos, siendo el punto de discusión, más bien, la cuestión de cuál es ese bien jurídico. Por otro lado, se han formulado también orientaciones pluriofensivas que consideran que con el delito de lavado de activos se protege más de un bien jurídico. Veamos este panorama doctrinal de manera más detenida.

A. Planteamientos uniofensivos

a. El bien jurídico protegido por el delito previo

Un sector minoritario sostiene que el bien jurídico protegido por el delito de lavado de activos es el bien jurídico lesionado por el hecho delictivo previo[82]. Se sigue, de esta forma, el planteamiento que algunos autores hacen sobre la naturaleza de los delitos de encubrimiento y receptación, en el sentido de que estos delitos carecen de un bien jurídico propio, pues sirven a la tutela, aunque de una forma particular, del mismo bien jurídico de los delitos a los que anteceden[83]. En consecuencia, el delito de lavado de activos buscaría proteger concretamente la norma de resguardo de los delitos

---

(82) Vid., Salditt, en *Arbeitsgemeischaft Strafrecht*. Strafverteidiger-Forum 4/92, p. 121 y ss. (cit. por Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 185); Azzali, *RIDPP* 1993, p. 432; Bajo/Bacigalupo, *Derecho penal económico*, p. 684.

(83) Vid., así, últimamente, Sánchez-Ostiz Gutiérrez, *Los delitos de encubrimiento*, p. 419.

previos, es decir, la norma que asegura la eficacia de la amenaza de las normas penales primarias infringidas previamente[84].

Pese a reconocer la viabilidad de la sugestiva interpretación de los delitos de favorecimiento del delito, consideramos que tal interpretación podría alcanzar solamente a los delitos de encubrimiento y receptación. Por el contrario, en el delito de lavado de activos se presenta un factor adicional que no tiene lugar necesariamente en los delitos antes mencionados y que lleva consigo un cambio en su configuración dogmática. En efecto, junto con la afectación a la norma de resguardo, el delito de lavado de activos provoca una afectación al mercado financiero y patrimonial mediante la incorporación de bienes o dinero negro en el tráfico económico con la finalidad de legitimarlos o sustituirlos por otros que mantienen su valor, pero con apariencia de legalidad. Como puede verse, el delito de lavado de activos no se queda en los bienes jurídicos afectados por los delitos previos, sino que se vincula con la propia estabilidad del mercado económico y financiero. En este sentido, una interpretación reducida al bien jurídico del delito previo resultaría insuficiente para abarcar el desvalor de este tipo de conducta.

b. La Administración de Justicia

Un sector importante de la doctrina ve en el delito de lavado de activos una afectación a la Administración de Justicia[85]. 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. Las posiciones doctrinales diferencian la protección de la Administración de Justicia llevada a cabo por el delito de lavado de activos desde dos perspectivas, concretamente, en razón de su función reparadora y de su función preventiva.

---

(84) Sobre la norma de resguardo, vid., SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Los delitos de encubrimiento*, p. 243 y ss.

(85) Vid., GÓMEZ PAVÓN, *CPC* 53 (1994), p. 189 y ss.; BUOMPADRE, en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), p. 274.

La Administración de Justicia es entendida en su función reparadora cuando se trata de eliminar los efectos de los hechos punibles cometidos[86]. En el fondo, la visión reparadora de la Administración de Justicia como bien jurídico penalmente protegido por el delito de lavado de activos no difiere estructuralmente de la postura que considera que el bien jurídico lesionado es el bien jurídico del delito previo, pues sigue vinculándose el delito de lavado de activos, al igual que el encubrimiento y la receptación, a los delitos previos. La diferencia se encuentra solamente en el hecho de que consideran que la protección posterior se configura a partir de un nuevo bien jurídico, constituido por la Administración de Justicia. La protección de la norma de resguardo daría lugar así a un nuevo bien jurídico denominado Administración de Justicia. Esta interpretación ha sido cuestionada, sin embargo, porque limitaría la protección penal a la actuación de la Administración de Justicia nacional, pues si los bienes lavados provienen de delitos cometidos en el extranjero, la Administración de Justicia perjudicada sería, en todo caso, la de los países en donde se cometieron los delitos previos que generaron la ganancia ilícita[87].

Por su parte, la protección de la Administración de Justicia en su función preventiva no mira la reparación de los efectos producidos por los delitos previos, sino el impedimento de futuros hechos delictivos[88]. En efecto, esta comprensión pone especial acento en la vinculación del lavado de activos con la criminalidad organizada, de manera que los capitales lavados permitirían a las organizaciones criminales seguir con sus actividades delincuenciales[89]. No

---

(86) Vid., Otto, *Jura* 1993, p. 330 y s. Como la pretensión estatal de decomiso, Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 7, n.m. 278.

(87) Vid., Salditt, en *Arbeitsgemeischaft Strafrecht*, p. 122 (cit. por Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 187 y s.).

(88) En este sentido, Salditt, p. 122; Ragués i Vallès, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 153.

(89) En esta línea, pero sin reconocer como bien jurídico la Administración de Justicia, Barton, *StV* 1993, p. 160; Forthauser, *Geldwäsche „de lege lata et ferenda"*, p. 143 y ss.

obstante, esta comprensión corre el peligro de ampliar excesivamente el ámbito de punibilidad, pues con base en su criterio de interpretación no tendría que diferenciarse si el dinero al que acceden las organizaciones criminales tiene o no una procedencia ilícita. Bastaría simplemente con el peligro de que los bienes sean utilizados por estas organizaciones para el desarrollo de sus actividades delictivas, eliminando así el requisito previo de la demostración de la procedencia delictiva de los bienes. Como puede verse, el delito se extendería tanto que paralizaría prácticamente las operaciones económicas de manera intolerable[90].

c. El orden económico

De manera cada vez más usual, la doctrina penal ubica el bien jurídico protegido por el delito de lavado de activos en el orden económico[91]. Este acuerdo doctrinal, sin embargo, es consciente de que el orden económico es un concepto tan amplio que apenas suministra criterios seguros de interpretación[92], por lo que los intentos de enmarcar el delito de lavado de activos en los delitos económicos intentan concretar más su objeto de protección. Estos intentos de concreción han ido por diversas líneas, entre los que cabe destacar la protección del mercado financiero, la política de represión del fraude fiscal[93],

---

(90) El propio FORTHAUSER, *Geldwäsche*, p. 146, rechaza esta posibilidad de configuración del tipo penal.

(91) Así, FORTHAUSER, *Geldwäsche*, p. 159; BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 215 y ss.; FABIÁN CAPARRÓS, *El blanqueo de capitales*, p. 238.

(92) Vid., así, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 219; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 84; GÁLVEZ VILLEGAS, *El delito de lavado de activos*, p. 21. Rechazan en general considerar a la economía u orden económico como el bien jurídico protegido en los delitos económicos, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 122; EL MISMO, *Welche strafrechtlichen Mittel*, p. C29; BAJO FERNÁNDEZ, en *Comentarios*, I, Cobo del Rosal (dir.), p. 252; WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 225 y s.; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 253; GRACIA MARTÍN, en *LH-Cerezo Mir*, p. 362 y s.; MAZUELOS COELLO, *Lecciones*, p. 127; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 72.

(93) Vid., así, BAJO FERNÁNDEZ, en *LH-Del Rosal Fernández*, p. 146 y ss.

la libre competencia[94] o la competencia leal en el orden socioeconómico[95]. En cualquier caso, queda claro que la represión del lavado de activos se enmarcaría, para esta línea de interpretación, en la protección de ciertas condiciones esenciales del sistema económico.

B. Planteamientos pluriofensivos

Un sector importante de la doctrina penal entiende que el delito de lavado de activos es un delito pluriofensivo, ya que el desvalor penal de esta clase de conducta no se queda en la lesión de un solo bien jurídico, sino que abarca otros más. Dentro de esta línea de pensamiento destacan especialmente los planteamientos pluriofensivos que entienden que el delito de lavado de activos lesiona tanto la Administración de Justicia como el orden socio-económico[96]. Desde esta perspectiva, el delito de lavado de activos lesionaría el orden económico mediante una conducta que afecta directamente la Administración de Justicia. No obstante, también se presentan interpretaciones doctrinales que combinan otros bienes jurídicos dentro del ámbito de protección del delito de lavado de activos, como el orden socio-económico y el delito previo o como la Administración de Justicia y el delito previo[97]. La idea central de todas estas interpretaciones es entender que el desvalor del delito de lavado de activos no se sustenta en la afectación de un solo bien jurídico, sino de varios bienes jurídicos.

---

(94) Vid., Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 225.

(95) Vid., así, en este sentido, Aránguez Sánchez, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 101.

(96) Vid., con sus propias particularidades, Lampe, *JZ* 1994, p. 123 y ss.; Vidales Rodríguez, *Los delitos*, p. 91 y ss.; Vives Antón/González Cussac, *Comentarios*, Vives Antón (coord.), T. II, p. 1464; Prado Saldarriaga, en www.unifr.ch/derechopenal [consulta: 15 de noviembre 2002]; El Mismo, *Lavado de activos*, p. 137; Bramont-Arias Torres, *LH-Bramont Arias*, p. 521.

(97) Sobre estas interpretaciones, vid., las referencias de Aránguez Sánchez, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 93 y s.

C. Toma de postura

Para determinar el bien jurídico protegido por el delito de lavado de activos regulado en la Ley 27765 resulta necesario tener en consideración la autonomía regulativa que el legislador penal le ha dado a este delito. En efecto, como ya se mencionó, el delito de lavado de activos fue incorporado originalmente en el Código penal como un delito vinculado al tráfico ilícito de drogas, siendo posteriormente sacado del articulado de estos delitos y regulado en una ley penal especial. Esta decisión del legislador muestra claramente dos cosas: la desvinculación típica del delito de lavado de activos respecto del delito previo de tráfico de drogas y su independencia de los delitos contra la Administración de Justicia[98]. En consecuencia, no resultaría conforme al sentido de nuestra regulación penal del delito de lavado de activos afirmar que el bien jurídico es el bien jurídico de los delitos previos o la Administración de Justicia.

En nuestra opinión, el bien jurídico del delito de lavado de activos debe enmarcarse en el ámbito de los delitos económicos, por lo que su protección penal debe relacionarse necesariamente con las estructuras económicas[99]. El punto de partida es el libre mercado que, en lo que nos interesa, se caracteriza por exigir que el tráfico de los bienes se realice a través de causas lícitas. En consecuencia, el interés que fundamenta el merecimiento de la protección penal es la condición del mercado que establece que el acceso a los bienes tiene que deberse a causas arregladas a Derecho[100]. La decisión de protección penal debe, sin embargo, estimar previamente si resulta necesario recurrir al Derecho penal para contrarrestar todas

---

[98] Igualmente, PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos*, p. 135 y s.

[99] Igualmente, FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 225.

[100] Similarmente, DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de capitales*, 81. Críticamente, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 90; BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 202, en el sentido de confundir la descripción de la conducta prohibida con el bien jurídico. A esta crítica solamente hay que contestar señalando que la conducta prohibida no puede desligarse del bien jurídico protegido, pues el bien jurídico no se protege en sí mismo, sino en relación con determinadas conductas.

las conductas que afectan la condición del mercado antes mencionada. Un juicio de proporcionalidad lleva a la conclusión de que el Derecho penal solamente debe ser utilizado para hacer frente a las conductas más graves.

La gravedad de la conducta que legitima la intervención penal está determinada, en nuestra opinión, por dos aspectos. En primer lugar, los bienes que se incorporan al mercado deben proceder de la realización de un delito, por lo que la procedencia de los bienes no sólo debe ser ilícita, sino delictiva. Si los bienes introducidos al mercado tienen como causa una infracción civil o administrativa, habrá que recurrir a los mecanismos civiles o a las sanciones administrativas para hacer frente a estas conductas[101]. En segundo lugar, la procedencia delictiva de los bienes no debe referirse a cualquier delito, sino que el delito debe tener cierta entidad. En la regulación española se exige expresamente que el delito previo sea grave, lo que si bien no se hace en el tipo penal nuestro, nada impide que pueda deducirse la misma consecuencia mediante una interpretación sistemática de la ley penal contra el lavado de activos.

La gravedad del delito implica dos exigencias. En primer lugar que el delito sea grave en abstracto. Esta exigencia puede deducirse del propio artículo 6 de la ley contra el lavado de activos, en donde se hace una enumeración de la clase de delitos previos que pueden dar lugar a un delito de lavado de activos y que definitivamente tienen el carácter de graves (tráfico ilícito de drogas, delitos contra la Administración Pública, secuestro, etc.). Si bien esta enumeración es abierta, la ley señala que debe tratarse de delitos "similares", lo que implica tener, cuando menos, el mismo nivel de gravedad[102]. En segundo lugar, la gravedad de la conducta de introducir al mercado bienes de carácter delictivo debe considerar también su gravedad concreta, es decir, la cuantía de los bienes de procedencia ilícita

---

(101) En sentido similar, Fabián Caparrós, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 290.

(102) En la reforma operada con el Decreto Legislativo 986 se aprecia esto con mayor claridad, pues cuando define los delitos patrimoniales como ámbito de aplicación del lavado de activos, lo limita a la modalidad agravada.

debe tener cierta entidad. En este sentido, solamente podrá hablarse de un delito de lavado de activos cuando los bienes de procedencia ilícita alcancen cierto valor cuantitativo como para afectar la confianza en los agentes económicos sobre la limpieza de los bienes introducidos al mercado[103]. Aun cuando el delito del que procede el bien pueda ser grave en abstracto, no habrá delito de lavado de activos si los bienes incorporados al mercado son de escaso valor (por ejemplo, una corrupción de funcionario de poca monta)[104]. No cabe duda que resulta difícil fijar una cantidad exacta para cubrir el requisito de la gravedad de la conducta, pero el juez debe hacer necesariamente esta precisión en el caso concreto mediante un proceso de reducción teleológica.

Con base en las precisiones hechas, podemos responder ya a la cuestión de cuál es el bien jurídico penalmente protegido. En nuestra 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*, de manera que existe la confianza general en los agentes económicos de que los bienes no tienen una procedencia delictiva, sino que se ajustan a las reglas del tráfico jurídico-patrimonial. Por lo tanto, constituiría un grave error exigir en el delito de lavado de activos una afectación sensible al orden económico[105], pues, como lo demuestra la experiencia, el delito de lavado de activos puede ser incluso saludable para determinadas economías dependientes de este flujo de bienes. La defraudación normativa del delito de lavado de activos no se determina con criterios de eficiencia económica, sino a partir de determinada condición esencial del mercado, en la que confían los agentes económicos.

---

(103) Así respecto del límite de insignificancia, vid., ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p.183 y s.

(104) Así, de manera expresa, en la legislación argentina, CESANO, *pro manuscripto*, p. 5 y s. Por el contrario, PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos*, p. 152, considera que en nuestra regulación el monto de los activos no interesa para la tipicidad del delito.

(105) Como lo interpreta críticamente GÁLVEZ VILLEGAS, *El delito de lavado de activos*, p. 19.

La precisión de bien jurídico nos permite, por otra parte, delimitar el delito de lavado de activos respecto del delito de receptación. El artículo 6 de la ley contra el lavado de activos excluye expresamente de su ámbito de aplicación los casos que constituyen receptación. No obstante, no ofrece ningún criterio específico para poder diferenciar ambos delitos. La diferenciación debe ir, según nuestro parecer, por la finalidad de protección de la norma. Con el delito de receptación se castiga aquellas conductas que intensifican el perjuicio de los derechos patrimoniales de los titulares de los bienes que han sido obtenidos mediante la comisión de un ilícito penal. Esta afectación tiene lugar concretamente mediante la negociación u ocultación de los bienes procedentes del delito previo. Por el contrario, en el delito de lavado de activos la protección no se presenta respecto de los titulares de los derechos sobre los bienes de procedencia delictiva, sino de las condiciones del tráfico de los bienes en el mercado. Mientras que la receptación encuentra su desvalor penal específico en el hecho de reducir o suprimir las posibilidades de ubicación y devolución de los bienes despojados ilegalmente[106], el delito de lavado de activos centra su desvalor en el hecho de introducir activos de procedencia ilícita al tráfico jurídico de bienes simulando su legalidad. Esta diferencia explica consecuencias dogmáticas distintas para cada delito. Por ejemplo, el delito de lavado de activos se configura también respecto de delitos en los que los activos no constituyen el objeto del delito, sino el beneficio de dicha actividad ilícita. Por otra parte, es una consecuencia jurídica ampliamente aceptada que el autor del delito patrimonial no responda por receptación cuando negocia los bienes objeto del delito (acto posterior copenado), mientras que en el delito de lavado de activos no se rechaza la responsabilidad penal de los que dan una apariencia de legalidad a los activos de procedencia delictiva, aunque hayan participado en el delito previo que generó los activos (artículo 6 último párrafo de la ley de lavado de activos)[107]. Estas

---

(106) Así, la teoría de la perpetuación, Roth, *JA* 1988, p. 193 y s.; Krisch, *Die Steuerhehlerei § 374 AO*, p. 16.

(107) Vid., en este sentido, Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 514. En la Convención de Palermo (6.2.e) se deja la decisión de no castigar por lavado de activos a los autores de los delitos previos a cada país.

diferencias dogmáticas sólo pueden encontrar explicación en un distinto fin de protección de la norma penal.

2. Las conductas típicas

Las conductas típicas que configuran el delito de lavado de activos están contenidas en los diversos artículos de la ley contra el lavado de activos. Como figuras básicas se castigan los actos de conversión y transferencia (artículo 1), así como los actos de ocultación y tenencia de bienes que proceden de delitos graves (artículo 2). Estas conductas delictivas se agravan en ciertos supuestos específicos contemplados en el artículo de 3 de la ley. Finalmente, el artículo 4 de la ley contempla el delito de omisión de comunicar transacciones u operaciones sospechosas. En lo que sigue vamos a analizar de manera individualizada cada una de estas figuras delictivas.

A. El tipo básico del delito de lavado de activos

a. Sujetos

El sujeto activo del delito básico de lavado de activos puede ser cualquier persona. Desde el punto de vista formal no existe ninguna limitación típica respecto del círculo de potenciales autores. Sin embargo, desde consideraciones fundamentalmente teleológicas se ha pretendido excluir del ámbito de posibles sujetos activos a los partícipes en el delito previo. Esta exclusión se ha fundamentado en la estrecha vinculación del delito de lavado de activos con las figuras de la receptación y del encubrimiento. En el caso de la receptación no se castiga al autor del delito patrimonial previo en la medida que la obtención de los beneficios con la negociación de los bienes de procedencia ilícita constituye un acto posterior copenado, es decir, un conducta cuyo desvalor jurídico-penal se encuentra ya abarcado por la pena del delito previo[108]. En cuanto al delito de encubrimiento, la exclusión de la pena del participante en el

[108] Vid., así la referencia, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 484 y ss.

delito encubierto se sustenta en que no puede exigirse a dicho partícipe autoinculparse, de manera que esta situación de inexigibilidad llevaría a excluir del ámbito de lo punible las conductas perturbadoras de la acción de la Justicia realizadas por el propio autor del delito[109]. Si el lavado de activos estuviese emparentado con los delitos de receptación o encubrimiento, la consecuencia lógica de esa vinculación sería indudablemente asumir las mismas razones para no castigar a los partícipes en el delito previo[110].

Las consideraciones precedentes no son, sin embargo, incuestionables. El hecho que la técnica de tipificación del delito de lavado de activos se aproxime formalmente a las conductas de receptación o encubrimiento no implica una equivalencia en cuanto al bien jurídico protegido y los criterios de imputación. El delito de lavado de activos tiene su propio fin de protección y sus propios criterios de interpretación, de manera que habrá que determinar si desde su propia lógica de estructuración resulta justificado sacar del ámbito de posibles sujetos activos a los intervinientes en el delito previo. En nuestra opinión, no hay fundamento consistente para realizar esta exclusión[111]. Se trata de dos bienes jurídicos completamente distintos[112], pues el castigo por el lavado de activos no es un simple refuerzo del delito que genera los bienes sometidos a un proceso

---

(109) Vid., la referencia, Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 488 y ss.

(110) Así, Buompadre, en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), p. 284.

(111) Del mismo parecer, Prado Saldarriaga, *Lavado de activos*, p. 141. De otro parecer, Bramont-Arias Torres, *LH-Bramont Arias*, p. 522. A favor de incluir a los intervinientes en el delito previo, en el Derecho penal español, Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PE, p. 304; Del Carpio Delgado, *El delito de blanqueo de bienes*, p. 225 y ss.; Fabián Caparrós, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 318; Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 514; Aránguez Sánchez, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 176; en el Derecho penal alemán, Reich, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 5, n.m. 15.

(112) Vid., igualmente, Aránguez Sánchez, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 171.

ilegal de legitimación. Por otra parte, la ocultación que hace el autor del delito previo en el caso del lavado de activos no busca evitar su persecución y castigo, sino crear las condiciones para disfrutar pasiblemente de los beneficios de una actividad ilegal. Los activos no se ocultan para evitar ser descubiertos, sino que se busca simplemente ensombrecer su origen para luego integrarlos al sistema económico y poder disfrutar de todos sus beneficios. En consecuencia, los partícipes en los delitos previos pueden cometer perfectamente el delito de lavado de activos. A partir de estas consideraciones, resulta plenamente justificada la reforma operada en el artículo 6 de la ley contra el lavado de activos, en donde se indica que también podrán ser investigados por delito de lavado de activos quienes realizaron las actividades ilícitas generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias.

En cuanto al sujeto pasivo, resulta difícil precisar sobre quiénes recae la conducta típica de lavado de activos. Hasta ahora la práctica es vincular el delito de lavado de activos al delito de origen de los activos, de manera tal que si se tratara, por ejemplo, del lavado de dinero procedente de drogas, intervendría el fiscal y el procurador en tema de drogas. Sin embargo, en la actual discusión doctrinal, tal como ya lo hemos indicado, se sostiene de forma cada vez más creciente que el delito de lavado de activo no afecta el mismo bien jurídico que el delito previo, sino otro distinto. La opinión dominante apunta a considerar que se trata de un delito económico que afecta un aspecto esencial del sistema económico. Si se sigue este orden de ideas, la determinación del sujeto pasivo dependerá de la condición esencial del sistema económico que se afectaría con el delito de lavado de activos. Tal como ya lo hemos precisado, la condición esencial de la economía protegida por el delito de lavado de activos es la circulación jurídico-patrimonial de bienes por cauces lícitos. En la medida que se trata de un interés difuso, podría pensarse en alguna institución como representante del interés difuso afectado, tal vez la propia Unidad de Inteligencia Financiera. No obstante, en la última reforma a la ley de lavado de activos se indica que la administración de los activos incautados por delitos de lavado de activos, se procederá conforme a lo dispuesto sobre la materia respecto del delito precedente. La pregunta es ¿qué sucederá con delitos como

el proxenetismo o trata de personas? ¿Hay alguna institución que administre bienes procedentes de estos delitos?

b. La conducta típica

La ley penal contra el lavado de activos, siguiendo el criterio de sistematización utilizado en la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas[113], contempla dos modalidades de conducta típica de lavado de activos: Por un lado, los actos de conversión y transferencia, y, por el otro, los actos de ocultamiento y tenencia. En la doctrina penal se ha discutido sobre la relación de estas dos formas de actos de lavado de activos. La discusión ha girado en torno a cuál es el tipo básico, si los primeros o los segundos[114]. Por nuestra parte, consideramos que no hay una relación de general-especial entre ambas clases de actos típicos, sino que se trata de distintas formas de realización de conductas posibles dentro de un proceso de lavado de activos. En este sentido, puede que en algunos casos unos actos precedan a otros, pero puede también que esto no sea necesariamente así. La configuración del delito de lavado de activos requiere solamente que tanto los actos de conversión o transferencia como los actos de ocultación o tenencia se enmarquen en un proceso dirigido a lavar activos de procedencia delictiva. Si no se presenta este contexto de actuación, las conductas realizadas podrán dar lugar a delitos de receptación o de encubrimiento, pero no a un delito propiamente de lavado de activos. Si bien en el delito de lavado de activos hay un adelantamiento de las barreras de protección penal cuya criminalización no espera que se afecte la condición esencial del mercado del tráfico legal de bienes, la punición de la conducta requiere que esté dirigida a dar legitimidad a activos de procedencia ilícita, lo que significa el inicio de un proceso de lavado a nivel de la colocación o ensombrecimiento de los activos.

---

(113) Vid., sobre aspectos particulares de la Convención de Viena de 1988, Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 104 y ss.

(114) Describe esta discusión, Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 341 y s.; Aránguez Sánchez, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 220 y s.

aa) Los actos de conversión y transferencia

El artículo 1 de la ley contra el lavado de activo castiga al que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito. En cuanto al primer verbo rector, *convertir* significa mudar o volver una cosa en otra, lo que, en el caso del lavado de activos, implicaría que el bien originario de procedencia ilícita se transforme en otro[115]. Discutible es si esta transformación del bien ilícito en otro bien puede llegar hasta el grado de no quedar nada del bien originario. De admitirse esta comprensión amplia de la conversión, podría abarcarse toda colocación o empleo de caudales de procedencia ilícita en determinados negocios o sectores económico-comerciales del tráfico[116], lo que llevaría a incluir en general los actos de inversión. Por el contrario, si nos quedamos en un sentido restringido de la conversión, el bien convertido o transformado tendría que tener necesariamente como base el bien originario[117]. Para resolver esta duda interpretativa habría que recurrir al fin de protección de la norma, lo que evidentemente llevaría a asumir la interpretación extensiva, pues uno de los ámbitos de especial desarrollo de procesos de lavado de activos se encuentra precisamente en los actos de inversión.

En la doctrina penal se discute también si la conversión de bienes de procedencia ilícita se refiere solamente a la transformación de un bien en otro o si incluye además la sustitución de estos bienes por otros. Determinado sector de la doctrina se inclina por considerar que también deben abarcarse los actos de sustitución[118], mientras que otro sector se muestra reacio a esta ampliación[119]. Por

(115) Vid., VIDALES RODRÍGUEZ, *Los delitos*, p. 100.

(116) Vid., así, GÁLVEZ VILLEGAS, *El delito de lavado de activos*, p. 44. En esta línea, PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos*, p. 142 considera como conversión todas las formas posibles de colocación o movilización primaria de dinero líquido.

(117) Vid., en este sentido, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 336.

(118) Vid., en este sentido, GÓMEZ INIESTA, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 151; GÁLVEZ VILLEGAS, *El delito de lavado de activos*, p. 46.

(119) Vid., así, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 337.

nuestra parte, consideramos que la sustitución de un bien por otro no entra en el espectro de significación de la conversión, pero podría ser abarcado por el otro verbo rector de esta modalidad del delito de lavado de activos: *transferir*. En efecto, en la medida que la sustitución de un bien por otro implica su transferencia, la conducta del que sustituye los bienes puede ser englobado por la acción de transferir. En cualquier caso, esta distinción conceptual no implica ninguna diferencia en cuanto a las consecuencias prácticas de la represión penal del lavado de activos.

La conducta típica de transferencia tiene un significado amplio que abarcaría no sólo la transmisión de los activos a terceros, sino también el hecho de llevar una cosa de un lugar a otro (transferencia o movimiento de fondos)[120]. En consecuencia, la conducta típica se materializará tanto si se cambia de ubicación un bien como si se trasmite a terceros[121]. En la última reforma a la ley de lavado de activos se han incluido dentro de los actos de ocultación o tenencia los verbos típicos de "transportar dentro del territorio de la República o introducir o retirar del mismo". Como se puede ver, más que actos de ocultación o tenencia se trata de actos de movimiento de los activos al interior y al exterior del país, por lo que hubiese sido más acertado regularlo en este primer grupo de actos de lavado de activos referidos a la conversión y transferencia (movimiento de los capitales).

La transferencia de los bienes no requiere necesariamente un desplazamiento físico de los mismos, sino que basta una transmisión jurídica en el sentido de cambio de la titularidad sobre los bienes[122]. Se discute si esta transmisión debe entenderse en un sentido jurídico-civil o si el Derecho penal debe definirla

---

(120) Así, Vidales Rodríguez, *Los delitos*, p. 100; Buompadre, en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), p. 278. De forma restrictiva sólo a la transferencia a terceros, Gálvez Villegas, *El delito de lavado de activos*, p. 47 y s.; Prado Saldarriaga, *Lavado de activos*, p. 144.

(121) Vid., Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 338.

(122) Vid., así, Aránguez Sánchez, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 227.

autónomamente[123]. En nuestra opinión, la interpretación de los elementos del tipo penal debe ser, en principio, de acuerdo al fin de protección de la norma penal, por lo que resultará necesario determinar el sentido de la prohibición penal en el delito de lavado de activos. Si la finalidad de la represión del lavado de activos es evitar que las ganancias ilícitas entren al mercado de bienes con apariencia de legalidad, entonces resulta coherente entender que la transferencia de bienes debe tener una apariencia de respeto a las normas jurídico-civiles. Por lo tanto, si bien no se trata de una transferencia de bienes en sentido jurídico-civil, deberá tener tal apariencia.

bb) Los actos de ocultamiento y tenencia

El artículo 2 de la ley contra el lavado de activos castiga al que adquiere, utiliza, guarda, custodia, recibe, oculta, administra, transporta dentro del territorio de la República, introduce o retira del mismo, o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias procedentes de un delito. Como primera cuestión, hay que reconocer que del conjunto de verbos rectores mencionados en el tipo penal solamente algunos constituyen, en sentido estricto, actos de ocultamiento o tenencia. Verbos como adquirir, utilizar o administrar, por el contrario, se refieren más a conductas que recaen sobre los bienes de procedencia delictiva[124]. Sobre los actos de transportar dentro del territorio de la República, así como de introducir o retirar del mismo, no vamos a ocuparnos, pues sobre ellos ya nos hemos referido en el apartado anterior.

En cuanto a los actos de tenencia, cabe destacar primeramente el verbo típico de recibir, en cuanto constituye la acción que da origen al acto de tenencia. En efecto, recibir importa hacerse transitoria o permanentemente de la tenencia material y efectiva de los activos de procedencia ilícita[125]. Este verbo típico no implica la transferen-

---

[123] A favor de una definición civil, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 338 y s.

[124] La Convención de Viena también consideraba estas conductas como constitutivas de lavado de activos en el artículo 3.1 c) i).

[125] Igualmente, GÁLVEZ VILLEGAS, *El delito de lavado de activos*, p. 74.

cia en propiedad de los activos, sino que se refiere únicamente a su simple tenencia. La adquisición de la propiedad sobre los activos está abarcado, más bien, por el verbo típico adquirir[126]. En la medida que se trata de un delito que busca la apariencia de legalidad, es de entender que las formas de adquisición deben de ajustarse aparentemente a la normativa jurídico-civil[127]. Los actos de tenencia incluyen también mantenerse en poder de los activos, sin que impliquen la asunción de propiedad. El recurso a este verbo típico no resulta necesario para los casos en los que se recibieron los activos con conocimiento o posible conocimiento de su procedencia delictiva, pues en estos casos basta con recurrir al verbo rector de recibir. El verbo típico de mantenerse en poder de los activos se aplicará solamente para los casos en los que la procedencia ilícita resulta conocida o posible de conocer después de haber recibido tales activos.

La tenencia de los activos puede darse también con ocasión del cumplimiento de una obligación contractual de guarda o custodia e incluso con la facultad de poder utilizarlos. En el caso de la guarda, se trata de un deber de poner los activos a salvo de los peligros que pudieran perjudicar su existencia o valor[128]. Si bien la custodia implica también un deber de conservación del bien, va más allá, pues incluye un deber de vigilancia y control permanente sobre los activos, de modo que no se perjudiquen. En ambos casos, debe quedar claro que estos actos no requieren ocultación de los activos[129], sino solamente la asunción de medidas de seguridad o de vigilancia para proteger la integridad de los activos. Finalmente, los verbos típicos de utilizar o administrar se refieren a la posibilidad de usar o disponer de estos activos, lo cual no debe limitarse solamente a su aplicación a fines lícitos, sino también ilícitos.

---

(126) Vid., igualmente, Prado Saldarriaga, *Lavado de activos*, p. 147.

(127) Así, en función de si son bienes muebles o inmuebles, Gálvez Villegas, *El delito de lavado de activos*, p.73 y s.

(128) Similarmente, Prado Saldarriaga, *Lavado de activos*, p. 147.

(129) Parcialmente de acuerdo Gálvez Villegas, *El delito de lavado de activos*, p. 74, en tanto sí exige el ocultamiento para el caso de guardar los bienes o activos.

En cuanto a los actos de ocultamiento, el verbo típico que engloba estos actos es ocultar. Se trata concretamente del uso de determinadas acciones que buscan esconder un bien o activos, impidiendo la posibilidad de identificarlos y, si es el caso, restituir o decomisarlos. Es oportuno precisar que estos actos no se reducen a los que llevan a un ocultamiento físico, sino que incluyen, sobre todo, los que implican un ocultamiento contable o jurídico[130]. En este último aspecto podrían englobarse los actos de ocultación que no recaen sobre el bien físicamente, sino sobre su naturaleza, origen, ubicación, destino o movimiento.

La regulación de los actos de ocultamiento de activos de procedencia delictiva presenta un problema de concurso con el delito de encubrimiento real regulado en el artículo 405 del Código penal, que castiga, entre otros supuestos, a quien oculta los efectos del delito. Pese a la similitud de las conductas típicas, una interpretación del sentido de cada delito muestra que no se trata de conductas iguales. La diferencia se encuentra fundamentalmente en el contexto de lesividad que tiene cada delito. Mientras el encubrimiento real se refiere a la afectación a la Administración de Justicia, el lavado de activos se enmarca en el ámbito del tráfico lícito de bienes en el mercado[131]. En consecuencia, para que los actos de ocultamiento puedan configurar un delito de lavado de activos, resulta necesario que estos actos se hagan en el marco de un proceso de lavado de bienes de procedencia ilícita. Es decir, se oculta los activos de procedencia ilícita hasta encontrar la mejor forma de darles apariencia de legalidad y poder, por tanto, integrarlos en el mercado[132].

c. Los objetos del delito

El objeto material del delito sobre el que recaen tanto los actos de conversión y transferencia, así como los actos de tenencia y ocul-

---

(130) Vid., TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 7, n.m. 283.

(131) Similarmente, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 36.

(132) Vid., ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 104; FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 256.

tamiento puede ser dinero, bienes, efectos y ganancias. Todos estos conceptos se engloban en el término general de activos. Por *dinero* debe entenderse el efectivo, sea en moneda nacional como extranjera. Los *bienes* constituyen el término más general equiparable al de activos[133]. De hecho, la propia Convención de Viena define los bienes para el delito de lavado de dinero como "los activos de cualquier tipo, corporales e incorporales, muebles o raíces, tangibles e intangibles y los instrumentos legales que acrediten la propiedad sobre dichos activos". Los *efectos* son todos los activos que se obtienen directamente de la actividad delictiva previa. Finalmente, el delito de lavado de activos puede recaer sobre las *ganancias* procedentes del delito, es decir, por la utilidad obtenida a raíz de las actividades ilícitas[134].

El objeto material del delito debe tener un origen ilícito. Está claro, tal como lo hemos precisado al tratar el bien jurídico protegido, que el origen ilícito no se refiere a cualquier acto ilegal, sino que debe tratarse de una ilegalidad derivada de un delito[135]. Incluso no basta con que los activos provengan de cualquier delito, sino que conforme a una lógica de mínima intervención este delito debe tener un cierto grado de gravedad[136]. Esta conclusión se confirma además con lo establecido en el propio artículo 6 de la ley contra el lavado de activos, en donde se vincula este delito con delitos previos de cierta gravedad como el narcotráfico, delitos contra la Administración Pública, secuestro, proxenetismo, tráfico de menores, defraudación tributaria, delitos aduaneros o delitos patrimoniales graves. Si bien la enumeración del artículo 6 no es cerrada[137], la lista se abre solamente a delitos *similares* que generen ganancias

---

(133) Vid., así, Gálvez Villegas, *El delito de lavado de activos*, p. 51.

(134) Vid., Aránguez Sánchez, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 204.

(135) Vid., Fabián Caparrós, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 290 y s.

(136) Por el contrario, Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 258, considera inapropiada esta limitación, pues fomentaría que las organizaciones criminales cometan delitos no considerados graves, pero generadores de cuantiosas ganancias.

(137) Así, Reich, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 5, n.m. 5.

ilegales, lo cual quiere decir que el delito previo requiere un cierto grado de gravedad.

De la exigencia de que los objetos del delito tengan *su origen* en un delito previo, se desprende otra conclusión importante. Sólo podrán considerarse objetos de origen delictivo los efectos del delito y no los instrumentos del delito[138], en tanto estos últimos no se originan del delito, sino que preexisten al mismo. No obstante, hay que precisar que el objeto material del delito de lavado de activos no necesariamente tiene que proceder directamente del delito que lo originó, sino que puede provenir, a su vez, de un delito de lavado de activos[139]. En este sentido, puede darse un lavado de activos en cadena[140] o sobre bienes que han sustituido previamente a otros bienes provenientes directamente de los delitos previos[141]. El término activos incluye no sólo los efectos del delito, sino también las ganancias, por lo que cabe sancionar tanto el lavado de activos en cadena como el lavado de activos sustitutivo. Sin embargo, esta vinculación indirecta no puede ser ilimitada con base únicamente en una vinculación causal, pues podría convertir en ilícita gran parte de la economía legal. Se deben encontrar ciertas limitaciones normativas a la vinculación causal que permitan mantener las condiciones mínimas de funcionamiento del mercado[142].

En primer lugar, puede mencionarse el caso de la mezcla de los fondos ilícitos con fondos lícitos. Si se siguiese un criterio puramente causal, todos los fondos y los derivados de esos fondos se convertirían en ilegales, lo cual no parece ser lo más adecuado para el fun-

---

(138) Igualmente, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 242; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 205.

(139) Vid., igualmente, GÁLVEZ VILLEGAS, *El delito de lavado de activos*, p. 53 y s.; FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 296.

(140) Vid., así, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 193.

(141) Vid., así, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 283; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 206 y s.; FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 390.

(142) Por el contrario, busca la limitación en el plano subjetivo, FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 300.

cionamiento de la economía, pues la contaminación se expandiría por la economía lícita como una mancha de aceite[143]. Por esta razón, solamente la parte ilegal debería ser considerada a los efectos del delito de lavado de activos[144], siempre que tenga cierta significancia en el conjunto. Si de la aplicación de los fondos mezclados se obtienen utilidades, consideramos que todas las utilidades tienen procedencia ilícita, pues estas utilidades se derivan del conjunto de fondos y no solamente de una parte. En segundo lugar, hay que mencionar los casos de transformación, en el que el bien original se transforma en otro distinto. Para que en estos casos se pierda la vinculación con el delito previo, debe tratarse de una transformación esencial que cambie incluso la naturaleza del bien originario[145]. En tercer lugar, la procedencia delictiva debe limitarse cuando existe una adquisición de buena fe[146], a no ser que se busque instrumentalizar este criterio buscando transmitirle los activos a una persona de buena fe y luego adquirirlos librados de la mancha delictiva original[147]. Finalmente, debe mencionarse el caso de prescripción del delito previo, en cuyo caso la circulación de los bienes originados por este delito ya no podrá configurar delitos de lavado de activos[148].

La necesidad de una procedencia delictiva de los activos presenta adicionalmente una duda interpretativa en cuanto al alcance del término "conducta punible en la legislación penal", al que hace

---

(143) Vid., así, Aránguez Sánchez, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 210.

(144) Otro parecer, Reich, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 5, n.m. 9.

(145) Igualmente, Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 303. De acuerdo solamente en caso el bien originario sea insignificante, Aránguez Sánchez, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 216.

(146) Vid., Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 7, n.m. 281. No obstante, Aránguez Sánchez, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 217, considera que el nexo entre el bien y el delito previo se reaviva cuando el bien es adquirido nuevamente por un tercero que conoce su procedencia ilícita.

(147) Vid., así, Reich, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 5, n.m. 8.

(148) Vid., Aránguez Sánchez, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 219; Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 305 y ss., aunque considera necesario además que haya prescrito la acción civil.

referencia el artículo 6 como delitos previos al lavado de activos. La cuestión es si con este término se hace referencia al delito completo (injusto culpable) o simplemente basta una accesoriedad limitada (injusto penal). La doctrina dominante tiende a interpretar el delito previo en un sentido limitado, por lo que solamente será necesario que la conducta previa que genera los activos sea típica y antijurídica[149]. Si bien no habría ningún inconveniente para englobar como delitos previos los delitos culposos[150], consideramos que la lista ejemplificativa del artículo 6 no incluye delitos que se encuentren sancionados en caso de culpa y en la medida que el artículo 6 extiende el delito lavado de activos solamente respecto de otros delitos previos "similares", resultaría plenamente justificado no incluir delitos previos de carácter culposo[151]. El término conducta punible abarca también los casos de tentativas y de actos preparatorios punibles, de manera tal que si de estas conductas punibles proceden bienes que luego son lavados, el delito de lavado de activos se habrá igualmente configurado[152]. Como cuestión final sobre el requisito de la procedencia delictiva de los activos, hay que señalar que el delito previo puede haberse cometido en el extranjero ("introducir al país"), siendo necesario solamente que exista una doble incriminación, es decir, que el hecho del que se derivan los activos constituya delito tanto en el país donde se realizó como en el país donde se

---

(149) Vid., así, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 261; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 198 y ss.; FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 291

(150) Como lo hace, por ejemplo, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 261.

(151) Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES, *LH-Bramont Arias*, p. 522. A esto habría que agregar lo señalado por ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p.189, de que difícilmente se pueden encontrar bienes para blanquear que sean generados por un delito imprudente.

(152) De similar opinión, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 269; FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 389. No incluye los actos preparatorios punibles, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p.197.

procede al lavado de los activos[153]. Ahora bien, la determinación de la gravedad del delito no debe hacerse con base en el Derecho extranjero, sino con base en el Derecho nacional.

Un aspecto muy importante de precisar sobre el carácter ilícito de los activos es la autonomía del delito de lavado de activos frente a los delitos previos. Esta autonomía se manifiesta en el hecho de que para cumplir con el requisito típico de la procedencia delictiva no resulta necesario, tal como lo dispone el artículo 6 último párrafo de la Ley de Lavado de activos, 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. Bramont-Arias Torres se ha pronunciado críticamente sobre este aspecto de la ley contra el lavado de activos, pues, en su opinión, no puede procesarse a una persona si no se acredita la comisión del delito previo[154]. En este sentido, la única manera de evitar un posible procesamiento penal arbitrario sería que el delito previo se haya cuando menos comenzado a investigar junto con el delito de lavado de activos, de forma tal que se cuenten con pruebas obtenidas con las garantías constitucionales y procesales que las hagan aptas para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia[155]. Si la investigación por el delito previo no se lleva a cabo por ausencia de indicios suficientes, deberá procederse al archivamiento de la investigación por el delito de lavado de activos. En este orden de ideas, puede suscribirse lo señalado por Gálvez Villegas: *"En el caso de no existir suficientes elementos probatorios o indicios concurrentes de la comisión del o los delitos originarios, tampoco se podrá vincular a la conducta de presunto lavado de activos a delito alguno, por lo que la*

---

(153) Vid., así, Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 270 y ss. Por el contrario, Aránguez Sánchez, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 195 y s., señala que en el Derecho penal español no se recoge expresamente el principio de la doble incriminación, por lo que los tribunales españoles son autónomos para calificar el hecho cometido en el extranjero, aunque reconoce serios problemas prácticos a tal proceder.

(154) Vid., Bramont-Arias, *Actualidad penal* 105 (2002), p. 64.

(155) Vid., Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 278 y s.

ilicitud no habrá podido determinarse y, por tanto, tampoco podrá iniciarse acción penal alguna, debiendo archivarse los actuados"[156].

d. El tipo subjetivo

El delito de lavado de activos es un delito sancionado a título dolo, por lo que se requiere que el autor conozca la realización de los elementos del tipo penal de lavado de activos. Dentro del objeto del conocimiento destaca especialmente el hecho de que los activos provienen de un delito grave[157]. Es evidente que no se requiere un conocimiento específico sobre las particularidades del delito previo ni sobre su exacta calificación jurídico-penal[158], sino que basta con un nivel de conocimiento que permita deducir que los activos provienen de un hecho delictivo grave[159]. Hay que destacar que el dolo del autor no solamente puede presentarse como dolo directo, sino que puede ser también eventual[160], de manera que 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.

---

(156) Vid., GÁLVEZ VILLEGAS, *El delito de lavado de activos*, p. 219. Similarmente, LÖWE-KRAHL, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), XIII, n.m. 17.

(157) Existe una discusión sobre si el conocimiento del delito previo constituye parte del dolo, un elemento subjetivo del injusto o parte del conocimiento del carácter antijurídico del hecho. La doctrina mayoritaria entiende que se trata de un aspecto abarcado por el dolo. Sobre esta discusión, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 355 y ss.

(158) Vid., así, PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos*, p. 153.

(159) Vid., en este sentido, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 268 y s.; REICH, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 5, n.m. 13. Por su parte, FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 330, considera necesario conocer solamente que los activos proceden de un delito, con independencia de su naturaleza.

(160) Vid., así, GÁLVEZ VILLEGAS, *El delito de lavado de activos*, p. 60. Igualmente en la legislación argentina, CESANO, *pro manuscripto*, p. 9. En el Derecho español, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 376; en contra, por el elemento subjetivo especial de ocultar el origen de los bienes, FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 398.

Una especial discusión interpretativa se presenta respecto de la posibilidad de incluir también supuestos de culpa sobre el elemento de la procedencia delictiva de los bienes. Según el tipo penal debe sancionarse no sólo a quien conoce, sino también a quien "puede presumir" el origen delictivo de los bienes en cuya negociación interviene. La doctrina nacional ha reaccionado de forma distinta a esta particularidad del tipo subjetivo del delito de lavado de activos. Mientras algunos intentan reconducir este aspecto solamente al dolo eventual(161), otros se han mostrado críticos sobre la constitucionalidad de su aplicación(162). Sobre la reconducción del elemento subjetivo "pueda presumir" al ámbito del dolo eventual, nos entran serias dudas, pues el dolo eventual se castiga sin necesidad de un expreso reconocimiento en el tipo penal. Pero 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(163). En cualquier caso, si la decisión del legislador penal era castigar también las conductas culposas, habría sido recomendable que sea más explícito en la redacción del tipo penal(164).

Un aspecto que resulta importante aclarar respecto del conocimiento de la procedencia delictiva de los activos consiste en la posibilidad de castigar también los llamados casos de "ignorancia intencional" de origen norteamericano. En el "Reglamento modelo americano sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico de drogas y delitos conexos" se contempla expresamente la posibilidad de castigar penalmente los casos de ignorancia intencional sobre el hecho de que los bienes son producto de un delito de tráfico ilícito de

(161) Vid., así, Prado Saldarriaga, www.unifr.ch/derechopenal [consulta: 15 de noviembre 2002], quien en referencia al anterior artículo 296 A del Código penal, consideraba que se trataba de supuestos de dolo eventual.

(162) Vid., Bramont-Arias Torres, Luis A., *Actualidad jurídica* 105 (2002), p. 65.

(163) En contra de considerar el castigo de la culpa, Gálvez Villegas, *El delito de lavado de activos*, p. 60 y s.; Prado Saldarriaga, *Lavado de activos*, p. 154.

(164) Crítico ante la criminalización de un lavado de activos imprudente o culposo, Fabián Caparrós, *El delito de blanqueo de capitales*, pp. 303, 338.

drogas u otros delitos graves[165]. Salvando las diferencias propias de cada sistema jurídico, la ignorancia intencional podría encontrar su correlato en la llamada ceguera o indiferencia ante los hechos del sistema continental europeo. Se trata de casos en los que el autor no tiene conocimiento necesario para configurar el dolo debido a una situación de indiferencia con los hechos. En la propuesta de JAKOBS, esta situación psíquica de desconocimiento podrá equiparse normativamente al dolo solamente si el autor indiferente frente a su conducta lesiva se guarda de riesgos que puedan poner en juego sus propios intereses[166]. Si se admite esta figura dogmática en la teoría del delito, no habría, en principio, ningún inconveniente para admitirla en el caso del delito de lavado de activos.

Otro aspecto especialmente discutido en cuanto al aspecto subjetivo del conocimiento de la procedencia delictiva de los activos se presenta respecto de la forma de determinar este conocimiento o la posibilidad de presunción. El artículo 6 primer párrafo de la ley contra el lavado de activos, siguiendo al Convenio de Viena[167], establece una norma que apunta a objetivizar el referido elemento subjetivo del delito, en la medida que señala que el origen ilícito que conoce o puede presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso (p.e. el manejo de inusuales cantidades de dinero en efectivo, la ausencia de negocios legales que justifiquen los ingresos, la utilización de sociedades fachada o testaferros, la falsificación de documentos para acreditar la titularidad sobre bienes, etc.[168]). Posiblemente para los defensores de la subjetividad psíquica en el delito, la disposición legal mencionada significa un abandono intolerable de un elemento esencial de la conducta humana. Sin embargo, esta regulación es tan poco ortodoxa como inexacta.

---

[165] Vid., sobre esto, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 165.

[166] Vid., con mayor desarrollo, JAKOBS, *LH-Bacigalupo* (España), p. 355 y ss. No obstante, crítico frente a este criterio BACIGALUPO ZAPATER, *LH-Cobo del Rosal*, p. 55.

[167] Vid., BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 395.

[168] Vid., sobre estas circunstancias objetivas como prueba indiciaria del conocimiento, FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 400 y s.

Es evidente que la determinación de la parte subjetiva del delito se hace a partir de las particularidades objetivas del hecho concreto, pues el juicio de imputación penal no parte de lo interno a lo externo, sino que imputa lo interno desde lo externo, es decir, desde lo socialmente perceptible. Querer construir la imputación penal desde la interioridad subjetiva implicaría otorgar al observador penal una capacidad que fácticamente no posee.

La parte subjetiva del autor en el delito de lavado de activos no se limita al conocimiento del carácter delictivo de los activos, sino que debe incluir el conocimiento de la aptitud lesiva de los actos de conversión o transferencia, o de ocultación o tenencia, para dificultar la identificación del origen de los activos, su incautación o decomiso[169]. Está claro que no se requiere que, para la configuración del delito, los bienes se hayan conseguido efectivamente evadir del control, sino que basta con que se dificulte su identificación, incautación y decomiso. Es importante entender este aspecto del tipo subjetivo en el contexto de realización del delito de lavado de activos, pues con este elemento subjetivo se pretende graficar la finalidad última de la conducta típica: Integrar los bienes de procedencia ilícita en el sistema económico dándoles una apariencia de legalidad. En este sentido, la labor de tipificación penal no puede limitar su horizonte interpretativo a las primeras fases de colocación y ensombrecimiento, sino que debe tener en cuenta siempre la fase final de integración de los activos ilegales en el mercado de bienes[170]. Si la actuación del autor no se enmarca en el contexto general de un proceso de lavado, la conducta no tendría que castigarse con base en el delito de lavado de activos, sino en todo caso con los tipos penales de encubrimiento. De no hacerse esta precisión interpretativa, se caerá en ámbitos completamente ajenos a las actividades propias de

---

[169] En la anterior regulación, este elemento del delito se constituyó, más bien, como un elemento subjetivo especial. Vid., al respecto, Bramont-Arias Torres, *LH-Bramont Arias*, p. 527. Favorable a la incorporación de este elemento subjetivo como ánimo de encubrir, Fabián Caparrós, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 343.

[170] Vid., similarmente, Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 231.

blanqueo de capitales. Hay que tener presente que la regulación penal del lavado de activos se ha hecho tipificando los actos de colocación dirigidos a ensombrecer el origen de los activos, pero siempre teniendo en cuenta la fase final de integración de capitales de origen delictivo en el sistema económico. Si la tipificación de la conducta no se ha enmarcado directamente en los actos de integración se debe posiblemente a que, como ya lo señalamos, resulta prácticamente imposible detectar los bienes de procedencia delictiva en esta última fase del lavado de activos.

Con base en las consideraciones precedentes estamos en condiciones de solventar una aparente incongruencia entre la parte subjetiva del delito de lavado de activos. Hemos indicado que la redacción del tipo penal parecería dar cabida no sólo al dolo eventual, sino incluso a ciertos supuestos de culpa grave ("puede presumir"). Sin embargo, si el tipo penal exige que el autor conozca que su actuación dificulta la identificación del origen de los activos, su incautación o decomiso, entonces solamente podrían castigarse los casos de dolo directo[171]. En nuestra opinión, esta contradicción no existe, sino que se trata de exigencias subjetivas distintas para diversos elementos del tipo penal. En cuanto al aspecto subjetivo de conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes, el tipo penal exige un nivel de conocimiento doloso ("conoce") e incluso culposo ("puede presumir")[172]. Sin embargo, en cuanto a los actos que el autor realiza sobre los activos, el tipo penal exige que éste conozca que su acción dificultará la identificación del origen de los bienes, su incautación o decomiso. Para ser más específicos: Una persona puede conocer a ciencia cierta la procedencia ilícita de los activos (dolo directo), suponerla con alto grado de probabilidad (dolo eventual) o estar en capacidad de conocerla si hubiese sido mínimamente diligente (culpa grave), pero con independencia de ese nivel de conocimiento, el

---

[171] Vid., así, FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 398. Entiende que con esta exigencia especial del tipo se excluyen los supuestos culposos, PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos*, p. 155.

[172] En este sentido, REICH, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 5, n.m. 14, considera posible en este caso una culpa grave o temeraria.

delito de lavado de activos se configura solamente si el autor realiza la conducta de conversión, transferencia, ocultación o tenencia conociendo la aptitud concreta de su acción para dificultar la eventual identificación del origen, incautación o decomiso de los activos. Bajo estas consideraciones, hay una conducta típica de lavado de activos si el autor actúa con conocimiento o la posibilidad de conocer que esos bienes son de procedencia ilícita y pese a ello realiza una conducta voluntaria que sabe que va a evitar su eventual identificación, incautación o decomiso.

e. Consumación

Hasta antes de la reforma operada en la ley contra el lavado de activos, el delito de lavado de activos era un delito de peligro abstracto que no requería la producción del resultado de evitar la identificación del origen de los bienes de procedencia ilícita o evitar su incautación o decomiso (ensombrecimiento)[173]. Si bien de la realización de las conductas de lavado siempre se derivaba un efecto sobre los activos de procedencia ilícita (cambio de ubicación o titularidad, por ejemplo), no se requería, para la configuración del tipo penal, que se produzca el resultado de ensombrecer el origen delictivo de los activos. Solamente era necesaria la idoneidad general de esa conducta para conseguir dicho ensombrecimiento. La situación, sin embargo, ha cambiado, pues la nueva redacción del tipo penal requiere que los actos de conversión, transferencia, ocultación o tenencia dificulten la identificación del origen de los activos, su incautación o decomiso. Como puede verse, el delito se ha convertido en un delito de resultado, el cual está constituido por el ensombrecimiento del origen delictivo del bien. La integración de los bienes en el mercado legal, constituye un agotamiento del delito.

En cuanto a la naturaleza temporal de la conducta típica, habrá que precisar si se trata de un delito instantáneo o permanente. Esta

---

[173] Similarmente en el Derecho penal español, Aránguez Sánchez, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 251; Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 332. Por el contrario, considera que el delito de blanqueo de capitales es de resultado, Fabián Caparrós, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 302.

determinación del momento de la consumación es relevante no sólo a efectos de establecer las posibilidades de participación en el delito, sino también el inicio del cómputo del plazo de prescripción. Una respuesta general no se puede dar, pues la estructura típica resulta distinta en función de si se trata de actos de conversión o transferencia o actos de ocultación o tenencia. Los actos de conversión o transferencia están constituidos como un delito instantáneo[174], por lo que el delito se consuma con la sola realización de la conducta típica. Este parecer resulta coincidente con lo establecido en la decisión establecida en el pleno jurisdiccional de 1998, en donde se reputó al delito de lavado de activos como delito instantáneo de efecto permanente (tema dos, acuerdo quinto)[175]. Por el contrario, los actos de ocultación y tenencia están configurados como un delito permanente, ya que la conducta delictiva se mantiene en el tiempo por la voluntad del autor[176].

El artículo 16 del Código penal permitiría castigar el emprendimiento de actos dirigidos a realizar el delito sin llegar a consumarlo. Si bien con la anterior redacción resultaba cuestionable afirmar la tentativa en un delito de peligro abstracto, en la actualidad esa limitación conceptual no se presenta. Por esta razón, resulta perfectamente posible castigar como tentativa los actos de conversión, transferencia, ocultación y tenencia que no consigan dificultar la identificación del origen de los activos, o su incautación o decomiso. En todo caso, dada la exigencia subjetiva de la tentativa, ésta solamente podría tener lugar en caso de una realización dolosa del delito de lavado de activos.

f. Autoría y participación

Las reglas generales de autoría y participación resultan aplicables al delito de lavado de activos. En la medida que se trata de un delito común, no se presentan mayores problemas interpretativos

---

(174) Vid., igualmente, PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos*, p. 162.

(175) En relación con la regulación española, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 346, sostiene que el delito de lavado de activos es de consumación instantánea y produce un resultado de estado.

(176) Vid., así, PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos*, p. 163.

para incluir a determinadas personas en el ámbito de aplicación del tipo penal. Sin embargo, la usual intervención de organizaciones criminales en estos delitos provoca ciertos problemas para poder imputar el delito a título de autor a personas que se mantienen al margen de los actos ejecutivos, pero que dirigen la organización. Para resolver estos casos, la doctrina penal, de la mano de Roxin, ha recurrido a una forma especial de autoría mediata: la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Con base en ella, se castiga a aquellas personas que dominan una organización al margen del Derecho y utilizan a ejecutores fungibles para la realización de los hechos delictivos. Pese a la utilidad y cierta difusión de este planteamiento, consideramos que no resulta necesario una configuración excepcional de la autoría mediata para abarcar con la imputación penal a los dirigentes de organizaciones criminales dedicadas al lavado de activos, sino que basta con una comprensión normativa de la autoría, en la que se pueda atribuir un hecho como autor a quien resulta competente por un hecho, aunque no participe en la ejecución directa del hecho. Lo que importa para la autoría no es la intervención en determinadas fases del delito, sino la relevancia del aporte en el sentido social del hecho.

g. Concurso de delitos

Un aspecto importante de aclarar para las reglas del concurso es la calificación del delito de lavado de activos como delito de realización típica iterativa, es decir, que el tipo penal contempla distintas fases del proceso de lavado de activos de procedencia ilícita, de manera tal que la realización de cada fase no implica la comisión de un nuevo delito, sino de uno solo. Por lo tanto no hay que hablar de un concurso de delitos[177], sino de una unidad de delito. Esta conclusión no significa, sin embargo, que si se emprende un proceso de legitimación de capitales distinto no habrá otro delito de lavado de activos. En estos casos habrá otro delito, en el que podría plantearse una continuidad con los anteriores si se dan los requisitos previstos en el artículo 49 del Código penal.

---

[177] Por el contrario, el parecer de Prado Saldarriaga, *Lavado de activos*, p. 149.

El delito de lavado de activos presenta dificultades de delimitación concursal con los delitos de receptación y encubrimiento. La razón de ello radica en que los tres delitos tienen como presupuesto un hecho delictivo previo del que proviene el objeto sobre el que recae la acción típica[178]. Sin embargo, el ámbito de prohibición de cada uno de estos delitos resulta distinto. Respecto de la receptación, nuestra legislación penal es categórica al señalar que la ley penal de lavado de activos no resulta aplicable dentro del ámbito del delito de receptación. En este sentido, el ámbito de protección del delito de receptación estaría excluido en virtud de la ley del ámbito de protección del delito de lavado de activos. No obstante, esta afirmación formal no libera de encontrar el criterio de distinción material entre ambos delitos. Por un lado, podría entenderse, como lo hace la doctrina dominante, que la receptación sanciona los actos de tenencia o negociación de bienes que proceden directamente de delitos contra el patrimonio, de manera tal que estos actos no entrarían en el ámbito de lo punible con el delito de lavado de activos[179]. Para este entendimiento, la receptación se circunscribiría a los actos realizados sobre los bienes que proceden directamente de delitos contra el patrimonio[180], mientras que el lavado de activos abarcaría los actos sobre bienes que provienen directamente de otros delitos e indirectamente de los delitos patrimoniales. Pese a la plausibilidad de esta argumentación, hay que indicar que la limitación de la receptación a delitos patrimoniales previos no se desprende de la ley, ni resulta conveniente desde los fines de prevención. Es más la reciente reforma penal de la ley de lavado de activos ha incluido expresamente dentro del ámbito de aplicación del delito de lavado de activos las modalidades agravadas de los delitos patrimoniales. Por eso, hay que encontrar el criterio de distinción en otro aspecto constitutivo del delito de receptación, el cual sería, en nuestra opinión,

---

(178) Vid., así, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 361.

(179) Así, BRAMONT-ARIAS TORRES, *LH-Bramont Arias*, p. 530.

(180) En el Derecho penal español, se entiende que el ámbito del delito previo en el delito de receptación es el de los delitos patrimoniales. Vid., así, FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, p.257 y s.

que "los bienes tengan una procedencia delictuosa". A partir de este requisito del tipo penal de receptación, puede concluirse que este delito se limitará a los casos en los que el bien mismo procede de un delito (p.e. el hurto de un bien o la apropiación de un bien del Estado), mientras que el lavado de activos sobre bienes se limitará a aquéllos que constituyan efectos del delito, pero no los que han sido objeto del delito.

En cuanto al delito de encubrimiento, el delito de lavado de activos presenta una relación concursal clara, pues tipifica la ocultación de los bienes que dificultan la identificación de su origen, incautación o decomiso. Es evidente que el tipo penal de lavado de activos absorbe en estos casos la ocultación de los bienes de procedencia ilícita, consumiendo el desvalor propio del delito de encubrimiento real de los efectos del delito (artículo 405 del Código penal). No obstante, el delito de lavado de activos tiene su propia configuración, aun cuando pueda absorber como medio de comisión el encubrimiento de los efectos del delito. En este sentido, entre el delito de lavado de activos y el delito de encubrimiento existirá un concurso aparente de delitos[181] que debe solucionarse con base en el principio de consunción a favor del delito de lavado de activos[182]. El encubrimiento de los efectos del delito es una forma en la que puede tener lugar una conducta dirigida a lavar activos de procedencia ilícita.

Una relación clara de concurso se presenta igualmente cuando el interviniente en el delito de lavado de activos ha participado anteriormente en el delito previo del que proceden los fondos. Tal como ya lo adelantamos, en el delito de lavado de activos, a diferencia de la receptación y del encubrimiento, el partícipe en el delito previo de donde proceden los activos puede perfectamente responder también por el delito de lavado de dichos activos, conforme se puede

---

[181] Vid., en el mismo sentido, Aránguez Sánchez, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 367.

[182] Vid., así, Del Carpio Delgado, *El delito de blanqueo de bienes*, p. 369 y s. Entiende que debe aplicarse el principio de especialidad, Aránguez Sánchez, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 367.

derivar del tenor del artículo 6 último párrafo de la ley contra el lavado de activos. En este sentido, la relación concursal que se presenta será la de un concurso real de delitos entre el lavado de activos y los delitos previos de los que provienen los fondos.

h. Penalidad

El tipo básico de lavado de activos contempla una penalidad conjunta de pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince y de pena de multa de ciento veinte a trescientos cincuenta días multa. Como puede verse, la pena resulta sumamente desproporcionada, pues llega a prever un mínimo de pena más grave que el previsto para el delito de homicidio doloso, lo cual no se corresponde con la importancia de los bienes jurídicos puestos en tela de juicio.

B. Las figuras agravadas

El delito de lavado de activos se agrava en tres supuestos previstos en el artículo 3 de la Ley contra el lavado de activos. En primer lugar, el delito se agrava con una pena de diez a veinte años y trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa si el sujeto utiliza o se sirve de su condición de funcionario público o de agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil. Se trata de un supuesto de delito especial impropio, en el que la calidad especial conlleva a un incremento de la pena. No obstante, debe quedar claro que no basta tener la calidad especial prevista en la circunstancia agravante, sino que debe existir una actuación en el marco de las facultades o funciones propias del cargo especial[183]. Si bien en todas las cualidades especiales previstas se produce un incremento de la pena, el fundamento de dicha agravación no resulta siendo el mismo.

En el caso de los funcionarios públicos, su posición de deber fundamenta una imputación agravada por la infracción del deber especial de contribuir a la configuración de un sistema económico

(183) Similarmente, PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos*, p. 167; BRAMONT-ARIAS TORRES, *LH-Bramont Arias*, p. 527.

en el que la circulación de los bienes se haga de una forma realmente legítima. Al ser esta agravación específica, desplazaría la aplicación de la agravante genérica de prevalimiento del cargo previsto en el artículo 46 A del Código penal. Por el contrario, en el caso de los agentes del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil, el fundamento de la agravación penal se encontraría en la posición especial que tienen estos autores calificados sobre la vulnerabilidad del bien jurídico protegido por el delito de lavado de activos. En este sentido, no se trataría de un delito de infracción de deber como en el caso de los funcionarios públicos, sino de un delito especial de dominio, en el que se castiga de forma más intensa a las personas que tienen el dominio de ciertos ámbitos de especial vulnerabilidad del bien jurídico. Como consecuencia de esta distinción, podría admitirse como agravante supuestos de ejercicio fáctico del cargo o de la posición especial solamente en el caso de delito de dominio.

El delito de lavado de activos se agrava también con la misma pena en el caso que el agente cometa el delito en calidad de integrante de una organización criminal. El tipo penal no especifica si la organización criminal a la que pertenece el agente es la que ha generado los activos de procedencia delictiva o si se trata de una organización criminal que se dedica especializadamente a lavar activos de otras organizaciones criminales[184]. En consecuencia, la agravación podrá aplicarse sin ningún inconveniente típico a ambos supuestos[185]. Tampoco precisa la agravante el grado de participación o importancia de la función que cumple en la organización el integrante de la misma, por lo que simplemente bastará con que el agente se encuentre integrado en la organización criminal[186]. Resulta claro

---

(184) Por el contrario, Prado Saldarriaga, *Lavado de activos*, p. 169, considera solamente el caso de organizaciones criminales dedicadas exclusivamente al lavado de activos.

(185) Distinta es la situación en el Derecho penal español, en donde la agravante se limita a las organizaciones que se dedican a blanquear capitales. Vid., críticamente, Aránguez Sánchez, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 318 y s.

(186) Vid., Prado Saldarriaga, *Lavado de activos*, p. 170. Igualmente en la regulación española, Aránguez Sánchez, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 317.

que la aplicación de esta agravación absorbe el delito autónomo de asociación ilícita para delinquir, de manera que el proceso penal solamente se tendrá que abrir por el delito agravado de lavado de activos.

Existe un tercer supuesto agravado en el que la elevación de la pena es sustancialmente mayor, llegando a ser no menor de veinticinco años. Se trata del caso en el que los actos de conversión, transferencia, ocultación o tenencia se relacionan con dinero, bienes, efectos o ganancias provenientes del tráfico ilícito de drogas o terrorismo[187]. Si no se quiere infringir el principio de culpabilidad, el autor debe conocer que el delito previo del que proceden los activos es tráfico de drogas o terrorismo[188], por lo que si se presenta un error respecto de esta circunstancia se excluirá la agravación, tal como lo dispone el artículo 14 del Código penal. Además del incremento de la pena previsto por el tipo agravado, el artículo 7 de la ley de lavado de activos le niega a los sujetos condenados por este supuesto agravado la posibilidad de gozar de los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional[189]. En la doctrina española existe una agravante similar en el delito de blanqueo de capitales, frente a la cual se ha mostrado muy crítica la doctrina española[190]. La crítica se centra en no encontrar un fundamento para considerar más grave el lavado de dinero procedente de la droga que el de la trata de personas o de armas, por ejemplo. Si la gravedad del delito de lavado de activos se sustenta en la afectación a una condición esencial del mercado,

---

(187) Con razón, PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos*, p. 171, no encontraba explicación en la anterior regulación para limitar la agravante a los actos de conversión y transferencia y dejar al margen los actos de ocultación y tenencia. La actual regulación ha corregido este defecto.

(188) Similarmente, PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos*, p. 172.

(189) Vid., PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos*, p. 184.

(190) Vid., BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 243 y ss.; VIDALES RODRÍGUEZ, *Los delitos*, p. 142; FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 388; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 312 y s.

la penalidad no debería poner el acento en el delito previo, sino en los fondos ilegales que pretenden introducirse al mercado lícito de bienes.

Un aspecto interpretativo de la agravante bajo comentario que presenta dudas es su alcance, es decir, si se aplica a cualquier delito de tráfico de drogas o terrorismo. En nuestra opinión, debe procederse a una reducción teleológica del alcance del tipo penal, por lo que habría que excluir los delitos que no son graves. En este orden de ideas, el delito previo debe tener una gravedad concreta suficiente como para dar entrada a la agravante del delito de lavado de activos. Así, por ejemplo, la ocultación del dinero proveniente de una microcomercialización de drogas no podría dar lugar a la aplicación de la agravación del delito de lavado de activos[191].

C. El delito de omisión de comunicar transacciones sospechosas

El artículo 4 de ley penal contra el lavado de activos tipifica como delito la omisión de comunicar operaciones o transacciones sospechosas a la autoridad competente, previendo una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, una pena de multa de ciento veinte a doscientos cincuenta días multa e inhabilitación no mayor de seis años. El tipo penal parte de la base de una obligación impuesta a determinadas de personas de comunicar conductas sospechosas de lavado de activos a los órganos de supervisión o a la UIF. Desde esta perspectiva, autor del delito no puede ser cualquiera, sino solamente aquél que tiene la obligación legal de comunicar al organismo correspondiente la realización de operaciones o transacciones sospechosas (artículo 8 de la Ley de creación de la UIF)[192]. Se trata de un delito especial que requiere del autor la calidad de obligado a informar. Si el deber recae sobre una persona jurídica, habrá que recurrir al artículo 27 del Código penal para responsabilizar penalmente a su representante.

---

[191] Similarmente, Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 244 y s.

[192] Así, como una ley penal en blanco, Prado Saldarriaga, *Lavado de activos*, p. 177.

La conducta típica está constituida por una omisión contraria a deber sin requerir un nexo de contrariedad del deber con un resultado lesivo. En este sentido, el sujeto obligado a informar una operación o transacción sospechosa con base en la normativa administrativa o los manuales de prevención, se le podría hacer penalmente responsable por no cumplir con esta obligación de comunicar. Sin embargo, si esta situación objetiva bastase para la configuración del tipo penal, nos encontraríamos ante un delito de mera desobediencia[193], en el que objeto de sanción penal sería el simple incumplimiento de un deber administrativamente impuesto. Por nuestra parte, consideramos necesario dotar a este delito de un contenido propiamente penal, de manera que habría que exigir un nivel de mayor lesividad por encima del simple incumplimiento administrativo. En este sentido, hay que exigir para la configuración del tipo penal que las operaciones o transacciones sospechosas no comunicadas constituyan realmente conductas de lavado de activos, de manera que se vincule la omisión del obligado a comunicar con el bien jurídico penalmente protegido.

En cuanto al tipo subjetivo, el tipo penal se castiga solamente en caso de dolo[194], es decir, cuando el agente sabe que se encuentra ante una operación o transacción sospechosa conforme a la normativa administrativa y los manuales de conducta. Si el conocimiento del autor le permite saber o presumir que los bienes que constituyen objeto de la operación o transacción son de procedencia delictiva, entonces el tipo penal aplicable será el delito de lavado de activos. El delito de omisión de comunicar transacciones sospechosas se limita a los casos en los que el conocimiento del autor se reduce al carácter sospechoso de la transacción u operación que realiza.

En el plano de la exigibilidad podría presentarse una cierta colisión entre el deber de comunicar las transacciones sospechosas y el deber de reserva o secreto profesional[195]. No obstante, el artículo

---

[193] Así lo considera, por ejemplo, PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos*, p. 178.

[194] Vid., PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos*, p. 178.

[195] Sobre el secreto profesional el Tribunal Constitucional ha hecho las siguientes precisiones: "El derecho a «guardar el secreto profesional» supone una

obligación para el profesional (abogado, notario, médico, periodista, etc.) de mantener en reserva o confidencialidad las confesiones, hechos, situaciones o cualquier noticia de la que haya tomado conocimiento, o que se le haya confiado de modo directo en su condición de profesional o técnico en determinada arte o ciencia. Dicha obligación le impone que no divulgue ni participe a otros dichos "secretos" sin consentimiento de la persona a quien le conciernan. El secreto profesional es, así, una garantía para el ejercicio de determinada profesión u oficio, de modo que ninguna autoridad o poder público, en general, pueda obligar a entregar dicha información reservada para usos propios de la profesión (STC 0134-2003-HD/TC, Fundamento Jurídico N° 3).

Esta garantía resulta fundamental cuando la profesión u oficio guarda estrecha relación con el ejercicio de otras libertades públicas, como es el caso de los periodistas respecto de la libertad de información y expresión, o de los abogados con relación al ejercicio del derecho de defensa. En estos supuestos, se trata de preservar y garantizar el ejercicio libre de las profesiones, de los periodistas, médicos o abogados con relación a sus fuentes de información, sus pacientes y patrocinados respectivamente, de modo que estos profesionales no puedan ser objeto de ningún tipo de presión de parte de sus empleadores o de las autoridades y funcionarios con relación a hechos u observaciones vinculadas al ejercicio de una determinada profesión u oficio.

En ese sentido, dos son los ámbitos de actuación de la garantía-derecho al secreto profesional que reconoce la Constitución. En cuanto derecho, reconoce al titular de tales secretos la exigencia de que estos sean celosamente guardados por los profesionales a quienes se les confía de modo directo, o que tuvieran acceso a información confidencial en razón de su ejercicio profesional; del mismo modo, el secreto profesional también protege a los propios profesionales, quienes podrán hacerlo valer en cualquier situación o circunstancia en que los poderes públicos o cualquier persona o autoridad pretendan desconocerlo de cualquier forma, sea obligando a confesar dichos secretos o poniendo en riesgo su preservación en el ejercicio de su profesión.

En cuanto garantía, el secreto profesional impone un deber especial de parte del Estado a efectos de preservar su eficaz cumplimiento. Dichas acciones de parte del Estado deben concretarse en una adecuada legislación, así como en la promoción de una cultura de respeto al ejercicio de las profesiones en general y, en especial, de aquellas que tienen directa implicancia con la promoción de los derechos y libertades públicas, como es el caso de la profesión del periodismo y la promoción del derecho a la libre expresión e información; la abogacía y el ejercicio del derecho de defensa; la profesión médica y la promoción de la salud, así como las profesiones que inciden en la promoción de las libertades económicas en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho.

13 de la Ley que crea la UIF establece una cláusula de exención de responsabilidad, al establecer que los sujetos obligados a informar, así como sus trabajadores, directores y otros representantes autorizados por la legislación están exentos de responsabilidad penal, legal o administrativa por la revelación de la información[196]. A partir de esta disposición, podríamos concluir que no existe una colisión de deberes, pues el obligado a comunicar las transacciones sospechosas no incurre en una responsabilidad penal por la infracción a la reserva o secreto profesional.

En cuanto a las consecuencias jurídicas, una situación de *bis in idem* podría tener lugar si es que la conducta omisiva del obligado a informar constituye también una infracción administrativa sancionada por el reglamento de sanciones de la SBS o de la CONASEV. Si atendemos al principio de proporcionalidad constitucionalmente reconocido y al desarrollo del principio del *non bis in idem* efectuado por el Tribunal Constitucional Peruano, no podrá procederse a una acumulación de la sanción administrativa y la sanción penal por el mismo hecho. La única posibilidad de justificar la aplicación conjunta de una sanción administrativa y una pena sería alegando una falta de identidad de sujeto, en la medida que la pena recaería sobre la persona natural que trabaja en una institución obligada a informar y la sanción administrativa sobre la institución. No obstante, en tal caso debe respetarse la inalterabilidad de los hechos probados,

---

En cuanto al contenido de lo que debe considerarse secreto para los fines de su protección, el Tribunal opina que aunque resulta difícil determinarlo en abstracto, de modo general puede establecerse que, se trata de toda noticia, información, situación fáctica o incluso proyecciones o deducciones que puedan hacerse en base a la pericia o conocimientos del profesional y que hayan sido obtenidas o conocidas a consecuencia del ejercicio de una determinada profesión, arte, ciencia o técnica en general. Están incluidas en la cláusula de protección y, por tanto, también les alcanza la obligación de mantener el secreto, no sólo los profesionales a quienes se ha confiado directamente, sino también sus colaboradores, ayudantes, asistentes e, incluso, el personal al servicio del profesional que tuviera acceso directo a tales secretos". *(Exp. 07811-2005-AA FJ De 5 a 8.)*

[196] Vid., LAMAS PUCCIO, *Transacciones financieras sospechosas*, p. 113.

es decir, que la base fáctica utilizada para sustentar la imputación penal no puede ser variada en el ámbito administrativo.

D. El caso de los negocios socialmente adecuados, en especial el pago de honorarios profesionales de abogado con bienes de procedencia delictiva

La prohibición de regreso excluye la responsabilidad penal de quien realiza una prestación generalizada e inocua a otra persona que hace uso de ella para la materialización de un delito[197]. En estos casos tiene lugar una comunidad con el autor, pero esta comunidad se encuentra limitada a la prestación de un servicio socialmente permitido que el beneficiario no puede ampliar unilateralmente[198]. La ausencia de una imputación del comportamiento tendrá lugar aun cuando el que realiza la prestación pueda suponer los planes delictivos del autor[199], ya que objetivamente no se ha producido una conducta dirigida a favorecer un delito, sino una prestación consistente en la entrega de bienes, en la realización de servicios o en el suministro de información a la que cualquiera puede acceder[200]. Pese a esta regla general de exclusión de la responsabilidad penal, un sector de la doctrina entiende que dicha regla no es aplicable al delito de lavado de activos, pues se trata de un tipo penal de aislamiento que busca aislar al autor del delito previo y a sus ganancias ilícitas, haciéndolas no aptas para la circulación[201]. Ninguna persona, ni siquiera aquellas que ofrecen bienes o

---

[197] Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 24, n.m. 17; El Mismo, *Imputación objetiva*, p. 156 y s.; El Mismo, en *Estudios*, p. 217; El Mismo, *PJ* 59, p. 136. Similarmente, aunque con propios matices, Schumann, *Handlungsunrecht*, p. 68 y s.; Wehrle, *Regreßverbot*, p. 70. En el ámbito del Derecho penal económico, Ransiek, *wistra* 1997, p. 46 y s.

[198] Vid. Jakobs, en *Estudios*, p. 217.

[199] Vid., Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 157; Frisch, *Verhalten*, p. 285. De una opinión contraria, Roxin, *FS-Tröndle*, p. 197; Otto, *JZ* 2001, p. 444; Ransiek, *wistra* 1997, p. 44.

[200] Vid. Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 157 y s.

[201] Vid., Bottke, *wistra* 1995, p. 122.

servicios cotidianos, puede recibir dinero o bienes sabiendo que han sido obtenidos delictivamente.

En nuestra opinión, no consideramos correcto prescindir o restringir la aplicación de la prohibición de regreso en el ámbito del delito de lavado de activos. No vemos una razón de peso para mantener la vigencia de la prohibición de regreso en conductas relacionadas con el bien jurídico vida y negarla en el caso del lavado de activos. En consecuencia, también respecto de conductas de lavado de activos habrá que excluir la tipicidad objetiva de prestaciones socialmente estereotipadas o inocuas, a no ser que se enmarquen en un contexto marcadamente delictivo[202]. Además de esta consideración de principio, podría recurrirse a una interpretación integral del tipo penal de lavado de activos para llegar a la misma conclusión. Tal como ya lo hemos visto, las conductas tipificadas como delito de lavado de activos constituyen actos enmarcados en un proceso más general de lavado de activos. En este sentido, para poder afirmar la tipicidad de un acto de conversión, transferencia, ocultación o tenencia es necesario que este acto se encuadre objetivamente en un proceso de lavado de activos. Es evidente que en el caso de simples pagos de servicios profesionales el poseedor de los activos ilícitos actúa solamente como un cliente o consumidor. La situación resultaría completamente distinta si quien recibe los bienes por un trabajo profesional busca reintegrar luego los bienes a las personas de las que proviene el dinero ilícito (actos de inversión).

Una constelación de casos que conviene tratar especialmente es el supuesto de pago de honorarios profesionales al abogado con fondos procedentes del delito. La importancia no es simplemente teórica, sino que ha tenido incidencia práctica por el procesamiento y condena de abogados que recibieron como pago de sus servicios de defensa dinero procedente de la actividad delictiva del delincuente[203]. Una línea jurisprudencial sometió el posible castigo

---

[202] Así, PÉREZ MANZANO, *LH- Rodríguez Mourullo*, p. 824.

[203] Vid., en la jurisprudencia alemana, RAGUÉS I VALLÈS, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 132 y ss.

de los abogados al principio de proporcionalidad, concluyendo que dicho castigo no se ajustaba al juicio de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto respecto de la limitación que se producía sobre el libre ejercicio de la profesión y la institución de la defensa penal[204]. Otra línea jurisprudencial consideró que el castigo de los abogados no implicaba restricción de derecho fundamental alguno, pues, por un lado, el libre ejercicio de la profesión no incluye la facultad de ser retribuido a sabiendas con dineros provenientes del delito y, por el otro, el derecho de la defensa no alcanza a permitir el pago de abogados con el dinero de procedencia delictiva. En la medida que el profesional conozca el origen de dichos fondos, deberá castigársele igualmente por el delito de lavado de activos[205].

Sin negar la importancia de las consideraciones constitucionales, la solución a la problemática del cobro de los honorarios profesionales del abogado con dinero proveniente del delito debe ordenarse en un plano jurídico-penal. Podría seguirse la discusión sobre las conductas neutrales y tratar de encontrar la respuesta en el ámbito de la tipicidad (objetiva o subjetiva) o considerar que esta actuación estaría justificada, pues existiría el ejercicio regular de un derecho, cargo u oficio[206]. En nuestra opinión hay que centrar el punto de discusión en el tipo objetivo[207] y concretamente en la línea de argumentación planteada por Ragués i Vallès, en el sentido de responder a la cuestión aquí debatida desde la finalidad de castigo

---

[204] Vid., Ragués i Vallès, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 135 y s., en donde destaca también ciertas excepciones en los que el castigo resulta proporcional. En esta línea de argumentación se movió también la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el tema, vid., al respecto, Pérez Manzano, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 789 y ss.

[205] Vid., Reich, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 5, n.m. 17. De otro parecer, Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 7, n.m. 285.

[206] Vid., Aránguez Sánchez, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 260.

[207] Vid., así, Pérez Manzano, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 815. De la opinión de recurrir al ámbito subjetivo (subjetivización de la justificación), Ambos, *La aceptación por elaborado defensor de honorarios "maculados": lavado de dinero*, *passim*.

del delito de lavado de activos[208]. En efecto, solamente considerando el sentido del delito de lavado de activos podrá decidirse si la interpretación del tipo penal permite abarcar el pago de honorarios profesionales con dinero sucio. No obstante, no coincidimos con RAGUÉS I VALLÈS en cuanto al bien jurídico protegido por el delito de lavado de activos, pues mientras el autor español considera que dicho delito no tiene un bien jurídico autónomo sino que evita simplemente la consolidación de la capacidad económica conseguida por el delito previo, nosotros somos de la opinión que el lavado de activo garantiza una condición esencial en el mercado: la legalidad del tráfico de bienes. Por lo tanto, la pregunta que habrá que hacerse aquí es si el abogado que recibe los honorarios con conocimiento cierto o eventual de su origen participa en un circuito orientado a reintroducir el dinero sucio en el tráfico económico legal[209]. La respuesta es negativa, siendo la única excepción el caso en que se simule un honorario con la finalidad de darle apariencia de legalidad a los fondos recibidos como retribución.

[208] RAGUÉS I VALLÈS, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 146 y ss.

[209] Centra la cuestión en el mismo punto, PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos*, p. 161.

Segunda Parte
INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

Bibliografía

Achenbach, "Schwerpunkte der BGH-Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht", 50 Jahre Bundesgerichthof. Festgabe aus dem Wissenschaft, Band IV, München, 2000, p. 608 y ss. [cit. *Festgabe aus der Wissenschaft*, IV]. / Baigún, "El bien jurídico orden económico", en Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Prof. Julio B. Maier, Buenos Aires, 2005, [cit. *LH-Maier*]. / Bajo Fernández/S. Bacigalupo, Derecho penal económico, Madrid, 2001 [cit. *Derecho penal económico*]. / Carmona, Premesse a un corso di diritto penale dell'economía, Milán, 2002, [cit. *Premesse*]. / Lampe, J., Wirtschaftsstrafrecht, en Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft, Albers y otros (Hrsg.), 1981 [cit. *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft*, Albers y otros (Hrsg.)]. / Martínez-Buján Pérez, Derecho penal económico, PG, Valencia, 1998 [cit. *Derecho penal económico*, PG]. / Otto, "Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbrauchschutz)", *ZStW* 96 (1984), p. 339 y ss. / Schlüchter, Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Heidelberg, 1987 [cit. *Zweites Gesetz*]. / Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten, Köln, 2004 [cit. *Einführung*]. / Tiedemann, Lecciones de Derecho penal económico, Barcelona, 1993 [cit. *Lecciones*]. / Tiedemann, "Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Übersicht", *JuS* 1989, p. 691 y ss. / Tiedemann, Poder económico y delito, Barcelona, 1985 [cit. *Poder económico*].

Nuestro sistema económico no se sustenta únicamente en el libre mercado. Si bien la economía se ordena libremente sin planificación estatal, esta situación no excluye que el Estado se vea obligado a intervenir en la economía no sólo para corregir los excesos de la economía libre de mercado, sino también para cubrir necesidades sociales que una economía libre no puede procurar por sí misma[1]. En este orden de ideas, puede decirse que el otro pilar sobre el que se estructura el sistema económico es la intervención del Estado.

A la intervención del Estado en la economía puede llamársele orden económico, en el sentido de un conjunto de reglas dispuestas por el Estado para evitar las consecuencias injustas a las que puede llegar el desarrollo espontáneo de las relaciones económicas. El modo más tradicional de ordenación de la economía por parte del Estado se lleva a cabo mediante la fijación de precios o de topes para evitar una conformación artificial del precio en el mercado mediante la manipulación de la oferta y la demanda[2]. Ante esta actividad reguladora del Estado pueden cometerse los delitos contra el orden económico que engloban los delitos de especulación de productos de primera necesidad y de usura.

---

(1) Vid., en este sentido, la dirección económica estatal como parte del Derecho penal económico, ACHENBACH, *Festgabe aus der Wissenschaft*, IV, p. 608; BAIGÚN, *LH-Maier*, p. 17 y ss.

(2) TIEDEMANN, *JuS* 1989, p. 692; EL MISMO, *Poder económico*, p. 19; EL MISMO, *Lecciones*, p. 42 y s.; BAJO FERNÁNDEZ/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 14.

El orden económico se manifiesta también en el orden monetario que monopoliza el Estado con la finalidad de evitar una emisión descontrolada del numerario que pudiese desestabilizar los precios con efectos inflacionarios desastrosos, como los padecidos en nuestro país en la década de los ochenta. A diferencia del delito monetario de falsificación de moneda que se constituye como un delito estructurado en la lógica de la confianza en los medios de pago, el delito monetario de emisión ilegal de billetes constituye una afectación al orden económico dispuesto por el Estado, por lo que resulta adecuado apreciarlo desde la perspectiva de la intervención del Estado en la economía[3]. Dentro de esta política monetaria se debe incluir además el manejo de las divisas, castigándose el uso ilegal o la no entrega indebida de las mismas como delitos monetarios.

Pero el orden económico no se agota en aspectos regulatorios. La intervención del Estado en la economía puede estar referida también al desarrollo de una labor social o de estímulo de ciertos sectores. Esta labor se manifiesta de dos formas. Por un lado, cabe el desarrollo de una labor social con ciertos sectores desfavorecidos en un sistema económico poco perfeccionado como el nuestro (trabajadores y clases sociales bajas)[4], dotando de un refuerzo penal a esta labor de favorecimiento de determinados estratos sociales débiles mediante la configuración de los delitos contra la libertad laboral y al delito de venta ilícita de mercaderías respectivamente. Por otro lado, la labor social puede ubicar en el fomento de determinadas actividades esenciales o estratégicas mediante una política de subsidios, castigándose penalmente la obtención fraudulenta de subsidios o regímenes especiales mediante el delito de fraude de subvenciones.

La intervención estatal en la economía no se limita al establecimiento de un orden económico, sino que debe destacarse además que el desarrollo de esta actividad demanda un considerable gasto público. Para procurarse de los medios financieros suficientes, resulta

---

(3) Así, la perspectiva estatal que acentúan en los delitos monetarios MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 72; BAJO FERNÁNDEZ/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 14.

(4) Vid., CARMONA, *Premesse*, p. 88.

necesario que el Estado emprenda una política recaudatoria[5]. Los actos dirigidos a frustrar esta actividad estatal pueden configurar, bajo determinadas condiciones, una conducta punible, sancionables como delitos contra la economía financiera estatal[6]. Estos delitos son los delitos tributarios y los delitos aduaneros, aunque respecto de estos últimos hay que indicar que también procuran proteger la ordenación del comercio exterior de mercancías.

Otro aspecto vinculado a la intervención del Estado en la economía es la regulación especial de sectores socialmente sensibles. Si bien la creación de empresas no se encuentra sometida a control por parte del Estado en consonancia con el postulado liberal[7], existen sectores de actuación, en los que los intereses colectivos en juego justifican una regulación estatal de la entrada y actuación de las empresas en estos sectores. En efecto, dada la amplia participación de los agentes económicos en el sistema bancario y financiero (reforzada por el llamado proceso de bancarización), resulta de suma importancia mantener la transparencia y respeto de las reglas de funcionamiento de este sector. En consecuencia, el Derecho penal debe reforzar la vigencia de las expectativas de conducta derivadas del correcto funcionamiento del sistema financiero imponiendo sanciones a las personas que defrauden gravemente estas expectativas. En esta línea, se entiende el carácter penal-económico de los delitos financieros. Pero la intervención del Estado en sectores económicos específicos no se limita al sector financiero, sino que alcanza también a otros ámbitos, como el funcionamiento de las casas de apuestas, casinos o de juegos. Aun cuando pueda considerarse

---

(5) Nos referimos aquí a la creación de impuestos que no sólo sirven para obtener recursos financieros, sino que también constituyen en la actual vida económica medios indirectos de la dirección económica. En este sentido, TIEDEMANN, *JuS* 1989, p. 692.

(6) Vid., igualmente, TIEDEMANN, *JuS* 1989, p. 692; LAMPE, en *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft*, Albers y otros (Hrsg.), p. 310 y ss.; OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 352; SCHLÜCHTER, *Zweites Gesetz*, p. 6; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 72.

(7) Vid., así, TIEDEMANN, *Einführung*, p. 13.

cuestionable que la importancia de este ramo empresarial justifique una intervención jurídico-penal, el hecho es que existe un tipo penal de sanción de funcionamiento ilegal de este tipo de establecimientos.

La libertad de organización económica que se reconoce en general a las empresas no significa, sin embargo, que no se pueda realizar labores de control o supervisión sobre la situación de las empresas, sobre todo cuando por su magnitud existen diversos intereses económicos en juego. Por ello, el Estado puede asumir en estos casos una labor de control de los agentes económicos más importantes, fundamentalmente empresas, mediante organismos de supervisión. A estos organismos se les reconoce, entre otras facultades, la potestad de requerir a las empresas supervisadas la información económica o financiera que estimen necesaria. La frustración de esta labor de control por parte de los directivos de las empresas requeridas da lugar al delito económico de negación de información a organismos fiscalizadores.

TÍTULO I
DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO

BIBLIOGRAFÍA DEL PRESENTE TÍTULO

ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, Parte Especial, Lima, 2000 [cit. *Derecho penal económico*, PE]. / ALESSANDRI, *Manuale di diritto penale dell' impresa*, Pedrazzi/Alessandri/Foffani/Seminara/Spagnolo, 2ª ed., Bologna, 2000 [cit. *Manuale*]. / AMMIRATI, *Il delitto di usura*, Padova, 1997 (cit. *Il delitto di usura*). / BAIGÚN, "El bien jurídico orden económico", en Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Prof. Julio B. Maier, Buenos Aires, 2005, [cit. *LH-Maier*]. / BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho penal*, Parte especial, 2ª ed., Madrid, 1993 [cit. *Manual*, PE]. / BENITES SÁNCHEZ, *Derecho penal peruano*, Leyes especiales complementarias del Código penal, Lima, 1959 [cit. *Derecho penal peruano*]. / BERGERO, *La represión de la usura en el Código penal argentino, (art. 175 bis)*, Córdova, 2003 [cit. *La represión de la usura*]. / BERNSMANN, "Strafbarer Wucher", en Achenbach/Wannemacher (Hrsg.), *Beraterhandbuch zum Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht*, 1998, p. 162 y ss. [cit. Achenbach/Wannemacher (Hrsg.), *Beraterhandbuch zum Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht*]. / BORINSKY, *Derecho penal económico y de la empresa*, Buenos Aires, 2004 [cit., *Derecho penal económico*]. / BRAMONT ARIAS, *Temas de Derecho penal*, 5, Lima [cit. *Temas de Derecho penal*, 5]. / BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., "Aspectos penales de la nueva Ley de Títulos Valores Ley 27287", *Gaceta Jurídica* 83-B (2000), p. 51 y ss. / BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal*, Parte especial, 2ª ed., Lima, 1996 [cit. *Manual*]. / CARMONA/GONZÁLEZ/CUEVA/POLAINO, *Manual de Derecho penal*, Parte especial, II, Madrid, 1992 [cit. *Manual*, PE, II]. / CARRARA, *Programa de Derecho criminal*, Parte especial, V. IV, (trad. Ortega/Guerrero), Bogotá, 1991 [cit. *Programa*, PE]. / CORZO/SINFÓN, "El régimen legal de los intereses en las operaciones del sistema crediticio", *Ius et Veritas* 11, p. 145 y ss. / CREUS, *Derecho penal*, PE, T. I, Buenos Aires, 1983 [cit. *Derecho penal*, PE, T. I]. / CRISTOFANO, *Usura: La*

tutela civile e penale dei danneggiati, Padova, 2001 [cit. *Usura*]. / DE LA PUENTE Y LAVALLE, "Pago de intereses usurarios", *Thémis* 12, p. 63 y s. / EZAINE CHÁVEZ, *Diccionario de Derecho penal*, voz: Usura, 2, Lima, 1989 [cit. *Diccionario*]. / GARCÍA ARÁN, "Sentido actual y contenido material de la incriminación de la usura", *RFDUC* VI, 1983, p. 318 y ss. / GHERSI, "Abajo el Código penal", *Thémis* 32, p. 114 y ss. / GÓMEZ APAC/ BOZA ALZAMORA, "Pago de intereses en la legislación peruana", *Advocatus* 7, p. 457 y ss. / GONZÁLEZ RUS, "Aproximación a los delitos contra el orden socio-económico en el proyecto del Código penal de 1992", en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor a Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 167 y ss. [cit. *LH-Tiedemann*]. / JAKOBS, Strafrecht, AT, 2. Aufl., Berlin, 1991 [cit. *Strafrecht*, AT]. / JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, "Intereses, tasas, anatocismo y usura", *Revista Jurídica del Perú* 21 (2001), p. 75 y ss. / KINDHÄUSER, "Zur Struktur des Wuchertatbestands", *NStZ* 1994, p. 105 y ss. / LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 24. Aufl., München, 2001, § 291. / LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, Barcelona, 1968 [cit. *El delito de usura*]. / LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, PG, Madrid, 1996 [cit. *Curso*, PG]. / MALAMUD GOTI, *Derecho penal de la competencia*, Buenos Aires, 1984 [cit. *Derecho penal de la competencia*]. / OSTERLING PARODI/CASTILLO FREYRE, *Tratado de las Obligaciones*, T. V, Lima, 1996 [cit. *Tratado*, T. V]. / OTTO, "Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz)", *ZStW*, 96 (1984), p. 339 y ss. / PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal*, Parte especial, II-B, Lima, 1995 [cit. *Tratado*, PE, II-B]. / QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, T. III, Madrid, 1965 [cit. *Tratado*, PE, T. III]. / REYNA ALFARO, *Manual de Derecho penal económico*, Lima, 2002 [cit. *Manual*]. / RIGHI, *Derecho penal económico comparado*, Madrid, 1991 [cit. *Derecho penal económico*]. / RISCO VALERA, "El delito de usura y la regulación de las tasas de interés en una economía de libre mercado", *Thémis* 35, p. 88 y ss. / ROY FREYRE, *Derecho penal peruano*, PE, III, Lima, 1983 [cit. *Derecho penal peruano*, PE, III]. / SCHEFFLER, "Zum Verständnis des Wucher gem. § 302a", *GA* 1992, p. 1 y ss. / STREE/HEINE, en Schönke/Schröder *StGB-Kommentar*, 26. Aufl., München, 2001, § 291 [cit. Schönke/Schröder *StGB-Kommentar*]. / TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, Besonderer Teil mit wichtigen Gesetzes- und Verordnungstexten, Köln, 2006 [cit. *Wirtschafsstrafrecht*, BT]. / TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 51. Aufl., München, 2003 [cit. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*]. / VALLÉS Y PUJALS, *Del préstamo a interés, de la usura y de la hipoteca*, Barcelona, 1933 [cit. *Del préstamo*]. / VÁSQUEZ VÁSQUEZ, "Repercusiones de la nueva Ley de Títulos Valores en la aplicación del Derecho penal", *Gaceta Jurídica* 81 B (2000), p. 37 y ss. / YON RUESTA, "¿Usura en el Perú?", *Ius et Veritas* 22, p. 225 y ss.

En la tradición legislativa peruana los llamados delitos contra el orden económico agruparon, en un primer momento, los delitos de especulación, acaparamiento y adulteración, siguiendo la regulación del Código penal colombiano de 1980. Posteriormente, el Código penal actualmente vigente procedió a una ampliación de los delitos contenidos bajo este título, incluyendo diversos delitos económicos como el delito de abuso de poder económico, el delito de publicidad engañosa, la competencia desleal, el fraude de subvenciones, los cárteles de licitación, entre otros. Si bien esta incorporación de nuevas figuras delictivas en el Código penal puede valorarse positivamente como un mejoramiento de la situación legislativa, también es verdad que ha traído consigo el efecto negativo de darle un carácter difuso al término "orden económico". Dada la heterogeneidad de los diversos delitos económicos contenidos en el Título IX del Código penal, resulta realmente difícil poder dotar de un contenido concreto al llamado orden económico.

Si se entiende el término "orden económico" en un sentido amplio, podría llegar a equipararse al funcionamiento general del sistema económico[1], lo que traería como consecuencia principal que

---

(1) Así, BAIGÚN, *LH-Maier*, p. 14, quien señala que el orden económico importa la consideración de funcionamiento, de articulación entre los distintos componentes de la actividad económica. Anteriormente, BRAMONT ARIAS, *Temas de Derecho penal*, 5 p. 69, consideraba delitos contra el orden económico en sus fases de producción, circulación y distribución, aunque luego precisa que "el orden económico es el conjunto de medidas que dirigen la economía, organizando la distribución y producción de las riquezas en armonía con los intereses de la sociedad".

todos los delitos económicos serían delitos contra el orden económico. Pese a la viabilidad gramatical de esta opción interpretativa, una ampliación tal del contenido de significación tendría la desventaja de reducir la utilidad del concepto "orden económico" a hacer referencia al ámbito social de aparición de la criminalidad económica. De esta manera, el orden económico dejaría de tener una función de legitimación respecto de ciertos delitos económicos, convirtiéndose, mas bien, en un concepto puramente descriptivo. Para decirlo en otros términos: el orden económico no tendría una función dogmática, sino criminológica.

El Código penal podría haberle asignado al término "orden económico" una función fundamentalmente agrupadora, en la medida que bajo dicho título se incluyen delitos económicos completamente diferentes. No obstante, también es verdad que delitos como los delitos financieros o los atentados contra el sistema crediticio constituyen igualmente delitos económicos, pese a no estar enmarcados en el título general de delitos contra el orden económico. Bajo estas circunstancias, poco se puede decir sobre lo que significa el término orden económico en nuestro Código penal, por lo que resultará necesario asumir la labor de asignarle un significado incluso con independencia de las particularidades de la regulación positiva.

En nuestra opinión, el término "orden económico" no debe entenderse como el orden general del sistema económico, sino como el ordenamiento específico dispuesto por el Estado. El libre mercado parte de la idea de una autorregulación sin intervención del Estado, de manera tal que no se requiere de una intervención estatal. Sin embargo, la falta de un mercado perfecto hace necesario que el Estado, en determinados casos, tome ciertas medidas para equilibrar o corregir las distorsiones del mercado[2]. A partir de estas consideraciones, el orden económico estará constituido como el conjunto de disposiciones estatales ordenadas por el Estado con la finalidad de mantener una situación de equilibrio en la economía.

---

(2) Vid., TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 6, n.m. 244.

La ordenación del Estado se puede manifestar en diversos ámbitos de la economía. Así, por ejemplo, el Estado puede entrar a controlar la conformación del precio de los bienes o servicios en situaciones de crisis o en relaciones específicas en las que no están aseguradas las condiciones para una negociación equilibrada (control de precios). De la misma forma, puede generar una legislación especialmente protectora para determinados sectores sociales con poco poder de imposición en sus relaciones económicas (trabajadores) o realizar ciertas prestaciones económicas a favor de cierta parte de la población poco beneficiada por el sistema económico (distribución gratuita de bienes). Asimismo puede impulsar la realización de determinado tipo de actividades beneficiosas para el desarrollo del sistema económico mediante el manejo de las subvenciones o beneficios económicos. Finalmente, parte del orden económico que le corresponde determinar al Estado es, sin duda, el orden monetario (emisión de moneda y uso de las divisas), pues con el manejo de la política monetaria se pueden controlar ciertos aspectos negativos de la economía que eventualmente se pueden presentar como es el caso de los procesos inflacionarios.

La importancia de la intervención del Estado en los ámbitos específicos de la economía antes referidos determina que se configuren diversos tipos penales dirigidos a castigar las conductas que de manera intolerable afectan esta ordenación estatal de la economía. En cuanto al control de precios, el tipo penal recoge el delito de especulación de bienes de primera necesidad y el delito de usura. Por su parte, la protección de determinados sectores sociales especialmente débiles se materializa en el ámbito jurídico-penal con los delitos contra la libertad de trabajo y la venta ilícita de mercaderías. La política de subvenciones o beneficios fiscales para el desarrollo de determinadas actividades económicas encuentra también respaldo penal mediante el delito de fraude de subvenciones. Finalmente, el adecuado ordenamiento de la política monetaria se constituye igualmente en objeto de protección con los tipos penales de emisión ilegal de billetes y de uso indebido de divisas. En esta oportunidad nos vamos a ocupar solamente de los delitos referidos al control de precios.

CAPÍTULO I
DELITOS CONTRA EL CONTROL DE PRECIOS

I. INTRODUCCIÓN

La intervención del Estado en la configuración del precio de los bienes o servicios resulta usual en el sistema de economía dirigida, pero en un sistema económico asentado sobre el libre mercado resulta, más bien, la excepción[1]. En efecto, en una economía de mercado el ciclo de producción, distribución y comercialización de productos se sujeta a las necesidades del mercado, conformándose el precio de los bienes o servicios en función de la oferta y la demanda. Esta autorregulación del mercado no excluye, sin embargo, que en situaciones excepcionales la intervención estatal tenga lugar mediante la fijación del precio o el establecimiento de un precio mínimo o máximo, o de márgenes de determinación. Así, por ejemplo, en épocas de crisis originadas por guerras o catástrofes naturales es posible que el mercado no se corresponda con su función de regulación, siendo necesario que el Estado entre a controlar la configuración adecuada del precio de los bienes o servicios[2]. Pero, por otra parte, se sabe que el sistema económico no cuenta con un mercado perfecto, lo que obliga al Estado a intervenir en determinados ámbitos o

---

(1) Vid., así, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 6, n.m. 244.

(2) Vid., MALAMUD GOTI, *Derecho penal de la competencia*, p. 21 y s.

sectores sociales en los que puede darse una explotación intolerable de los más débiles. Si bien queda claro que la conformación del precio no es una tarea del Estado, sino de los propios mecanismos de autorregulación del mercado, en ciertos casos excepcionales resulta necesario que el Estado despliegue un control sobre los precios para evitar aprovechamientos injustos en situaciones de crisis o en relaciones económicas desequilibradas.

La intervención excepcional del Estado en la economía mediante el control de precios puede verse afectada por conductas que desconocen o intentan burlar las disposiciones estatales en ese sentido. Para evitar la generalización de estas conductas y, por tanto, la pérdida de la autoridad estatal, resulta necesario prever la imposición de sanciones en caso de incumplimiento de la política de control de precios. Estas sanciones pueden llegar a tener carácter penal en los casos en los que la afectación al control de precios resulte especialmente grave. En esta línea, el Código penal contempla dos supuestos de infracción al control de precios dispuesto por el Estado. Por un lado, se encuentra el delito de especulación de bienes de primera necesidad regulado en el primer párrafo del artículo 234, en donde se castigan a los fabricantes o comerciantes que vendan bienes de primera necesidad a precios superiores a los establecidos por la autoridad competente. En segundo lugar, hay que mencionar el delito de usura, en la medida que se sustenta también en un control del precio, concretamente en el precio del dinero. En lo que sigue, nos vamos a ocupar de desarrollar los aspectos constitutivos de ambos tipos penales, desde la lógica común de formar parte de la política excepcional del control de precios.

II. EL DELITO DE ESPECULACIÓN DE BIENES DE PRIMERA NECESIDAD

En la tradición legislativa peruana el delito de especulación se agrupó como delito contra el orden económico junto con los delitos de acaparamiento y adulteración[3]. Incluso en el actual Código penal

[3] Vid., así en referencia al Decreto legislativo 123, BRAMONT ARIAS, *Temas de Derecho penal*, 5, p. 69 y ss.

se siguen agrupando estos delitos en un mismo capítulo dentro del título general de delitos contra el orden económico. No obstante, si se analiza las conductas típicas contenidas en los llamados delitos de especulación, acaparamiento y adulteración, se podrá comprobar que solamente el delito de especulación sobre bienes de primera necesidad constituye un delito contra el control de precios dispuesto por el Estado[4]. El resto de supuestos del delito de especulación, el delito de acaparamiento y el delito de adulteración constituyen, más bien, delitos que afectan a los consumidores sin afectar las disposiciones específicas establecidas por el Estado. En este orden de ideas, solamente el delito de especulación de bienes de primera necesidad constituye un delito que afecta la conformación de los precios dispuesta por el Estado.

1. Bien jurídico

La determinación del bien jurídico protegido por el delito de especulación de bienes de primera necesidad podría tener en consideración, en primera línea, a los consumidores, en la medida que se pone a la venta bienes a un precio superior al establecido por la autoridad correspondiente[5]. El hecho de que el consumidor tenga que pagar más de lo establecido oficialmente implicaría un perjuicio económico para él. Esta construcción resulta, sin embargo, aparente, pues un perjuicio al consumidor tendría que determinarse en función de un precio determinado por la oferta y la demanda[6]. Puede ser incluso que el precio establecido para el producto de primera necesidad resulte superior al que surgiría por el

(4) Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 222.

(5) Así, el bien jurídico como colectivo, BRAMONT ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 441 y s.

(6) Por ello, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 203, reconoce que en los delitos contra el orden económico el centro del injusto está en la infracción de regulaciones económicas especiales y no directamente en el perjuicio a los consumidores, y precisamente en el delito de especulación indica que la infracción a la regulación económica especiales más clara (p. 222).

juego de la oferta y la demanda. Desde este orden de ideas, el bien jurídico protegido no puede ordenarse en la lógica del consumidor, sino en el aspecto específico del orden económico dispuesto por el Estado.

La configuración del precio de los bienes de primera necesidad debe ser producto del libre juego de la oferta y la demanda. No obstante, en determinadas situaciones no se dan las condiciones mínimas para un libre juego equilibrado, de manera tal que resulta necesaria la intervención del Estado en la configuración de los precios. Sin la intervención estatal, se producirían graves distorsiones en los procesos de ofrecimiento y adquisición de bienes, lo que terminaría por perjudicar a los distintos sujetos económicos. En el caso de los bienes de primera necesidad, la situación de desequilibrio resulta más sensible, pues en la medida que se trata de bienes necesarios para la subsistencia, los consumidores están prácticamente en la obligación de adquirir los productos. Por esta razón, se explica que se haya elevado a la categoría de delito la especulación de bienes de primera necesidad.

El bien jurídico penalmente protegido por el delito de especulación de bienes de primera necesidad está constituido por la expectativa social de una conformación equilibrada del precio de los bienes de primera necesidad[7]. Esta expectativa normativa se contextualiza en determinadas situaciones de excepción en las que no se dan las condiciones para una determinación equilibrada del precio a través del libre juego de la oferta y la demanda, por lo que el Estado asume, como tercero imparcial, la labor de establecer un precio equilibrado. La puesta en venta de los productos de primera necesidad a precios superiores a los oficialmente establecidos defrauda esta expectativa de conducta, por lo que resulta necesaria la imposición de una pena para devolver la vigencia social a la expectativa defraudada.

---

(7) TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 13, n.m. 246, alude a un interés social en precios equilibrados.

2. Elementos constitutivos del delito

A. Sujeto activo

El delito de especulación de bienes de primera necesidad constituye un delito especial[8], en la medida que el círculo de autores se reduce al productor, fabricante o comerciante que pone en venta productos de primera necesidad. Para tener la calidad de autor no interesa si la actividad productiva o comercial se realiza de forma dependiente o como actividad secundaria[9], pues para acceder al estatus de productor, fabricante o comerciante solamente resulta necesario realizar la actividad productiva o comercial. En este orden de ideas, pueden incluirse dentro del tipo penal también los productores o comerciantes informales[10], pues su informalidad no los exime de observar el resto de disposiciones que reglamentan la venta de los productos. Fuera del círculo de autores se encuentran los particulares que realizan aisladamente una venta sobrevaluada de un producto de primera necesidad[11].

En caso que la actividad productiva o comercializadora sea llevada por una persona jurídica, la responsabilidad penal deberá recaer sobre las personas naturales que han actuado en lugar de ella. Para salvar las objeciones al principio de legalidad, habrá que recurrir al artículo 27 del Código penal que permite imputar la responsabilidad penal a los representantes de la persona jurídica, aun cuando no reúnan el elemento especial de autoría (productor, fabricante o comerciante). En la medida que se trata de un delito de dominio basado en el abuso de la libertad económica de negociación en el mercado, deberían responder las personas que poseen el dominio social del hecho. No obstante, nuestra regulación del actuar en lu-

---

(8) Vid., en este sentido, BRAMONT ARIAS, *Temas de Derecho penal*, 5, p. 74. Igualmente en el Derecho penal alemán, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 6, n.m. 247.

(9) Igualmente, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 6, n.m. 247.

(10) Vid., así, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 6, n.m. 247.

(11) Así, consideran necesaria la habitualidad de las actividades industriales o comerciales, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 224.

gar de otro se mantiene en la teoría de la representación, lo que significa que quien actúa en lugar de la persona jurídica no sólo debe tener el dominio del hecho, sino también la calidad de representante del ente colectivo.

B. Conducta típica

Conforme al tenor del primer párrafo del artículo 234 del Código penal, la conducta típica del delito de especulación de bienes de primera necesidad está constituida por el hecho de poner en venta artículos oficialmente considerados de primera necesidad a precios superiores a los fijados por la autoridad competente. Como puede verse, el tipo penal utiliza la técnica de tipificación de la ley penal en blanco, de manera tal que para definir la conducta prohibida se combinan los elementos típicos contenidos en la ley penal con lo establecido en las disposiciones de carácter administrativo. Para una mejor comprensión de la conducta típica consideramos adecuado exponer ambos aspectos del tipo penal de manera diferenciada.

a. Elementos típicos

El tipo penal establece como conducta típica poner a la venta bienes de primera necesidad a precios superiores a los establecidos por la autoridad competente. La primera cuestión que conviene resolver es si el tipo penal determina suficientemente la conducta prohibida, de manera tal que un ciudadano esté en capacidad de poder saber qué actuaciones caen en el ámbito de lo penalmente prohibido. Podría considerarse que los bienes de primera necesidad representan un concepto indeterminado, en la medida que no se sabe con claridad a qué bienes concretamente se refieren. Este cuestionamiento parte de una visión demasiado estrecha del mandato de certeza, pues el tipo penal no tiene que hacer una determinación casuística, sino que puede recurrir a conceptos generales que gocen de una significación clara. En este orden de ideas, los bienes de primera necesidad tienen un sentido muy definido, pues por tales deben entenderse solamente aquéllos que resultan

esenciales para la subsistencia de la persona[12]. Con base en esta definición se pueden excluir del ámbito de protección aquellos productos que están destinados a satisfacer necesidades secundarias o simplemente de lujo[13]. Hay que reconocer, sin embargo, cierto carácter dinámico del concepto utilizado por el tipo penal, pues los márgenes de distinción entre los bienes no son imperecederos, sino que dependen del estándar de vida actual.

Si se atiende a la conducta que el tipo penal toma como punto de referencia del injusto penal, podrá apreciarse que se hace un adelantamiento de la barrera de protección, pues el delito no se configura con la venta de productos de primera necesidad a precios superiores a los oficiales, sino con la puesta a la venta de dichos productos. Por poner a la venta debe entenderse la posibilidad de acceso de terceras personas (consumidores) a los bienes a través del pago de una contraprestación económica. Si un consumidor ha adquirido el producto al precio impuesto por el particular o si ha existido la posibilidad concreta de dicha adquisición, no interesa desde el punto de vista de la conducta típica. Solamente el hecho de ofrecer el producto en general a quienes están interesados, constituye la conducta típica.

Un aspecto problemático en la interpretación de la conducta típica es si el término venta debe entenderse en un sentido jurídico-civil como contrato de compraventa, o si cabe una formación autónoma de dicho concepto, de manera tal que se pueda abarcar otras formas contractuales. Es evidente que el juez penal debe utilizar el tipo penal para reprimir las conductas que afectan el fin de protección, pero siempre debe tener en consideración el tenor de la ley penal. Si el tipo penal hiciere alusión solamente a "poner en venta",

---

(12) En el Derecho alemán hubo anteriormente una crítica por la indeterminación del concepto, aunque su vinculación con el bien jurídico permite una determinación suficiente del ámbito de protección. En este sentido, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 6, n.m. 247.

(13) En la normativa alemana se excluyen los bienes suntuosos o de lujo. Vid., así, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 6, n.m. 247.

no habría problema para poder definir el término compraventa en un sentido material como transferencia de un bien a título oneroso[14]. Sin embargo, el tipo penal hace mención también al precio, lo que reduciría la contraprestación por la transferencia del bien al pago de un precio. Bajo estas circunstancias, la puesta en venta debe entenderse como el ofrecimiento de vender un bien a cambio de un precio mayor al establecido oficialmente.

Por productos deben entenderse los bienes que sirven a la satisfacción de necesidades de los consumidores (p.e. pan, arroz, azúcar, leche, etc.). Dentro de este elemento típico no pueden incluirse los servicios, pues los servicios no se producen, sino se prestan. En este orden de ideas, aun cuando pueda parecer justificada la penalización de la especulación respecto de servicios de primera necesidad (luz, teléfono, educación), el tenor del tipo penal actual no permite abarcar estos supuestos. Intentar una penalización implicaría recurrir a una analogía prohibida en el Derecho penal, pues se haría con la finalidad de fundamentar el castigo de conductas similares no previstas en el tipo penal.

b. Remisión a disposiciones administrativas

El tipo penal del delito de especulación de bienes de primera necesidad se remite a la normativa administrativa para precisar dos aspectos del tipo penal: qué productos son considerados de primera necesidad y cuál es el precio oficial de estos productos. Esta relación de accesoriedad produce dos consecuencias dogmáticas importantes. En primer lugar, la vigencia del tipo penal está supeditada a que la administración precise cuáles son los bienes oficialmente considerados de primera necesidad y además establezca un precio oficial para estos bienes. Sin esta intervención del Estado en la economía, el tipo penal de especulación de bienes de primera necesidad no tendrá eficacia. En segundo lugar, la accesoriedad administrativa vincula la interpretación del juez penal, de manera que no podrá

(14) Así, lo interpreta, por ejemplo, BRAMONT ARIAS, *Temas de Derecho penal*, 5, p. 74.

considerar bienes de primera necesidad a aquéllos que no se encuentren expresamente previstos en el ámbito administrativo.

En cuanto a la necesidad de una regulación administrativa previa, hay que señalar que en el actual contexto jurídico-económico, el delito de especulación de bienes de primera necesidad no tiene una aplicación efectiva, pues la determinación de los precios de los bienes de primera necesidad por parte del Estado ha dejado de hacerse a partir del llamado sinceramiento de los precios. En efecto, los decretos supremos 226-90-EF y 234-90 EF llevaron a desechar en la economía la política de fijación de precios característica de las décadas anteriores. Esta orientación del sistema económico se ha confirmado con el artículo 4 del Decreto Legislativo 757 (Ley Marco para el crecimiento de la actividad privada), en donde se establece que sólo pueden fijarse precios administrativamente para las tarifas de los servicios públicos conforme a ley. En consecuencia, mientras no exista un cambio en la política económica del Estado, el delito de especulación de bienes de primera necesidad no tendrá las condiciones para su efectivo castigo.

La accesoriedad administrativa empleada en el delito de especulación de primera necesidad se presenta como una ley penal en blanco[15]. La especificación de la conducta prohibida se lleva a cabo mediante una remisión a la normativa administrativa, tratándose, por tanto, de una especificación que no depende del juez, sino de lo dispuesto por la autoridad administrativa competente. En consecuencia, el juez no podrá apartarse en su interpretación típica de la concreción hecha administrativamente, aun cuando pueda considerar que hay otros productos de primera necesidad no incluidos por la autoridad administrativa o que el precio establecido para dichos productos no es justo. No se trata de un sometimiento del juez a la autoridad administrativa, sino del seguimiento de ciertos parámetros de interpretación establecidos por el legislador en el propio tipo penal.

Un aspecto problemático tiene lugar en caso se modifiquen posteriormente los precios de los bienes de primera necesidad de

---

[15] Igualmente, BRAMONT ARIAS, *Temas de Derecho penal*, 5, p. 75.

manera que el precio anteriormente cobrado por el autor se mantiene dentro del nuevo precio. Para algunos la mera variación o supresión de los precios establecidos no releva de pena a quien los infringió mientras estuvieron vigentes[16]. Otro sector de la doctrina considera que mientras la modificación de precios no tenga efectos retroactivos, la supresión del sistema de fijación de precios sí anularía la ilicitud de la conducta[17]. La respuesta a esta problemática depende de la comprensión del tipo penal de especulación de bienes de primera necesidad como una ley penal temporal. Ya hemos indicado que si una ley penal en blanco está sujeta a un tiempo de vigencia debido a un plazo fijado expresamente para sus normas extrapenales de complemento, no habrá ningún inconveniente en considerarla también una ley temporal con todos los efectos jurídico-penales previstos[18]. En este orden de ideas, si la disposición administrativa fija el precio oficial por un período determinado –lo cual es la regla–, se tratará de una ley penal temporal, de manera tal que el cambio o supresión del precio oficial no afectará la punibilidad de la conducta.

C. Tipo subjetivo

El delito de especulación de bienes de primera necesidad se castiga a título de dolo[19]. En este sentido, se requiere del autor un conocimiento de la realización de los elementos típicos, incluidos los elementos cuya concreción se deja en manos de la administración. No obstante, esta afirmación no significa que el desconocimiento de la normativa administrativa podría fundamentar un error de tipo (vencible o invencible), pues basta con que al autor se le pueda imputar el conocimiento de los elementos normativos contenidos en el tipo penal (bienes de primera necesidad o precio

---

(16) Vid., así, BORINSKY, *Derecho penal económico*, p. 311.

(17) Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 225 y s.

(18) Vid., en este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 66.

(19) Vid., así, BRAMONT ARIAS, *Temas de Derecho penal*, 5, p. 75; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 225.

oficial). Un conocimiento específico de la normativa administrativa no resulta necesario para sustentar el dolo del autor, por lo que resulta posible la comisión del delito de especulación de bienes de primera necesidad a título de dolo eventual[20].

Si el autor del delito desconoce por indiferencia cuáles son los bienes de primera necesidad y los precios que la autoridad ha establecido para estos productos, el dolo podrá igualmente sustentarse si su indiferencia permite sustentar un supuesto de dolo indirecto. En este sentido, el productor, fabricante o comerciante que decide voluntariamente no conocer si los productos que produce o comercializa son de primera necesidad y cuál es el precio máximo que puede cobrar por ellos, no podrá alegar un desconocimiento psicológico que excluya el dolo, pues en estos casos su indiferencia ante los hechos no constituye normativamente una razón para negar el dolo. A pesar del desconocimiento psicológico, la imputación del dolo podrá sustentarse desde consideraciones normativas.

D. Consumación y tentativa

El delito de especulación de bienes de primera necesidad está estructurado típicamente como un delito de emprendimiento, ya que la conducta se configura con el solo hecho de poner en venta bienes de primera necesidad. Si la venta de dichos bienes a precios superiores a los oficialmente establecidos se ha realizado o no, resulta irrelevante desde el punto de vista del tipo penal. Como puede verse, el delito se consuma con la sola realización de la conducta dirigida a la venta de los productos, por lo que no será necesario vincular objetivamente esta conducta a un resultado lesivo diferenciable. La exigencia de un peligro para el orden económico[21], además de su difícil demostración, no resulta exigido desde el tenor del tipo penal.

El hecho de considerar que el tipo penal del delito de especulación de bienes de primera necesidad está estructurado como un delito de

---

(20) De otra opinión, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 225.

(21) Como lo exige, BRAMONT ARIAS, *Temas de Derecho penal*, 5, p. 75.

emprendimiento trae como consecuencia dogmática que no se pueda admitir una tentativa punible[22]. En efecto, la característica principal de un delito de emprendimiento es que la tentativa se castiga como un delito consumado, de manera tal que si el solo emprendimiento de la acción realiza plenamente el tipo penal, no cabrá aceptar una realización imperfecta del tipo penal. Se trata de un caso en que la tentativa y la consumación tienen un idéntico tratamiento desde el punto de vista de la pena.

E. Autoría y participación

Tal como ya lo hemos indicado, el delito de especulación de bienes de primera necesidad es materialmente un delito especial de dominio. En este sentido, autor del delito será quien, además de reunir la calidad de productor, fabricante o comerciante, tenga la competencia por el dominio del hecho. La autoría se puede manifestar en las tres formas de dominio que se recogen en el artículo 23 del CP. Por el contrario, los partícipes en el delito no requieren reunir la calidad especial exigida por el tipo, determinándose la pena para éstos a partir del marco penal del artículo 234 del CP. En la medida que se trata de un delito especial de dominio, la determinación de la pena de los partícipes debe seguir la regla de la unidad del título de imputación.

F. Penalidad

El artículo 234 del CP establece para el delito bajo comentario una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años, así como una pena de multa de noventa a ciento ochenta días multa. Esta pena resulta agravada en caso de conmoción o calamidad públicas, conforme al artículo 236 del CP, en cuyo caso la pena se incremente a no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

---

[22] Igualmente BRAMONT ARIAS, *Temas de Derecho penal*, 5, p. 75; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 224

III. USURA

El cobro de intereses por el otorgamiento de un crédito no ha contado con idéntico juicio de valor sobre su legalidad a lo largo de la historia[23]. Su enjuiciamiento ha dependido de la evolución histórica de las ideas y, en algunos momentos, de ciertos rasgos culturales[24]. Por ejemplo, en los diversos pueblos civilizados de la edad antigua se presentaron posiciones encontradas respecto de la permisión o no del cobro de intereses. Así, mientras los musulmanes y los hebreos prohibían la usura[25], en la Grecia antigua imperó un régimen de libertad absoluta en el cobro de intereses[26]. Pueblos como Egipto, India y Roma se mantuvieron, por su parte, en una posición intermedia, ya que si bien admitían la posibilidad de acordar intereses, establecieron ciertos límites para dicho cobro[27]. Como puede verse, la valoración de la usura en la edad antigua no puede reducirse a un parecer único, siendo su característica, más bien, la existencia de diversos puntos de vista en el juicio sobre su legalidad.

En la edad media, por el contrario, la influencia extendida de las leyes canónicas que consideraron la usura un pecado mortal sancio-

---

(23) Vid., CARRARA, *Programa*, PE, V. IV, p. 464; AMMIRATI, *Il delitto di usura*, p. 7 y s.; BERNSMANN, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), V 3, n.m. 1.

(24) Vid., PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 753; RISCO VALERA, *Thémis* 35, p. 88.

(25) Vid., LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 15, nota 14 y s. En el Corán, Sura II, v. 27 se señala cómo "Dios ha permitido la venta y prohibido la usura". Por el contrario, hay que precisar que en el pueblo hebreo la prohibición del cobro de intereses era relativa, pues sólo se prohibía entre connacionales (no le darás a tu hermano dinero a usura, Levítico XXV, 36 y 37). Vid., sobre la prohibición de Moisés, CARRARA, *Programa*, PE, V. IV, p. 462; VALLÉS Y PUJALS, *Del préstamo*, p. 87; AMMINATI, *Il delitto di usura*, p. 9 y s.

(26) Vid., LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 26, nota 39; PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 754. Los excesos de este régimen de absoluta libertad llevó a que muchos intelectuales de la época se opusieran al mismo, como es el caso de Aristóteles y su idea de que *pecunia non parit pecuniam* (el dinero no engendra dinero). Vid., sobre la doctrina de Aristóteles y sus opositores, VALLÉS Y PUJALS, *Del préstamo*, p. 55 y s.

(27) Vid., con detalle, LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 17 y s.; BERGERO, *La represión de la usura*, p. 24 y ss.

nado con la pena del fuego eterno[28], fomentó la tendencia general hacia una prohibición absoluta del cobro de intereses. En efecto, las legislaciones de los diversos reinos medievales prohibieron, amparadas en las ideas canónicas, el mutuo oneroso[29]. Ilustrativo es, por ejemplo, el sistema prohibitivo impuesto por las Partidas Alfonsinas, el cual si bien afectó en un primer momento sólo a los cristianos, fue ampliado posteriormente a moros y judíos[30]. No obstante, el régimen de prohibición absoluta no se mantuvo mucho tiempo vigente debido a su poca eficacia práctica, lo que llevó a la reaparición de sistemas de tasas en el cobro de intereses[31]. Esta apertura a un régimen limitado se fundamentó en conceptos como el lucro cesante, así como en el peligro de pérdida del capital o dilación en el reintegro[32]. La posibilidad de cobro por los mencionados conceptos se consideró lícita sobre todo en los préstamos utilizados para ganar dinero (préstamos a la producción)[33], entendiéndoseles como una forma de participar en los beneficios obtenidos[34].

El liberalismo económico de la edad moderna trajo consigo, como es lógico, la defensa de una libertad absoluta en el cobro de intereses[35].

---

(28) Vid., CORZO/SINFÓN, *Ius et Veritas* 11, p. 145.

(29) Vid., CARMONA/GONZÁLEZ/CUEVA/POLAINO, *Manual*, PE, II, p. 352; BERGERO, *La represión de la usura*, p. 32. Una referencia específica a la legislación expedida por Carlomagno, EZAINE CHÁVEZ, *Diccionario*, voz: Usura, p. 1437.

(30) Vid., VALLÉS Y PUJALS, *Del préstamo*, p. 64 y s.; LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 21 y s.

(31) Vid., BERGERO, *La represión de la usura*, p. 34.

(32) Vid., VALLÉS Y PUJALS, *Del préstamo*, p. 62 y s.; LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 24; BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual*, PE, p. 459; CORZO/SINFÓN, *Ius et Veritas* 11, p. 146; BERGERO, *La represión de la usura*, p. 35.

(33) Sobre estos préstamos en oposición a los llamados préstamos de necesidad, VALLÉS Y PUJALS, *Del préstamo*, p. 89.

(34) Vid., VALLÉS Y PUJALS, *Del préstamo*, p. 89; CARMONA/GONZÁLEZ/CUEVA/POLAINO, *Manual*, PE, II, p. 352.

(35) Vid., VALLÉS Y PUJALS, *Del préstamo*, p. 91; LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 25 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual*, PE,

El precio de estos últimos debía someterse, como todo, a la ley de la oferta y la demanda[36], siendo cualquier intento por imponer unilateralmente tasas de interés una traba al libre desarrollo de la economía[37]. Pensadores como BENTHAM y MONTESQUIEU impulsaron, desde estos postulados, la consolidación en el siglo XVIII de la licitud del cobro de intereses, incluso de los usurarios[38]. Esta postura liberal se mantuvo en la legislación penal de los países europeos en el siglo XIX, en donde sólo se castigó el préstamo usurario con aprovechamiento de la debilidad y pasiones de un menor como una forma de estafa[39]. Sin embargo, ya en la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX empezó a desarrollarse una corriente de rechazo a la libertad absoluta en la fijación de los intereses, lo que llevó, en un primer momento, a la declaración de la ilicitud civil de determinados contratos usurarios[40]. La insuficiencia de los mecanismos civiles para hacer frente al cobro excesivo de intereses motivó posteriormente la decisión de castigar penalmente la usura, lo que ha ido incorporándose en diversas legislaciones penales a lo largo del siglo XX[41]. Muchos países mantienen aún hoy la tipificación de la usura como una conducta delictiva, aunque debe reconocerse que ya ha comenzado a desarrollarse una tendencia despenalizadora de la usura, como lo muestra el nuevo Código penal español

---

p. 459 y s.; CARMONA/GONZÁLEZ/CUEVA/POLAINO, *Manual*, PE, II, p. 352; PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 755.

(36) Vid., VALLÉS Y PUJALS, *Del préstamo*, p. 85.

(37) Vid., más detalladamente, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, PE, T. III, p. 245 y ss.; LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 27 y ss.

(38) Vid., con mayores referencias, VALLÉS Y PUJALS, *Del préstamo*, p. 84; LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 27 y s.; PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 756; BERGERO, *La represión de la usura*, p. 37.

(39) Vid., referido al Derecho español, LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 30 y ss.

(40) Vid., LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 33.

(41) Vid., VALLÉS Y PUJALS, *Del préstamo*, p. 92; LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 43 y s.; BENITES SÁNCHEZ, *Derecho penal peruano*, p. 108; BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual*, PE, p. 460.

de 1995[42] y parcialmente nuestra legislación[43]. Incluso en los países en los que sigue estando tipificado el delito de usura, la vigencia real de esta prohibición se pone seriamente en tela de juicio, como lo pone de manifiesto la expresión de que el usurero debe temer tan poco a una condena como que le caiga un rayo en un paseo[44].

1. La usura en el Derecho penal peruano

A. Antecedentes legislativos

La posición de la legislación nacional frente a la usura ha sido variable. La primera ley nacional que hizo frente a los excesos en el cobro de intereses fue la Ley 2760 de junio de 1918, en donde además de indicarse la nulidad de los contratos, préstamos o similares que impusiesen intereses por encima de ciertos límites establecidos por cantidades en la propia ley (artículos 7 y 8)[45], se le otorgó al tribunal que declaraba tal nulidad la facultad de imponer una multa al prestamista al que se le habían anulado cuatro o más contratos de préstamo o similares. Hay que reconocer, sin embargo, que esta sanción, en la medida que era impuesta por el mismo tribunal que declaraba la nulidad del contrato, tenía más un carácter civil que penal. Y, por otra parte, su configuración

---

(42) En la doctrina española, GARCÍA ARÁN, *RFDUC* VI, 1983, p. 318; BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual*, PE, p. 461.

(43) De manera radical contra la penalización de la usura, GHERSI, *Thémis* 32, p. 114 y s.

(44) Vid., BERNSMANN, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), V 3, n.m. 6.

(45) Vid., OSTERLING PARODI/CASTILLO FREYRE, *Tratado*, T. V, p. 509 y s.; YON RUESTA, *Ius et Veritas* 22, p. 225. Esta ley sigue el modelo iniciado en 1908 por la Ley Azcárate en el Derecho español, con la que se abandona el sistema de absoluta libertad en la fijación de intereses y se le otorga a los tribunales la facultad de anular los préstamos con intereses notablemente superiores al normal. Vid., con mayor detalle, VALLÉS Y PUJALS, *Del préstamo*, p. 122 y ss.; LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 33, 76 y ss.; CARMONA/GONZÁLEZ/CUEVA/POLAINO, *Manual*, PE, II, p. 353; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 384, nota 410.

típica se orientaba más a la habitualidad que al hecho usurario en sí[46], lo que significaba asumir un criterio de autor en lugar de un criterio de acto. Por ello, puede decirse que si bien la Ley 2760 permitía imponer una multa al usurero, no se trataba propiamente de una sanción penal, sino de una corrección disciplinaria atribuida a los tribunales civiles[47].

La promulgación del Código penal de 1924 no trajo consigo la decisión de criminalizar la usura, reprimiéndose sólo los casos de abuso de las necesidades, pasiones o inexperiencias de un menor o incapaz para hacerle firmar un documento generador de un perjuicio (artículo 246 inciso 2)[48]. Sólo en el año de 1949 se decidió criminalizar finalmente el cobro desmedido de intereses con la promulgación del Decreto Ley 11078[49], en cuyos considerandos se hacía referencia a la insatisfacción de la Ley 2760 en la lucha contra las conductas de agio y usura[50]. Mediante la nueva ley se incluyó el delito de agio y usura dentro de las formas punibles establecidas en el Decreto Ley 10906 de diciembre de 1948, el cual regulaba los delitos de especulación y acaparamiento[51]. Tres modalidades de agio y usura fueron tipificados expresamente: el préstamo dinerario que estipule un interés mayor del 14% anual si la cantidad prestada es de 500.00 soles o más y de 18% anual si es menor de esta suma; la usura encubierta; y los préstamos con garantía hipotecaria que

---

(46) El origen de esta forma de configuración penal de la usura se encuentra en la ley francesa de 19 de diciembre de 1850. Sobre esto, Vid., con mayor detalle, CARRARA, *Programa*, PE, V. IV, p. 466 y s.

(47) Similarmente en la Ley española de Represión de la Usura, Vid., VALLÉS Y PUJALS, *Del préstamo*, p. 127.

(48) Vid., ROY FREYRE, *Derecho penal peruano*, PE, III, p. 214 y ss. La referencia también en LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 59

(49) Vid., BENITES SÁNCHEZ, *Derecho penal peruano*, p. 109; OSTERLING PARODI/ CASTILLO FREYRE, *Tratado*, IV, p. 510; YON RUESTA, *Ius et Veritas* 22, p. 225..

(50) Vid., RISCO VALERA, *Thémis* 35, p. 94. La misma insuficiencia se la atribuyó a la Ley Azcárate en el Derecho español. Vid., LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 34.

(51) Vid., BENITES SÁNCHEZ, *Derecho penal peruano*, p. 109.

establezcan un interés mayor al fijado por la Ley de Bancos[52]. Estos delitos se encontraban sometidos a un conjunto de medidas y sanciones que iban desde el comiso hasta la pena de prisión. Si bien la imposición de esta última se reservó a los tribunales comunes, no se estableció criterios expresos para decidir cuándo la infracción era administrativa y cuándo penal. El artículo 4 del Decreto Ley 10906, en el que se establecía que el detenido sería puesto a disposición del juzgado correspondiente, contenía una cláusula de discrecionalidad administrativa atribuida a los entonces llamados Consejos ejecutivos contra la especulación y el acaparamiento para decidir el carácter administrativo o penal de la infracción.

Las posteriores modificaciones hechas a los delitos de adulteración, acaparamiento y especulación, y los cambios en el sistema de fijación de las tasas de interés, llevaron a una situación de incertidumbre sobre la tipificación penal de la usura. Por un lado, se agudizó la lucha contra los actos contrarios al control estatal de precios mediante normas especiales que reemplazaron al Decreto Ley 10906 sin hacer mención alguna a las figuras del agio y la usura incorporadas por el Decreto Ley 11078. Por otra parte, se sustituyó progresivamente desde 1971 el sistema de tasa fija de los intereses por un sistema dinámico encargado al Banco Central de Reserva[53], dejando desfasada la tipificación de la usura con base en las tasas del 14 y 18 por ciento anual. En cualquier caso, el Decreto Ley 10906 nunca fue expresamente derogado[54], por lo que puede sostenerse válidamente que la tipificación del delito de agio y usura con base en la mencionada ley estuvo vigente cuando menos parcialmente, hasta la nueva regulación de esta figura en la reforma penal de 1991[55]. Con la entrada en vigencia del Código penal de 1991 ha quedado finalmente establecida la nueva configuración típica de la usura y las sanciones penales aplicables, con independencia de si la anterior regulación de la usura estuvo vigente hasta 1991 o no.

---

(52) Vid. RISCO VALERA, *Thémis* 35, p. 94.

(53) Vid., con mayores referencia legislativas, YON RUESTA, *Ius et Veritas* 22, p. 225 y s.

(54) Vid., en este sentido, DE LA PUENTE Y LAVALLE, *Thémis* 12, p. 63.

(55) Vid., CORZO/SINFÓN, *Ius et Veritas* 11, p. 151; RISCO VALERA, *Thémis* 35, p. 94.

B. La regulación de la usura en el actual Código penal peruano

El artículo 214 del CP castiga con una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres y con veinte a treinta días multa, el otorgamiento o la negociación de créditos con intereses superiores al límite legal. Como puede verse, el legislador ha tomado la decisión político-criminal de castigar penalmente la figura de la usura. No obstante, para poder precisar los alcances de esta decisión legislativa, resulta necesario abordar dos cuestiones generales: el bien jurídico penalmente protegido y la conducta constitutiva de usura.

a. El bien jurídico penalmente protegido

La discusión sobre el bien jurídico protegido por el delito de usura ha dependido mucho de la distinción entre usura individual y usura social. La primera forma de usura se caracteriza por el aprovechamiento económico que hace el autor sobre un sujeto individual[56]. Por el contrario, en la usura social el agente se aprovecha de una situación de necesidad social[57]. A partir de esta diferenciación se señala que en el caso de la usura individual se protegen intereses individuales del deudor, mientras que en la usura social lo que se protege es un bien jurídico colectivo como, por ejemplo, la economía popular[58]. En este sentido, no puede hablarse de un mismo bien jurídico, sino que ello dependerá del tipo de usura del que se trate[59].

Nuestro Código penal tipifica en líneas generales las dos formas de usura, aunque no utiliza en ambos casos la misma denominación.

---

(56) Vid., BERGERO, *La represión de la usura*, p. 49; STREE/HEINE, *Schönke/Schröder StGB-Kommentar*, § 291, n.m. 2, destacando el elemento de la necesidad del deudor.

(57) STREE/HEINE, *Schönke/Schröder StGB-Kommentar*, § 291, n.m. 2; TRÖNDLE/FISCHER, *StGB*, § 291, n.m. 3; LACKNER/KÜHL, *StGB*, § 291, n.m. 1.

(58) Vid., LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 101; BERGERO, *La represión de la usura*, p. 49. En nuestro país, EZAINE CHÁVEZ, *Diccionario*, Voz: Usura, 2, p. 1441.

(59) Vid., así, BERGERO, *La represión de la usura*, p. 57.

La llamada usura social se regula como un delito contra el orden económico (artículo 234, complementado con el artículo 236), en donde se castiga como especulación agravada la venta de determinados bienes por encima del precio oficial en épocas de conmoción o calamidad públicas. Sin embargo, debe reconocerse que dentro de este tipo penal no entra concretamente el ofrecimiento público de préstamos de dinero con intereses excesivos, por lo que esta posible forma de usura social no podrá castigarse sino hasta que se haya efectivamente concretado en una persona, es decir, hasta que la conducta caiga dentro del ámbito de prohibición de la usura individual[60]. La segunda forma de usura se encuentra regulada en el Código penal como un delito que afecta la Confianza y la Buena Fe en los Negocios (artículo 214). En la medida que nuestro Código penal califica como usura solamente a esta segunda forma de manifestación, vamos a limitar la pregunta sobre el bien jurídico protegido en la usura a este tipo penal.

La comprensión tradicional de la usura individual entiende que el bien jurídico protegido en este delito se encuentra en los intereses individuales de los deudores o prestatarios. Un sector importante de la doctrina entiende, en este sentido, que el bien jurídico protegido es el patrimonio del deudor[61]. No obstante, un sector minoritario opina que la usura no necesariamente afecta el patrimonio del prestatario, pues este delito se configura sin requerir un perjuicio efectivo. Con la celebración de un préstamo usurario se estaría le-

---

(62) Como lo destaca STREE/HEINE, *Schönke/Schröder StGB*, § 291, n.m. 2, con la distinción entre usura social y usura individual no se trata siempre de dos conceptos opuestos.

(61) Vid., en este sentido, CARRARA, *Programa*, PE, V. IV, p. 465 y s.; BERNSMANN, en Achenbach/Wannemacher (Hrsg.), *Beraterhandbuch zum Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht*, p. 162; STREE/HEINE, *Schönke/Schröder StGB-Kommentar*, § 291, n.m. 2; LACKNER/KÜHL, *StGB*, § 291, n.m. 1; LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, pp. 105 y ss., 110 y s.; CREUS, *Derecho penal*, PE, I, p. 542; BERGERO, *La represión de la usura*, p. 97; PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 760; EZAINE CHÁVEZ, *Diccionario*, Voz: Usura, 2, p. 1441. Críticamente, BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual*, PE, p. 463; RISCO VALERA, *Thémis* 35, p. 98.

sionando, más bien, la libre voluntad del prestatario, lo cual constituiría finalmente el bien jurídico protegido[62]. Esta visión tradicional del bien jurídico protegido en la usura individual resulta, sin embargo, poco compatible con nuestra regulación positiva, pues el legislador penal de 1991 no ha incluido este tipo penal dentro de los contra el patrimonio o la libertad individual, sino dentro de los delitos contra la Confianza y Buena Fe en los Negocios. En este sentido, con la penalización de la usura se buscaría reforzar, más bien, la confianza y buena fe en el tráfico patrimonial[63], abandonándose la esfera de protección patrimonial del individuo[64]. La legitimación del castigo de la usura individual ya no se encontraría en el daño patrimonial inferido al deudor, sino en el daño que se produciría al sistema crediticio en general[65].

Las diferencias de enfoque que pueden advertirse de las opiniones doctrinales expuestas se deben, en nuestra opinión, al hecho de manejar un mismo concepto de bien jurídico para cumplir dos funciones dogmáticas distintas. Para poder superar estas dificultades, consideramos necesario diferenciar la exposición sobre el bien jurídico en dos planos distintos de legitimación. Por un lado, se deben determinar los criterios que legitiman al legislador penal a incriminar de manera general la conducta constitutiva de usura y, por el otro, la legitimación de la imposición de una sanción penal por parte del juez.

En cuanto a la primera cuestión hay que partir del hecho de que el delito de usura se encuentra incardinado en el Derecho penal

---

(62) Vid., SCHEFFLER, *GA* 1992, p. 1; BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual*, PE, p. 464; YON RUESTA, *Ius et Veritas* 22, p. 227. Críticamente frente a este parecer, LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 102 y s.; BERNSMANN, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), V 3, n.m. 4.

(63) Vid., OSTERLING PARODI/CASTILLO FREYRE, *Tratado*, IV, p. 513; RISCO VALERA, *Thémis* 35, p. 98.

(64) Vid., REYNA ALFARO, *Manual*, p. 379.

(65) Vid., así, BRAMONT-ARIAS/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 385; REYNA ALFARO, *Manual*, p. 379. Críticamente LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 100 y s.

económico. En este sentido, la legitimación de la restricción de la libertad de contratación mediante la prohibición del otorgamiento o negociación de créditos con tasas superiores a las legalmente establecidas debe encontrarse en la configuración del sistema económico, concretamente en el sistema de créditos. Como sabemos, nuestra Constitución Económica reconoce la importancia de la economía de mercado, lo que significa partir de una determinación de los precios con base en la ley de la oferta y la demanda; y a esta configuración espontánea del mercado debería someterse, en principio, también la determinación del precio del dinero[66]. Sin embargo, nuestro sistema económico reconoce la posibilidad de ciertos excesos en esta configuración del precio y, por ello, autoriza al Estado a entrar a corregir tales excesos mediante una política de control del precio. En el caso de los préstamos dinerarios, los excesos en el cobro de intereses por el uso del dinero se sustenta en el hecho de que los poseedores del capital no tienen una urgencia vital en poner su dinero en manos de personas que efectivamente lo requieren, lo que pone a estas últimas en una situación de desventaja frente a los prestamistas. A partir de esta situación de desequilibrio negocial se justificaría la decisión del legislador de criminalizar el préstamo de dinero con intereses usurarios.

Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico ha entendido que las condiciones necesarias para una justa configuración espontánea del precio del dinero sí se dan en el sector financiero, lo que ha llevado a descriminalizar de forma indirecta la usura en este ámbito[67]. El control administrativo que ejerce el Estado sobre los agentes fi-

---

[66] Vid., CORZO/SINFÓN, *Ius et Veritas* 11, p. 149.

[67] Vid., OSTERLING PARODI/CASTILLO FREYRE, *Tratado*, IV, p. 512; CORZO/SINFÓN, *Ius et Veritas* 11, p. 149; RISCO VALERA, *Thémis* 35, p. 91; YON RUESTA, *Ius et Veritas* 22, p. 231. Anteriormente la discusión se planteaba en similares términos respecto de los comerciantes (Vid., LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 129 y ss.), en donde si bien se admitía criterios más restrictivos para determinar si el préstamo era usurario, no se aceptaba una completa impunidad del comerciante. Vid., BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual*, PE, p. 466 y s.

nancieros y la necesidad de los bancos de poner su dinero en circulación, parecerían ser los factores que garantizarían, en general, que estos sujetos no abusaran, en la formación del precio del dinero, de la capacidad de imponer condiciones en la adquisición o negociación de créditos. Estas consideraciones han llevado a que la usura se castigue solamente cuando sean los particulares ajenos al sistema financiero los que sobrepasen las tasas de interés fijadas por el Banco Central de Reserva. Lo que tendrá que discutirse es si tal distinción resulta realmente cierta o si debe procederse, más bien, a un trato igualitario, sea de despenalización o de criminalización[68].

Legitimada desde el modelo económico de nuestra sociedad la restricción de la libertad de contratación de los poseedores de capital mediante la tipificación del delito de usura, resulta necesario entrar a precisar las condiciones de legitimación del juez para imponer una sanción penal. Como ya lo hemos precisado, el gran error en la fundamentación de los delitos económicos ha consistido precisamente en haber utilizado un mismo concepto (el bien jurídico) para fundamentar la actividad del legislador y la interpretación judicial. Por nuestra parte, creemos que el término bien jurídico penalmente protegido debe reservarse únicamente para la interpretación del tipo penal o, en otras palabras, para precisar lo que afecta la conducta del autor y autoriza al juez a imponer la sanción penal establecida por ley.

A partir de las ideas expuestas, puede afirmarse que el bien jurídico protegido por el delito de usura está constituido por la expectativa de que la contratación de un préstamo de dinero sea producto de una negociación equilibrada, lo cual implica en cuanto a los intereses mantenerse en ciertos márgenes establecidos a través de un órgano estatal, a saber, el Banco Central de Reserva. Los agentes económicos pueden confiar en que no serán sometidos a una coacción contractual para determinar los intereses a pagar por los prés-

---

[68] Vid. RISCO VALERA, *Thémis* 35, p. 107; YON RUESTA *Ius et Veritas* 22, p. 231. A favor de una liberalización de las tasa de interés también para agentes ajenos al sistema financiero, JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, *Revista Jurídica del Perú* 21 (2001), p. 75.

tamos dinerarios[69]. El delito de usura defrauda esa expectativa y su comprobación por el juez le autoriza a imponer una sanción que comunicativamente le devuelva la vigencia a la expectativa social cuestionada. La producción de un perjuicio patrimonial efectivo no es un elemento necesario para esta defraudación.

b. La conducta constitutiva de usura

Con base en el bien jurídico penalmente protegido podemos interpretar adecuadamente los elementos constitutivos del delito de usura. La determinación de esta conducta delictiva estuvo, en un primer momento, muy marcada por el modelo francés basado en un Derecho penal de autor, en tanto castigaba la forma de vida de una persona dedicada a dar préstamos usurarios[70]. Así, por ejemplo, en la Ley 2760 se imponía una sanción de multa a quien se le declaraba la nulidad de cuatro o más contratos de préstamo, y en la legislación penal española hasta hace poco se castigaba la usura en razón de su habitualidad[71]. El giro objetivista del Derecho penal contemporáneo ha hecho que poco a poco se vaya abandonando el recurso al modo de vida del autor para configurar los tipos penales o sus agravantes, pues el sujeto activo de un delito debe responder sólo por sus actos, mas no por su estilo de vida. En este orden de ideas, la usura ha dejado de calificarse en función de la habitualidad y ha pasado a describirse mediante el acto de aprovechamiento de una posición de superioridad para exigir ventajas desproporcionadas en las relaciones negociales. Nuestra legislación penal se ha enfilado en esta tendencia moderna del Derecho penal que abandona la criminalización de estilos de vida y se centra en la conducta desvalorada.

Si los tipos penales deben tipificar conductas, es lógico que se plantee, como primera cuestión, cuáles son los actos reprimibles

---

(69) Ven el bien jurídico en la libertad de contratación, KINDHÄUSER, *NStZ* 1994, p. 106; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 6, n.m. 258.

(70) Vid., la referencia al sistema francés, CARRARA, *Programa*, PE, V. IV, p. 462 y s.; LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 147 y s.

(71) Vid., LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 147 y ss.

penalmente como usura. Al respecto cabe mencionar que existen fundamentalmente dos formas de incriminar la usura como acto. Por un lado, se encuentra la línea legislativa seguida en Alemania, en la que se castiga como usura la obtención de ventajas patrimoniales desproporcionadas en la realización de diversas prestaciones (préstamos, alquiler de vivienda, atención médica, etc.), o en la intermediación de estas prestaciones (intermediación usuraria)[72]. Como puede verse, el exceso que configura el aprovechamiento injusto puede tener lugar en cualquier aspecto de la prestación que debe satisfacer el deudor[73]. Por el contrario, en la segunda forma de configuración de la conducta típica del delito de usura, que es la que sigue nuestro Código penal, se atiende sólo al otorgamiento o concesión de un préstamo. Por consiguiente, la obtención de la ventaja patrimonial desproporcionada se encontrará limitada sólo al exceso en el cobro de los intereses pactados entre las partes.

La decisión del legislador no termina, sin embargo, con criminalizar como usura el cobro de intereses excesivos, sino que, en atención al mandato de certeza, debe precisar ciertos rasgos particulares de esta incriminación. En este sentido, debe decidirse primeramente si para la intervención del Derecho penal basta, como en la regulación civil, la celebración de un contrato de préstamo con intereses excesivos[74] o si es necesaria la presencia de ciertos elementos adicionales en la configuración penal. En la medida que nuestro Código penal no castiga el simple hecho de pactar intereses superiores al límite legal[75], sino que requiere cierta ingerencia sobre la voluntad

---

[72] Vid., STREE/HEINE, en *Schönke/Schröder StGB*, § 291, n.m. 1 y ss.; BERNSMANN, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), V 3, n.m. 7 y ss. Sobre el castigo de la intermediación usuraria en Italia, CRISTOFANO, *Usura*, p. 116 y s.

[73] Vid., STREE/HEINE, en *Schönke/Schröder StGB*, § 291, n.m. 10.

[74] Así parece ser la interpretación de JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, *Revista Jurídica del Perú* 21 (2001), p. 80. En la regulación penal italiana se establecen actualmente límites de los intereses a partir de los cuales siempre son usurarios. Vid., CRISTOFANO, *Usura*, p. 84.

[75] Igualmente en el Derecho penal alemán, BERNSMANN, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), V 3, n.m. 31.

del deudor, parece ser que la decisión político-criminal del legislador ha sido dejar el simple pacto de intereses usurarios en manos de los mecanismos civiles y comerciales que nuestra legislación ofrece[76]. En el Código civil, por ejemplo, se establece la inoperancia del exceso en el cobro de intereses, de manera tal que lo que está por encima de la tasa legal da lugar a la devolución o a la imputación del capital (artículo 1243)[77], mientras que en la Ley de Títulos Valores se establece la posibilidad de pedir la nulidad del título-valor obtenido en pago de préstamos con intereses usurarios (artículo 21.1)[78]. Para imponer una sanción penal, por el contrario, será necesario la existencia de otros elementos cualificantes del hecho[79].

El elemento adicional que aumenta el desvalor del hecho se ha encontrado, por lo general, en el condicionamiento de la voluntad del deudor[80]. Este condicionamiento se puede presentar de dos formas distintas según su intensidad. La primera forma tiene lugar cuando el autor solamente induce a que el deudor se obligue a pagar intereses usurarios[81]. Se trata de un condicionamiento que el sujeto activo del delito hace como condición para el otorgamiento o negociación del crédito[82]. Por esta razón, si ambas partes pactan de común acuerdo los intereses, esa conducta podrá tener relevancia para la nulidad civil o, de ser el caso, comercial, pero desde el punto

---

(76) Vid., en el mismo sentido respecto de la legislación española anterior a la reforma de 1995, LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, pp. 67, 142.

(77) Vid., la referencia, PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 763 y s.; RISCO VALERA, *Thémis* 35, p. 92 y s.; JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, *Revista Jurídica del Perú* 21 (2001), p. 72.

(78) Vid., VÁSQUEZ VÁSQUEZ, *Gaceta Jurídica* 81 B (2000), p. 44; BRAMONT-ARIAS TORRES, *Gaceta Jurídica* 83 B (2000), p. 54.

(79) Sobre la necesidad de diferenciar los simples ilícitos civiles del delito de usura, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 384.

(80) Vid., CARMONA/GONZÁLEZ/CUEVA/POLAINO, *Manual*, PE, II, p. 354.

(81) En nuestra doctrina se le ha calificado de "coacción contractual". Vid., así, RISCO VALERA, *Thémis* 35, p. 98; REYNA ALFARO, *Manual*, p. 380.

(82) Vid. RISCO VALERA, *Thémis* 35 p. 98 y s.

de vista penal no deberá producir ninguna consecuencia punitiva[83]. Sólo cuando el acreedor tenga una ingerencia activa en la formación de la voluntad del deudor de asumir intereses excesivos, se configurará el delito de usura.

La segunda forma de condicionamiento de la voluntad resulta más grave, en tanto el prestamista se aprovecha de una situación de necesidad o incapacidad del prestatario[84]. En este sentido, no basta con que el autor haya condicionado el otorgamiento o la negociación del crédito a la aceptación de intereses usurarios, sino que debe existir una situación especial del prestatario que le impulsa fuertemente a aceptar el préstamo usurario propuesto por el autor[85]. Como puede apreciarse, el margen de libertad contractual del prestatario resulta mucho menor en esta segunda forma de condicionamiento de su voluntad, pues el autor no sólo participa activamente en la voluntad de contratar del deudor, sino que se aprovecha de la situación de debilidad del mismo para obtener el compromiso de pago de intereses usurarios.

Hay que señalar, además, que el factor que cualifica la usura no se limita al condicionamiento de la voluntad del deudor, sino que pueden existir otros elementos de aumento del desvalor como las ofrecidas por las llamadas formas periféricas en terminología de LANDROVE DIAZ[86]. En estos casos, se castigan supuestos especialmente graves de usura como es el caso de su habitualidad, la usura encubierta y el abuso de la inexperiencia de un menor[87]. En esta línea se encontraba, por ejemplo, la anterior regulación penal española, en

---

(83) Vid., en este sentido, RISCO VALERA, *Thémis* 35, p. 99.

(84) Esta forma de usura es la llamada usura subjetiva, a diferencia de la usura objetiva en la que sólo se pacta intereses usurarios. Vid., sobre esto, CARMONA/GONZÁLEZ/CUEVA/POLAINO, *Manual*, PE, II, p. 353.

(85) Entiende que este condicionamiento es el asumido por nuestro Código penal, VÁSQUEZ VÁSQUEZ, *Gaceta Jurídica* 81-B (2000), p. 44.

(86) *El delito de usura*, pp. 140, 146 y ss.

(87) Vid., BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual*, PE, p. 461; CARMONA/GONZÁLEZ/CUEVA/POLAINO, *Manual*, PE, II, p. 351.

donde se castigaban sólo los supuestos antes mencionados de usura, pero no la celebración de un préstamo con intereses usurarios. El elemento cualificante de la usura no se encontraba, por tanto, en la restricción o falta de libertad contractual del prestatario, sino, más bien, en ciertas formas de realización del hecho que evidenciaban una mayor resolución criminal del autor[88].

De entre los distintos modelos de criminalización de la usura nuestro legislador penal ha seguido aquél que califica como usura los casos en los que el autor determina a la víctima a pagarle intereses superiores a los legalmente establecidos[89]. No se criminaliza, por tanto, el libre pacto de obligaciones usurarias, con independencia, claro está, de sus consecuencias jurídico-civiles[90]. Por el contrario, los supuestos de créditos usurarios concertados en situación de necesidad del deudor se sancionan con una penalidad mayor, pues constituyen una circunstancia agravante del tipo básico de usura.

2. Análisis del tipo penal de usura

A. Tipo penal básico

a. Sujetos

Una primera lectura del artículo 214 del CP parece llevar a la conclusión de que se trata de un delito común[91], pues no exige ningún elemento especial de autoría. No obstante, la remisión que hace el artículo 214 del CP a la legislación extrapenal que regula las tasas máximas de interés, delimita el actual círculo de posibles autores y

---

(88) Vid., LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 131.

(89) Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 384.

(90) Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 386. Esta conclusión la asume expresamente la decisión de la Sala Superior en el Exp. 2629-97-A de fecha 24 de octubre de 1997 [*Revista Peruana de Jurisprudencia* 18 (2002), p. 65 y s.].

(91) En este sentido, PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 765; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 385; REYNA ALFARO, *Manual*, p. 379.

suscita la cuestión de si el tipo penal de usura no es, más bien, un delito especial. En efecto, el artículo 9 de la Ley General del Sistema Financiero y de Seguros señala que las empresas del sistema financiero pueden señalar libremente las tasas de interés, comisiones y gastos para sus operaciones activas y pasivas y servicios, lo que significa, en buena cuenta, la ausencia de límites legales a la fijación de estos conceptos[92]. Tal contexto normativo llevaría a la conclusión de que el delito de usura solamente podrá ser cometido por sujetos ajenos al sistema financiero[93].

La exclusión de los agentes del sistema financiero del sistema de tasas de interés legal, no fundamenta, sin embargo, su exclusión también del círculo de autores del delito de usura. Los agentes del sistema financiero pueden, en determinadas circunstancias, estar sometidos a las tasas legalmente determinadas y, por tanto, cometer delito de usura en caso de exigir el pago de intereses excesivos. El propio artículo 9 de la Ley General del Sistema Financiero y de Seguros establece adicionalmente que, para el caso de la fijación de las tasas de interés, las empresas del sector deberán observar los límites que para el efecto señale, excepcionalmente, el Banco Central de Reserva con arreglo a lo previsto en su Ley Orgánica[94]. En este sentido, la única condición necesaria para la criminalización de la usura en el sistema financiero será la fijación excepcional que puede hacer el BCR. Como consecuencia de todo esto, puede concluirse que siempre cabe la posibilidad de que los agentes del sistema financiero puedan responder por el delito de usura, aunque para ello será necesaria la existencia de ciertos presupuestos legales que ac-

---

[92] Vid., JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, *Revista Jurídica del Perú* 21 (2001), p. 74; REYNA ALFARO, *Manual*, p. 377. El Tribunal Constitucional ha recomendado que el Estado asuma una labor de control y supervisión del sistema bancario en su política crediticia para alcanzar una adecuación de los intereses a su justo límite (STC 1238-2004-AA-TC de 16 de noviembre de 2004).

[93] Vid., CORZO/SINFÓN, *Ius et Veritas* 11, p. 151; YON RUESTA, *Ius et Veritas* 22, p. 227. En este sentido, igualmente, la sentencia del Exp. 3228-98 Lima, en *Jurisprudencia penal*, T.III, Gaceta Jurídica, p. 399

[94] Vid. RISCO VALERA, *Thémis* 35, p. 92.

tualmente no se han dado. Por consiguiente, el delito de usura es, pese a todo, un delito común.

En cuanto al sujeto pasivo, esta calidad recae por lo general en el deudor en el contrato de préstamo. No obstante, resulta posible que el sujeto pasivo sea una persona distinta a quien aparece como deudor, como sucedería por ejemplo en el caso de una actuación en nombre de una persona jurídica[95]. La coacción contractual para pagar intereses excesivos se materializa en estos casos sobre el representante de la persona jurídica, aunque quien resulte obligada al pago sea otra persona. Está claro que la obligación de pago de los intereses en exceso no tiene validez jurídico-civil, pero desde el punto de vista penal se entiende que igualmente se ha obligado al deudor a pagar estos intereses.

b. Acción típica

Como lo hemos mencionado, nuestro Código penal ha optado por criminalizar la usura como una conducta de cobro excesivo de intereses. No obstante, como también ya lo hemos explicado, la acción típica no se configura con la sola presencia de ese cobro desmedido de intereses, sino que resulta indispensable que el prestamista condicione el otorgamiento o la negociación del crédito al pago de intereses por encima de los límites legalmente establecidos. Esto significa que el pago superior de intereses debe haberse impuesto contra la voluntad del deudor o el autor debe haber inducido a que el primero acepte pagar intereses excesivos[96]. En este sentido, si es el propio deudor el que se compromete a pagar intereses superiores a los establecidos por ley, la conducta tendría que ser atípica, pues el prestamista no habrá participado activamente en la formación de la voluntad del autor para aceptar los intereses

[95] Igualmente, BERNSMANN, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), V 3, n.m. 20.

[96] Vid., PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 767; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 387. Igualmente la decisión de la Sala Superior en el Exp. 2629-97-A de fecha 24 de octubre de 1997 [*Revista Peruana de Jurisprudencia* 18 (2002), p. 65 y s.].

acordados[97]. La exigencia de una ingerencia activa del autor en la formación de la voluntad de la víctima dejará igualmente fuera del ámbito de lo punible los casos de usura sucesiva, en los que una persona recibe en cesión un crédito usurario que ha sido celebrado por otra persona y reclama al prestatario la cantidad adeudada[98]. Responsable del delito de usura será, en todo caso, el cedente del crédito que previamente ha obligado o hecho prometer al deudor el pago de intereses ilegales.

No cabe duda que, por lo general, el título que origina la obligación de pago de intereses es un contrato de mutuo o préstamo[99], pero en teoría podría serlo también otro negocio jurídico. Con base en esta idea, la doctrina distingue la usura crediticia (cobro excesivo de intereses en un contrato de mutuo) de los casos de usura real (cobro de intereses excesivos por el incumplimiento de una obligación de dar o de hacer)[100]. Si bien muchas legislaciones penales limitan la sanción penal a los casos de usura crediticia[101], no apreciamos razones de fondo para dejar fuera del ámbito de lo punible supuestos de usura real[102], sobre todo los casos de cobro excesivo de intereses que se imponen por el retraso en el pago de obligaciones de tracto sucesivo, en los que se amenaza con suspender el servicio en caso de no pagar la deuda global. Ejemplos cotidianos de estos

---

(97) Contradictoriamente, de otro parecer, PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 769. Esta claro que no interesa quien tiene la iniciativa, sino si hay alguna ingerencia del prestamista sobre el prestatario (Vid., igualmente, BERNSMANN, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek [Hrs.], V 3, n.m. 46).

(98) Vid., BERGERO, *La represión de la usura*, p. 54; EZAINE CHÁVEZ, *Diccionario*, Voz: Usura, 2, p. 1439.

(99) Vid., LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 141; PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 767.

(100) Vid., BERGERO, *La represión de la usura*, pp. 49 y s.; 54 y s.; EZAINE CHÁVEZ, *Diccionario*, Voz: Usura, 2, p. 1438.

(101) Vid., en la anterior regulación española, BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual*, PE, p. 467.

(102) Igualmente, BERGERO, *La represión de la usura*, p. 55; EZAINE CHÁVEZ, *Diccionario*, Voz: Usura, 2, p. 1439.

supuestos son el cobro de pensiones escolares, los servicios de luz, agua, telefonía, etc. No obstante, y a pesar del patente desvalor penal de los mencionados supuestos de usura real, nuestro Código penal ha seguido la tradición y se limita, en este sentido, a castigar sólo los casos de usura crediticia[103]. Una futura reforma debería considerar la conveniencia de abarcar ciertos supuestos de usura real.

La limitación del tipo penal de usura a los casos de usura crediticia suscita, por otra parte, la cuestión de si como tal puede entenderse el cobro de intereses excesivos en cualquier contrato de mutuo, incluido el mutuo sobre cosas fungibles distintas al dinero[104]. En principio parecería ser que, desde el punto de vista del fin de protección de la norma, los préstamos sobre bienes fungibles, en la medida que generen intereses dinerarios, podrían dar lugar a usura cuando los mismos sean excesivos. No obstante, el término "crédito" utilizado por el tipo penal difícilmente podría abarcar el préstamo de bienes consumibles distintos al dinero, pues, como lo reconoce un sector importante de la doctrina, con ella se hace mención preponderantemente a deudas en dinero[105]. En este sentido, la interpretación gramatical de los elementos del tipo penal de usura nos obligaría a exigir como origen de los intereses una deuda dineraria. No obstante, el crédito no tiene que darse en un contexto de legalidad, de manera que la usura se presentará también en los casos en los que el préstamo dinerario se enmarca en otro delito, como la defraudación tributaria, el lavado de activos o la banca paralela[106].

De la lectura del artículo 214 del CP que tipifica la usura se desprende que este delito no se limita al origen de un crédito (otorgamiento o concesión), sino que incluye otros momentos de su "vida" en el tráfico patrimonial[107]. La ley penal se ha puesto, por ejemplo,

---

(103) Vid., en este sentido, PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 763.

(104) Vid., EZAINE CHÁVEZ, *Diccionario*, Voz: Usura, 2, p. 1437.

(105) Vid., así, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 385 y s.; RISCO VALERA, *Thémis* 35, p. 102; TRÖNDLE/FISCHER, *StGB*, § 291, n.m. 6.

(106) Vid., así, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 6, n.m. 259.

(107) Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 386.

en el supuesto de prórroga del plazo de pago del crédito, es decir, en la postergación de la fecha a partir de la cual es exigible el crédito[108]. Además de ello, el tipo penal ha previsto la realización de la usura en operaciones de negociación de créditos incorporados en títulos valores, como es el caso de la renovación y el descuento. La renovación, como lo establece el artículo 279 inciso 11 de la Ley de Títulos Valores, consiste en la ampliación del plazo de vencimiento de un título valor en mérito a nueva y expresa intervención del obligado u obligados que asumirán desde entonces las obligaciones respectivas, quedando liberados de toda obligación quienes no intervengan en la renovación. Si por esta operación se pide el pago de intereses más allá del límite legal se habrá configurado igualmente usura. En cuanto al descuento, se trata de una operación con títulos valores que se encuentra reconocida en el artículo 221 de la Ley General del Sistema Financiero y de Seguros, y que consiste en el cobro de un título valor antes de su vencimiento que hace el tomador, presentándolo ante una entidad financiera que le abonará el monto y le retendrá los intereses que se devengarían desde el momento del pago hasta la fecha de su vencimiento. Hay que tener presente, sin embargo, que en la actual configuración legal de nuestro país los bancos no pueden cometer usura, de manera que sólo se castigarán los casos en que privados realicen estas operaciones de descuento de títulos valores.

Un punto de especial importancia para precisar la conducta típica es la contraprestación prometida al usurero. A diferencia de otros ordenamientos penales que consideran como contraprestación cualquier ventaja patrimonial[109], en nuestro Código penal la usura se limita al pago de intereses excesivos. Para fijar cuándo los intereses pactados resultan excesivos existen, en principio, dos modelos de determinación. Por una parte, se encuentran aquellos sistemas penales que incluyen en el tipo penal un elemento normativo (por

---

(108) Vid., PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 769; YON RUESTA, *Ius et Veritas* 22, p. 227.

(109) Vid., así, en el Derecho penal alemán, BERNSMANN, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), V 3, n.m. 14.

ejemplo, "interés notablemente superior al normal" o "intereses manifiestamente desproporcionados"), con el que pueda el juez valorar el caso concreto y determinar con criterios propios si los intereses pactados resultan excesivos o no[110]. La ventaja de este modelo de determinación reside en el mayor margen de valoración que se le otorga al juez y que le permite ajustar mejor su decisión a las circunstancias del caso concreto[111]. En el otro modelo de determinación el tipo penal establece, por el contrario, tasas fijas de interés, lo cual ofrece parámetros porcentuales para precisar cuándo el interés resulta excesivo. Si bien se reduce el margen de discrecionalidad del juez, este sistema de determinación ofrece la ventaja de mayor certeza que dan los criterios con referencias matemáticas. Un camino intermedio está constituido por aquellos tipos penales que se configuran como leyes penales en blanco[112], en donde se utiliza el criterio porcentual de la tasa, pero determinado por leyes administrativas a las que el tipo penal se remite[113]. De esta forma se procura tener criterios de determinación sin excesivos márgenes de discreción y se facilita una mejor adaptación de las tasas a las concretas circunstancias económicas[114].

Nuestro Código penal sigue el modelo de determinación intermedio, en tanto establece que en el delito de usura el autor obliga o hace prometer al deudor el pago de un interés "superior al fijado

---

(110) Así, por ejemplo, la práctica jurisprudencial de los tribunales españoles durante de la vigencia del anterior Código penal. Vid., LANDROVE DÍAZ. *El delito de usura*, p. 76 y s.; BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual*, PE, p. 467; CARMONA/GONZÁLEZ/CUEVA/POLAINO, *Manual*, PE, II, p. 355. En el Derecho penal argentino, BERGERO, *La represión de la usura*, p. 112 y ss. En el Derecho penal alemán, BERNSMANN, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), V 3, n.m. 21 y ss.; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 6, n.m. 261.

(111) Vid., STREE/HEINE, en *Schönke/Schröder StGB*, § 291, n.m. 16.

(112) Así, el delito de usura en el Código penal italiano, AMMIRATI, *Il delitto di usura*, p. 73; CRISTOFANO, *Usura*, p. 95 y s.

(113) Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, p. 386.

(114) Vid., AMMIRATI, *Il delitto di usura*, p. 74.

por ley". Sin embargo, el Código Civil no hace la determinación de las tasa máximas de interés, sino que se remite, más bien, a lo que establece el Banco Central de Reserva mediante circulares[115]. Efectivamente así ha sido la práctica en nuestro país durante muchos años. No obstante, los cambios operados desde la década de los noventa en nuestra legislación bancaria han llevado a un sistema de determinación del interés bastante complejo y que levanta dudas sobre la efectiva vigencia del delito de usura.

El Decreto Ley 26702 (Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros), siguiendo la línea trazada por su antecesora, el Decreto Legislativo 770, ha establecido la liberalización de las tasas de interés para las empresas del sistema financiero. En consecuencia, el delito de usura solamente podrá ser cometido por personas ajenas al sistema financiero. No obstante, la forma de determinar las tasas máximas para las personas ajenas al sistema financiero ha complicado la operatividad del delito de usura, en la medida que ya no se establecen topes porcentuales fijos, sino que existe una remisión a fórmulas con variables que se determinan mediante promedios diarios por la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS)[116]. A partir de esta situación, algunos autores sostienen que el delito de usura ha quedado sin contenido material, pues la ausencia de una fijación previa de la tasa máxima de interés afecta la exigencia, derivada del principio de legalidad, de una determinación previa de la conducta prohibida[117]. En concreto: si la tasa de interés pactada para determinado mes supera el promedio mensual fijado por la SBS, es algo que no podrá saberse al momento de celebrar el préstamo, sino luego de transcurrido el mes correspondiente y fijado el factor acumulado de la tasa TAMN o TAMEX. La falta de determi-

---

(115) Vid., YON RUESTA, *Ius et Veritas* 22, p. 234.

(116) Se trata concretamente de la tasa activa de mercado promedio ponderado en moneda nacional (TAMN) y la tasa activa promedio ponderado en moneda extranjera (TAMEX). Sobre esto, Vid., con mayor detalle, JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, *Revista Jurídica del Perú* 21 (2001), p. 74 y s.; RISCO VALERA, *Thémis* 35, p. 90 y s.; YON RUESTA, *Ius et Veritas* 22, p. 231.

(117) Vid., YON RUESTA, *Ius et Veritas* 22, p. 236.

nación de la conducta penalmente prohibida trae como consecuencia la imposibilidad de aplicar de manera legítima una sanción penal por el delito de usura.

La argumentación acabada de esbozar resulta, sin embargo, cuestionable. En el ámbito civil no ofrece dudas la capacidad de poder obligarse a algo determinable, pero en cuanto a los límites legales éstos siempre tienen que estar determinados para los particulares. La voluntad de las partes solamente puede operar dentro del marco de lo permitido por la ley, ya que, como lo establece el artículo 62 de la Constitución Política, la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente *según las normas vigentes al tiempo del contrato* (las cursivas son nuestras). En lo que respecta a los intereses, el Código Civil establece un régimen de fijación de límites de las tasas de interés, delegando tal facultad de determinación al BCR[118]. Si bien el BCR no establece directamente estos límites, sino que se remite a los indicadores publicados por la SBS, la configuración del sistema de los intereses no puede hacerse de una manera tal que impida tener límites precisos de las tasas de interés. A partir de esta necesidad, sólo cabe considerar que el límite legal de los intereses estará determinado por el indicador TAMN o TAMEX del día hábil anterior y no seguir la extendida práctica jurídica que liquida los intereses una vez vencida la deuda con los factores acumulados entre las fechas. Con la interpretación propuesta se mantendría vigente, por otra parte, la prohibición de la usura. Lo contrario, sería una gran incoherencia, ya que permitiría un sistema de liquidación de intereses propio de un régimen liberalizado de tasas, en un sistema general que establece límites legales a las tasa de interés.

Las precisiones que hemos hecho sobre el delito de usura presentan ciertos supuestos problemáticos. En primer lugar, cabría preguntarse qué sucedería con el caso de una persona que obliga a otro a pagar una tasa mayor que la TANM o TAMEX del día anterior y posteriormente resulta que la tasa máxima al momento del pago resulta superior a la pactada. Si bien, en estos casos, se ha realizado formalmente el tipo penal, entendemos que se produce una falta de

[118] Vid., GÓMEZ APAC/BOZA ALZAMORA, *Advocatus* 7, p. 457.

antijuricidad material, en la medida que al final los cambios económicos han llevado a cobrar intereses por una cantidad que no se considera injusta. La expectativa defraudada por el autor se restabiliza cognitivamente con el cambio en los índices de referencia, por lo que no hace falta una restabilización normativa mediante la imposición de una pena. La situación se torna distinta, sin embargo, cuando la tasa de interés impuesta supera mínimamente la tasa máxima mensual. En estos casos, existe ciertamente un injusto, pero cabría que el juez interprete restrictivamente el tipo y entienda que el desvalor es tan pequeño, que no amerite una sanción penal (un delito de bagatela). Esta interpretación no resulta ajena al principio de legalidad, pues siempre cabe utilizar una interpretación restrictiva de los tipos penales que favorezca al reo.

c. El tipo subjetivo

aa) El dolo

El delito de usura se castiga, en función del artículo 12 del Código penal, sólo a título de dolo, incluido el dolo eventual[119]. Pero hay que precisar que, como lo venimos sosteniendo permanentemente, no se trata de verificar una realidad psicológica, difícilmente accesible al Derecho penal, sino de realizar una imputación de conocimiento en atención a las circunstancias personales del autor. En concreto, al autor debe imputársele el conocimiento de que ha otorgado, negociado o prorrogado un crédito y que a cambio de ello ha solicitado un interés por encima de los límites legales. Si las circunstancias personales del autor le permiten acceder a los conocimientos que le son exigidos como ciudadano fiel al Derecho, la imputación del dolo podrá tener lugar sin mayores inconvenientes.

Un punto de especial discusión en la imputación del dolo se presenta respecto del conocimiento de que el interés establecido está por encima del permitido por ley. La regla general es que el ciudadano debe conocer los aspectos que precisan las normas extrapenales a las que la ley penal en blanco se remite. No obstante, la sucesión

[119] En este sentido, BERNSMANN, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrs..), V 3, n.m. 47.

de remisiones que existen en nuestra actual legislación para precisar los límites legales a los intereses, nos llevaría a tener que cargarle al sistema jurídico, más bien, el riesgo de su desconocimiento. Solamente podrá fundamentarse una imputación del conocimiento de estos aspectos del delito si puede exigírsele al ciudadano proveerse de este conocimiento, pese a la intrincada situación legal. En nuestra opinión, esta exigencia tiene lugar cuando el autor realiza habitualmente préstamos dinerarios[120]. Resulta lógico que si una persona decide realizar una actividad lucrativa en un determinado ámbito social, le competerá el deber de conocer las reglas mínimas de juego de ese sector, y no cabe duda que las tasas máximas de interés lo son respecto de la actividad de préstamos con intereses[121].

Más discutible se presenta la imputación del conocimiento para personas que deciden eventualmente prestar dinero a otros a cambio del pago de intereses. Si se considera que cualquier persona que decide realizar un contrato de mutuo o préstamo debe recibir asesoría legal o financiera previa, el conocimiento de los topes máximos tendría que imputarse a cualquiera que realice un préstamo. Sin embargo, una medida normativa de tal calibre resulta de muy difícil viabilidad en nuestra sociedad actual, pues elevaría los costos del tráfico patrimonial, incluso para los deudores mismos. Por esta razón, el conocimiento solamente podrá tener lugar en caso que la situación concreta del autor le imponga acceder al conocimiento requerido, como sería el caso, por ejemplo, de un abogado que decide prestar sus ahorros a un amigo. Se trata, por tanto, de un conocimiento imputable que depende esencialmente de las circunstancias personales del autor. De no ser posible la imputación de conocimiento del autor no podrá atribuírsele responsabilidad penal ni siquiera en caso de vencibilidad del error, pues tendría que castigarse con la pena del delito culposo que en la usura no existe[122].

---

(120) Vid., así, CRISTOFANO, *Usura*, p. 100.

(121) Vid., CRISTOFANO, *Usura*, p. 101.

(122) Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 387.

bb) Elemento subjetivo especial

La imputación subjetiva en el delito de usura no se reduce a la imputación del conocimiento fundamentador del dolo, sino que el tipo penal requiere adicionalmente un elemento subjetivo especial[123]. El autor debe actuar "con el fin de obtener una ventaja patrimonial para sí o para otro"[124]. Este elemento del tipo penal pone de manifiesto que para el delito de usura no resulta necesario un enriquecimiento efectivo del autor o de un tercero, sino solamente la creación de las condiciones para un futuro enriquecimiento. El autor debe dirigir la acción típica a la obtención de una ventaja patrimonial. En nuestra opinión, esta intención del autor resulta atribuible al autor con la imputación del conocimiento de la relevancia de su acción, por lo que se tratará de un elemento que permite al autor defenderse solamente si puede desvirtuar en el caso concreto la ausencia de tal intención de beneficio patrimonial.

El elemento subjetivo del tipo en el delito de usura permite, por otra parte, incluir en el ámbito de lo punible los supuestos de "actuación altruísta", pues también se castigaría a quien obliga a otro a pagar intereses por encima del límite legal, aunque el enriquecimiento patrimonial no sea propio, sino de un tercero[125]. El beneficiario de los intereses usurarios no responderá, en principio, como autor del delito, a no ser que se le atribuya un grado de dominio del hecho que lo haga competente primario del delito cometido[126]. En cualquier caso, siempre cabe la posibilidad de castigarlo como inductor o cooperador del delito. Por el contrario, no cabrá la imposición de

---

[123] Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 387; REYNA ALFARO, *Manual*, p. 381.

[124] Sobre la exigencia general en la usura de un ánimo de lucro, LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 212 y ss.

[125] Vid., STREE/HEINE, Schönke/Schröder *StGB-Kommentar*, § 291, n.m. 39; BERNSMANN, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), V 3, n.m. 20. Considera que esta referencia al "para sí o para otro" es innecesaria, BERGERO, *La represión de la usura*, p. 103.

[126] Vid., STREE/HEINE, en *Schönke/Schröder StGB*, § 291, n.m. 39; PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 765.

sanciones penales si el tercero beneficiario es una persona jurídica[127], aunque, de ser el caso, podrá aplicarse contra ella las consecuencias accesorias del artículo 105 del Código penal. Como autores del delito de usura no podrán responder los simples intermediarios que se encargan de vincular a los prestamistas con potenciales deudores (usura impropia)[128], si bien su intervención puede configurar perfectamente una participación punible en el delito en grado de complicidad[129].

d. Consumación y tentativa

La descripción típica del delito de usura no vincula objetivamente la conducta típica con un resultado de lesión o de peligro patrimonial, de manera que no cabe hablar de un delito de resultado. Solamente basta que el autor obligue o haga prometer al deudor el pago de los intereses usurarios[130]. La cuestión se centra, más bien, en determinar si se trata de un delito de peligrosidad (peligro abstracto) o de un delito de mera actividad. La doctrina dominante entiende que la usura está tipificada como un delito de mera actividad[131]. Por nuestra parte, creemos que, en la medida que la conducta de

---

(127) Vid., LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 126.

(128) Vid. EZAINE CHÁVEZ, *Diccionario*, Voz: Usura, 2, p. 1439. Distinta la concepción de BERGERO, *La represión de la usura*, p. 52 y s., para quien la usura impropia sería lo que nosotros consideramos la intermediación usuraria.

(129) Vid., STREE/HEINE, en *Schönke/Schröder StGB*, § 291, n.m. 39.

(130) Vid., así BERGERO, *La represión de la usura*, p. 100; BERNSMANN, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), V 3, n.m. 2. En este sentido, resulta correcta la decisión de la Sala Superior Exp. 4395-97 de 8 de enero de 1998 [*Diálogo con la Jurisprudencia* 16 (enero de 2000), p. 222 y s.]. Por el contrario, resulta errónea la sentencia de la Sala Superior Exp. 377-93 de 30 de enero de 1998 [*Diálogo con la Jurisprudencia* 14 (noviembre de 1999), p. 169 y ss.], que exige como elemento constitutivo del delito el cobro y el pago de los intereses usurarios.

(131) Vid., LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 203 y ss.; PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 770; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 388; RISCO VALERA, *Thémis* 35, p. 101; REYNA ALFARO, *Manual*, p. 381.

usura está configurada en relación con un acto que en general perjudica al deudor (cobro excesivo de intereses), se trataría, por el contrario, de un delito de peligrosidad[132]. Si bien no resulta necesario demostrar ningún peligro patrimonial en el caso concreto, la peligrosidad de la conducta estará centrada típicamente en el beneficio injusto del prestamista sobre el prestatario, como lo pone de manifiesto adicionalmente el elemento subjetivo especial de "con el fin de obtener ventaja patrimonial". En este sentido, cabe concluir que el delito de usura se consuma con la acción de otorgar o negociar un crédito con intereses ilegales[133], pero siempre y cuando se muestre su idoneidad general para perjudicar patrimonialmente al deudor.

La doctrina penal entiende, por otra parte, que el delito de usura es un delito instantáneo[134], lo que significa que su consumación tiene lugar en el momento en que se celebra el préstamo con intereses ilegales. Si bien esta conducta puede producir efectos permanentes[135], su realización no se mantiene en el tiempo, sino que se produce instantáneamente con el otorgamiento o negociación del crédito usurario. Esta situación del tipo penal de usura tiene consecuencias dogmáticas importantes en el marco de la autoría y la participación, así como en el cómputo de los plazos de prescripción.

En cuanto a la tentativa, la usura parece no admitir esta forma imperfecta de realización[136], en la medida que se trata de un delito

---

[132] Como delito de peligro concreto en el Derecho penal argentino lo define, BERGERO, *La represión de la usura*, p. 158.

[133] Vid. RISCO VALERA, *Thémis* 35, p. 103.

[134] Vid., con mayores referencias, LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 198 y ss.; JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, *Revista Jurídica del Perú* 21 (2001), p. 79; BERGERO, *La represión de la usura*, p. 156; CRISTOFANO, *Usura*, p. 124, aunque con la actual regulación penal italiana se presentan diversas interpretaciones.

[135] En el pleno jurisdiccional de Ica de 1998, acuerdo 2, se admite la figura de los delitos instantáneos con efectos permanentes y se dice expresamente que: "(...) los hechos consumados en un solo acto deben reputarse como delitos instantáneos, independientemente de la permanencia en el tiempo que puedan mostrar sus efectos (...)".

[136] Vid. RISCO VALERA, *Thémis* 35, p. 103.

de peligrosidad. Como sabemos en los delitos de peligrosidad o peligro abstracto no cabe una infracción de competencias previa a la realización completa de la conducta típica[137]. Lo contrario podría llevar a criminalizar simples infracciones de orden o de deberes del tráfico. Si se niega la tentativa, no habrá tampoco espacio para la figura del desistimiento, de manera tal que si el prestamista que ha otorgado un crédito con intereses ilegales, decide cobrar luego solamente lo justo, tal comportamiento podrá ser sólo considerado en la medición de la pena (artículo 46 del Código penal)[138].

e. Autoría y participación

El delito de usura es un delito de dominio que se configura por el abuso de la posición de ventaja que tiene el prestamista para conseguir que el receptor del crédito se comprometa a pagar intereses excesivos por el uso del dinero. En este sentido, autor del delito es quien obliga a la víctima a aceptar el pago de intereses por encima de lo legalmente permitido. Es evidente que en la comisión de este delito pueden presentarse supuestos de inducción o complicidad, cuya punibilidad podrá sustentarse con las normas generales establecidas en los artículos 24 y 25 del Código penal.

En la doctrina penal se califica al delito de usura como un delito de intervención necesaria[139], pues el tipo penal presupone un negocio jurídico entre dos partes. La particularidad de este supuesto de intervención necesaria radica en que el aporte necesario de la víctima no permite imputarle el resultado o fundamentar algún tipo de responsabilidad. El fundamento de dicha irrelevancia penal se

---

[137] Vid., GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, I, p. 800 y s. Rechazan la tentativa en el delito de usura, PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 771; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 388. Por el contrario, la admite BERGERO, *La represión de la usura*, p. 160 y s.

[138] Similarmente, respecto de la regulación alemana, STREE/HEINE, en *Schönke/Schröder StGB*, § 291, n.m. 37. De otro parecer, BERNSMANN, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg..), V 3, n.m. 18.

[139] Vid., así, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 6, n.m. 275.

encuentra en el hecho de que el delito de usura está dirigido precisamente a proteger a la víctima de los casos en los que la coacción contractual del autor lo lleva a obligarse o prometer el pago de intereses excesivos[140]. Así, por ejemplo, no podría considerarse inductor del delito a la víctima que busca al prestamista para conseguir un préstamo de dinero.

f. Penalidad

El artículo 214 del CP establece para el delito de usura una pena privativa de libertad de no menor de uno ni mayor de tres años. Adicionalmente a la pena privativa de libertad el tipo penal contempla una pena patrimonial de veinte a treinta días-multa[141]. De la redacción del tipo penal se desprende que no se trata de penas alternativas, sino que éstas se imponen conjuntamente.

B. Fraude a la ley penal y negocio aparente

Problemática se presenta en nuestra legislación penal la incriminación de los supuestos de usura encubierta[142], es decir, aquellos casos que no aparecen formalmente como contrato de mutuo o préstamo, sino bajo otra modalidad negocial que evita su existencia y permite, por tanto, afirmar la atipicidad de la conducta[143]. Se trata de supuestos especiales de fraude a la ley penal, en la medida que se busca lesionar el interés protegido a través de una conducta exteriormente atípica. Sin embargo, como lo defiende un amplio sector

---

(140) Vid., en el mismo sentido, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 6, n.m. 275.

(141) Igualmente en el Derecho penal alemán, STREE/HEINE, en *Schönke/Schröder StGB*, § 291, n.m. 42. Una breve referencia a los sistemas penales con aplicación conjunta de pena privativa de libertad y multa, LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 244 y s.

(142) En el anterior Código penal español la usura encubierta era uno de los supuestos especiales de usura castigados penalmente. Vid., con detalle, LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 162 y ss.

(143) Sobre las formas de usura encubierta, CARRARA, *Programa*, PE, V. IV, p. 467 y ss.; BERGERO, *La represión de la usura*, p. 52 y s.

de la doctrina, el Derecho penal puede evitar la impunidad de estos supuestos mediante una interpretación económica del negocio jurídico realizado, pues la operatividad de las normas penales no se encuentra condicionada por los conceptos civiles. En este sentido, podrá afirmarse en el ámbito del Derecho penal que existe un contrato de mutuo o préstamo, aunque civilmente se utilice otra forma negocial.

El recurso a una interpretación económica se encuentra, sin embargo, limitado por el principio de legalidad, de manera tal que los conceptos podrán entenderse en un sentido económico siempre que no se sobrepase el sentido gramatical del término recogido en el tipo penal. En los casos en que una interpretación fáctica de los elementos del tipo penal resulte insuficiente para abarcar determinadas conductas de usura encubierta, la solución más adecuada será incluir una cláusula especial que prevea expresamente estos casos[144]. Pero mientras no se incorpore una cláusula especial de fraude a la ley penal en los delitos de usura, habrá que desistir de la posibilidad de castigar las conductas que consiguen restringir la libertad contractual de la otra mediante formas contractuales ajenas a la lógica del préstamo de dinero.

Un caso especial de fraude a la ley penal en el delito de usura se da cuando se consigue cobrar más dinero por el préstamo recurriendo a otros conceptos como gastos administrativos, portes, inspecciones periódicas, etc. En la medida que se demuestre que el cobro por estos conceptos resulta injustificado o desproporcionado en relación con lo que realmente valen, se presentará un caso de enriquecimiento injusto[145]. Pero la pregunta es si el Derecho penal puede,

---

[144] Así, por ejemplo, lo hizo la antigua Ley española de Represión de la Usura en su artículo 9: "Lo dispuesto por esta ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido". Vid., sobre esto, VALLÉS Y PUJALS, *Del préstamo*, p. 111 y ss.; LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 87 y ss.

[145] El tipo penal de usura en el Código penal italiano para la determinación de los intereses usurarios incluye las comisiones o remuneraciones por

mediante una interpretación fáctica, considerar estos otros conceptos, por más que sean excesivos, como intereses del capital prestado. Y aquí creo que una interpretación fáctica podría desbordar el límite establecido por el tenor literal. Por esta razón, la única manera de hacer frente a estos casos de fraude sería incluir una cláusula de represión que permita al juez equiparar otros conceptos realmente inexistentes al interés impuesto al deudor[146]. Pero mientras eso no suceda, estos supuestos de negocio aparente no podrán castigarse con base en la actual normativa penal.

Muy usual en la práctica es el supuesto fraudulento en el que el prestatario declara haber recibido más dinero del que efectivamente se entregó. Parecería que se trata de otro caso de usura encubierta, pero aquí, en realidad, no existe tal figura, sino un engaño premeditado para hacer pasar un caso de préstamo usurario como préstamo permitido (negocio aparente). En este sentido, el problema es fundamentalmente procesal, de manera que si se demuestra que el dinero recibido fue menor al declarado, procederá aplicar el artículo 1664 del Código civil que establece que el contrato se entiende celebrado sobre la cantidad efectivamente recibida[147]. Cuestión discutible sería, más bien, si resulta necesario o no un pronunciamiento previo de los tribunales civiles sobre la procedencia de una modificación de los términos del contrato. Por nuestra parte, consideramos que no es una cuestión prejudicial determinar que el contrato de mutuo se ha celebrado sobre la cantidad efectivamente recibida,

---

cualquier título unidas a la concesión del crédito. Vid., AMMIRATI, *Il delitto di usura*, p. 75.

[146] En una orientación similar, la cláusula de adición en el delito de usura alemán, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 6, n.m. 272.

[147] Vid., PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 763 y s. Una solución distinta se dio en la Ley española de Represión de la Usura, en tanto que para la nulidad civil bastaba simplemente consignar recibida una cantidad mayor a la entregada. Vid., sobre esto, LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 80. Mucho más radical fue nuestra Ley 11078 que en su artículo 2 literal b), consideró agio y usura todo contrato en que se simule recibo de mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualquiera sea su cantidad y sus condiciones.

sino que el juez penal puede perfectamente asumir este criterio en su interpretación de los elementos del tipo penal.

C. Tipo agravado

La pena del delito de usura se agrava cuando el agraviado es persona incapaz o se halla en estado de necesidad. Se trata de la llamada usura subjetiva[148]. La razón de esta agravante se encuentra en una situación de mayor debilidad negocial de la víctima, de la que el autor se aprovecha. Por ello, resulta pertinente destacar que para que la pena agravada pueda imponerse al autor, éste debe conocer las circunstancias de debilidad negocial del deudor. Su desconocimiento, por el contrario, permitiría solamente una imputación del delito mediante el tipo penal básico (artículo 14 primer párrafo del CP).

La incapacidad del agraviado no debe entenderse en el sentido de inimputabilidad penal[149], sino de incapacidad civil, es decir, como personas con falta de facultades para poder negociar y disponer de su patrimonio de manera responsable[150]. Un estado de necesidad, en cambio, se presenta cuando el sujeto pasivo requiere el dinero para satisfacer una necesidad urgente[151]. No tiene que entenderse como tal, por ejemplo, una situación que compromete la existencia del deudor y ni tan siquiera una situación de total carencia económica[152]. Puede que el deudor sea propietario de bienes diversos, pero necesite inmediatamente de cierta liquidez económica para

---

[148] Vid., CARMONA/GONZÁLEZ/CUEVA/POLAINO, *Manual*, PE, II, p. 353.

[149] Como parecen defender, por el contrario, PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 772; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 388.

[150] Vid., en este sentido, RISCO VALERA, *Thémis* 35, p. 102.

[151] Para la existencia del estado de necesidad no es necesario que se cumplan los requisitos del artículo 20 inciso 4 ó 5 del CP. En el mismo sentido, en el Derecho penal argentino, BERGERO, *La represión de la usura*, p. 130.

[152] Vid., en este sentido, STREE/HEINE, en *Schönke/Schröder StGB*, § 291, n.m. 23; TRÖNDLE/FISCHER, *StGB*, § 291, n.m. 10; PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 772; BERGERO, *La represión de la usura*, p. 130.

evitarse, por ejemplo, un perjuicio patrimonial considerable. La situación de necesidad debe determinarse por el juez en el caso concreto, atendiendo a si las circunstancias extraordinarias han limitado efectivamente la capacidad de negociación del necesitado del dinero.

Un análisis del marco penal de la agravante muestra que la agravación de la pena se produce respecto de la pena privativa de libertad, la cual pasa de ser no menor de un año ni mayor de tres años a una pena no menor de dos ni mayor de cuatro años. No obstante, llama la atención que la pena de multa se deje de lado en la figura agravada, lo que levanta la sospecha de que la figura agravada sólo lo es en términos relativos, pues globalmente podría llevar a una mejor posición del autor.

D. Situaciones de concurso

El delito de usura entra, por lo general, en concurso de leyes con el delito de coacciones, cuando el condicionamiento del crédito se realiza a través de una amenaza[153]. En este caso, el concurso de leyes se resolverá a favor del tipo penal de usura, en la medida que este delito desplaza por el principio de subsidiariedad al delito de coacciones. La naturaleza subsidiaria de las coacciones le asigna el papel de un tipo penal que sólo entra a tallar en caso de que otros tipos penales no se realicen típicamente (tipo penal de recogida).

En concurso de delitos la usura puede aparecer con cualquier otro delito, pero, por lo general, éstos estarán muy vinculados con el otorgamiento o concesión de créditos. Cabe mencionar especialmente al delito de banca paralela del artículo 246 del CP, más aún en la actual configuración del delito de usura que excluye de su ámbito de aplicación a los bancos e instituciones financieras. Igual importancia tiene los delitos contra la Fe Pública, sobre todo en los casos de usura encubierta, en donde el documento contractual no refleja la verdadera relación negocial de los sujetos participantes.

---

[153] Vid., así, RISCO VALERA, *Thémis* 35, p. 102.

TÍTULO II

DELITOS CONTRA LA ACTIVIDAD FINANCIERA DEL ESTADO

BIBLIOGRAFÍA DEL PRESENTE TÍTULO

ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, Parte Especial, Lima, 2000 [cit. *Derecho penal económico*, PE]. / AROCENA, "Delitos aduaneros", en *Derecho penal económico*, Parte especial, T. 2, Balcarce (dir.), Córdova, 2004, p. 53 y ss. [cit. *Derecho penal económico*, PE, 2, Balcarce (dir.)]. / AROCENA, "Contrabando", en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), Buenos Aires, 2004, p. 179 y ss. [cit. *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.)]. / ARZT, "Die Hehlerei als Vermögensdelikt", *NStZ* 1981, p. 10 y ss. / BACHMANN, *Vorsatz und Rechtsirrtum im allgemeinen Strafrecht und im Steuerstrafrecht*, 1993 [cit. *Vorsatz und Rechtsirrtum im allgemeinen Strafrecht und im Steuerstrafrecht*]. / BACIGALUPO ZAPATER, "El delito fiscal", en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), Buenos Aires, 2000, p. 299 y ss. [cit. *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.)]. / BACIGALUPO ZAPATER, Sanciones administrativas (Derecho español y comunitario), Madrid, 1991 [cit. *Sanciones administrativas*]. / BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Delitos tributarios y previsionales*, Buenos Aires, 2001 [cit. *Delitos tributarios y previsionales*]. / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/FERRÉ OLIVÉ, *Todo sobre el fraude tributario*, Barcelona, 1994 [cit. *Todo sobre el fraude tributario*]. / BERGMANN, Begehungsort im internationalen Strafrecht Deutschlands, Englands und der Vereinigten Staaten von Amerika, Berlin, 1966 [cit. *Begehungsort*]. / BILSDORFER, "Die Steuerverkürzung auf Zeit", en en *Straverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht*, Kohlmann (Hrsg.), Köln, 1983, p. 155 y ss. [cit. *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.)]. / BITTMANN/DREIER, "Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität nach dem Ende der fortgesetzten Handlung", *NStZ* 1995, p. 105 y ss. / BLUMERS, "Zur Auslegung des § 371 AO am Beispiel „Tatentdeckung"", *wistra*

1985, p. 85 y ss. / BONGARTZ, Der Fortsetzungszusammenhang im Steuerstrafrecht, Diss., Frankfurt a.M., 1990 [cit. *Der Fortsetzungszusammenhang*]. / BUOMPADRE, *Insolvencia fraudulenta*, Buenos Aires, 2005 [cit. *Insolvencia fraudulenta*]. / BRÄHLER, Die rechtliche Behandlung von Serienstraftaten und –ordnungswidrigkeiten, Berlin, 2000 [cit. *Die rechtliche Behandlung*]. / BRAMONT-ARIAS TORRES, L.A., "Recientes precisiones a la regulación de los delitos aduaneros", *Actualidad Jurídica*, T. 118, septiembre 2003, p. 81 y ss. / BRAMONT-ARIAS TORRES, L.A., "La nueva tipificación de los delitos aduaneros", *Actualidad Jurídica*, T. 116, julio 2003, p. 71 y ss. / BRAMONT-ARIAS TORRES, L.F., "La criminalización del delito de defraudación tributaria", *Libro Homenaje al Prof. Luis Alberto Bramont Arias*, Lima, 2003, p. 533 y ss. [cit. *LH-Bramont Arias*]. / BRAUNS, "Materiell-strafrechtliche Wertaspekte der Selbstanzeige (§ 371 AO)", *wistra* 1987, p. 233 y ss. / BREYER, *Der Inhalt der strafbefreienden Selbstanzeige*, Baden-Baden, 1999 [cit. *Der Inhalt der strafbefreienden Selbstanzeige*]. / CARMONA, Premesse a un corso di diritto penale dell'economía, Milán, 2002, [cit. *Premesse*]. / CATANIA, *Régimen Penal Tributario*, Buenos Aires, 2005 [cit. *Régimen Penal Tributario*]. / CHIARA DÍAZ, "Delitos tributarios y previsionales", en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.),Buenos Aires, 2004, p. 347 y ss. [cit. *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.)]. / CHOCLÁN MONTALVO, Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales, Barcelona, 2003 [cit. *Responsabilidad de auditores*]. / CONDE-PUMPIDO TOURÓN, "Una cuestión problemática en el delito fiscal: ¿Responsabilidad penal por defraudación fiscal en supuestos de ganancias ilícitas?", en *Derecho penal económico*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2003, p. 239 y ss. [cit. *Derecho penal económico*]. / DANNECKER, Das intertemporale Strafrecht, Tübingen, 1993 [cit. *Das intertemporale Strafrecht*]. / DANZER, "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des steuerlichen Beraters", en *Strafverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht*, Kohlmann (Hrsg.), Köln, 1983, p. 73 y ss. [cit. *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.)]. / DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, Berlin, 1992 [cit. *Handeln*]. / DOVAL PAÍS, Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco, Valencia, 1999 [cit. *Posibilidades y límites*]. / EHLERS/LOHMEYER, *Steuerstraf- und Steuerordnungswidrigkeitenrecht einschließlich Verfahrensrecht*, 5. Aufl., Stuttgart, 1982 [cit. *Steuerstraf- und Steuerordnungswidrigkeitenrecht*]. / ESER, en Schönke/Schröder *StGB*, 26. Aufl., München, 2001, §§ 1 y 2. / FISSENWERT, *Der Irrtum bei der Steuerhinterziehung*, Frankfurt a.M., 1993 [cit. *Der Irrtum*]. / FLEISCHER, "Die materiellrechtliche Bewältigung von Serienstraftaten", *NJW* 1979, p. 248 y ss. / FRANZHEIM, "Parteispende – Steuerhinterziehung – Straffreiheit?", *NStZ* 1982, p. 137 y ss./ FREES, *Die steuerrechtliche Selbstanzeige: zur kriminalpolitischen Zweckmäßigkeit des § 371 AO*, Frakfurt a.M., 1991 [cit. *Die steuerrechtliche Selbstanzeige*]. / FRICK, "Vorsätzliche, leichtfertige und leichtfahrlässige Steuerverkürzung", en *Straverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht*, Kohlmann (Hrsg.), Köln, 1983, p. 38 y ss. [cit. en *Strafvefolgung*, Kohlmann (Hrsg.)]. / FRISCH, Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsvertändnis im Umweltstrafrecht, Heidelberg, 1993 [cit. *Verwaltungsakzessorietät*]. / GARCÍA CANTIZANO, "La pérdida de vigencia del principio *non bis in idem* en el ámbito de los delitos tributarios", *Gaceta Jurídica*, T. 70-B, septiembre 1999, p. 65 y ss. / GARCÍA NAVARRO, "Análisis del tipo básico de la defraudación tributaria", *Actuali-*

dad Jurídica, T. 147, Febrero 2006, p. 91 y ss. / GARCÍA RADA, *El delito tributario*, 2ª ed., Lima, 1982 [cit. *El delito tributario*]. / GÖHLER, Rechtsprechungsübersicht, *NStZ* 1981, p. 55 y ss. / GRACIA MARTÍN, Delitos contra los bienes jurídicos fundamentales, Valencia, 1993 [cit. *Delitos*]. / GRÖTSCH, *Persönliche Reichweite der Sperrwirkung im Rahmen des § 371 Abs. 2 AO unter besonderer Berücksichtigung von Personen- und Kapitalgesellschaften*, 2003 [cit. *Persönliche Reichweite*]. / HARDTKE, *Steuerhinterziehung durch verdeckte Gewinnausschüttung*, 1995 [cit. *Steuerhinterziehung*]. / HARTUNG, *Steuerstrafrecht*, Kommentar, 3. Aufl., Berlin, 1962 [cit. *Steuerstrafrecht*, Kommentar]. / HASSEMER, Nomos-Kommentar zum *StGB*, Baden-Baden, 1995, § 2. / HOFF, *Das Handlungsunrecht der Steuerhinterziehung*, Berlin, 1999 [cit. *Das Handlungsunrecht*]. / HOFFMANN, *Die Ausschlusstatbestände der Selbstanzeige bei Steuerhinterziehung*, Baden-Baden, 1998 [cit. *Die Ausschlusstatbestände*]. / HÖSER, *Vorbereitungshandlung und Versuch im Steuerstrafrecht*, Köln, 1984 [cit. *Vorbereitungshandlung*]. / HÜBNER, en *Abgabeordnung*, Finanzgerichtordnung Kommentar, 10. Aufl., 1995 [cit. *Abgabeordnung*]. / HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche Selbstanzeigeprivileg im Lichte des § 370a S. 3 AO*, Baden-Baden, 2006 [cit. *Das steuerstrafrechtliche Selbstanzeigeprivileg*]. / HURTADO POZO, Manual de Derecho penal, PG, 2ª ed., Lima, 1987 [cit. Manual, PG, 2ª ed.]. / IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria*, Valencia, 2003 [cit. *La regularización*]. / ISENSEE, "Aussetzung des Steuerstrafverfahrens – rechtsstaatliche Ermessensdirektiven", *NJW* 1985, p. 107 y ss. / JAÉN VALLEJO, Cuestiones actuales del Derecho penal económico, Buenos Aires, 2004 [cit. *Cuestiones actuales*]. / JÄGER, *Steuerstrafrecht mit Zoll- und Verbrauchsteuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), 6. Aufl., München, 2005, § 380 [cit. *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.)]. / JÄHNKE, "Grenzen der Fortsetzungszusammenhangs", *GA* 1989, p. 376 y ss. / JAKOBS, "La prohibición de regreso en los delitos de resultado" (trad. Cancio Meliá), en Estudios de Derecho penal, Madrid, 1997, p. 241 y ss. [cit. *Estudios*]. / JAKOBS, La imputación objetiva en Derecho penal, (trad. Cancio Meliá), Madrid, 1996 [cit. *Imputación objetiva*]. / JAKOBS, Strafrecht, AT, 2. Aufl., Berlin, 1991 [cit. *Strafrecht*, AT]. / JOECKS, *Steuerstrafrecht mit Zoll- und Verbrauchsteuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), 6. Aufl., München, 2005, Einleitung [cit. *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.)]. / KNIFFKA, "Aspekte der Tateinheit bei Steuerhinterziehung", *wistra* 1986, p. 90 y ss. / KOHLMANN, *Steuerstrafrecht*. Kommentar, Köln, Stand: November 2006, § 370 [cit. *Steuerstrafrecht*. Kommentar]. / KOHLMANN, "Der Straftatbestand der Steuerhinterziehung – Anspruch und Wirklichkeit–", en *Straverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht*, Kohlmann (Hrsg.), Köln, 1983, p. 7 y ss. [cit. en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.)]. / KOPACEK, *Strafbefreiende Selbstanzeige bei Steuerdelikten*, Berlin, 1967 [cit. *Strafbefreiende Selbstanzeige*]. / KRATZSCH, "Die Schwierigkeiten im Umgang mit der Selbstanzeige", en *Strafverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht*, Kohlmann (Hrsg.), Köln, 1983, p. 287 y ss. [cit. en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.)]. / KRISCH, *Die Steuerhehlerei § 374 AO*, Frankfurt a.M., 1993 [cit. *Die Steuerhehlerei*]. / KUMMER, "Steuerstrafrecht", *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 2004, 18 [cit. *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.)]. / KUNERT, "Zur Rückwirkung des milderen Steuerstrafgesetzes – Nicht nur ein Beitrag zur Parteispendenaffaire", *NStZ* 1982, p. 276 y ss. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, Sobre

la retroactividad penal favorable, Madrid, 2000 [cit. *Sobre la retroactividad*]. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, "Tres problemas de aplicación del delito fiscal: retroactividad, prescripción y exención de los partícipes por regularización", www.adi.uam.es/~jalonso/lascurain [consulta: 23 de setiembre 2002]. / LAUTERBACH, Internationales Strafrecht und Teilnahme, Breslau, 1933 [cit. *Internationales Strafrecht*]. / LESCH, Anmerkung, *JR* 2001, p. 385 y ss. / LÖFFLER, *Grund und Grenzen der steuerstrafrechtlichen Selbstanzeige*, 1992 [cit. *Grund und Grenzen*]. / LOHMAR, *Steuerstrafrechtliche Risiken typischer Bankgeschäfte*, Berlin, 2002 [cit. *Steuerstrafrechtliche Risiken typischer Bankgeschäfte*]. / LÖWE-KRAHL, *Steuerhinterziehung*, 2. Aufl., Stuttgart, 2000 [cit. *Steuerhinterziehung*]. / LÜDERSSEN, "Die Parteispendenproblematik im Steuerrecht und Steuerstrafrecht – Vorsatz und Irrtum", *wistra* 1983, p. 223 y ss. / LÜTT, *Das Handlungsunrecht der Steuerhinterziehung*, 1988 [cit. Das *Handlungsunrecht der Steuerhinterziehung*]. / MAIWALD, *Conocimiento del ilícito y dolo en el Derecho penal tributario*, (trad. Sancinetti), Buenos Aires, 1997 [cit. *Conocimiento del ilícito*]. / MALITZ, Zur behördlichen Duldung im Strafrecht, Berlin, 1995 [cit. *Zur behördlichen Duldung*]. / MATTERN, *DStZ* 1957, p. 97 y ss. / MEINE, *Das Vorteilausgleichsverbot in § 370 Abs. IV S. 3 AO 1977*, 1984 [cit. *Das Vorteilausgleichsverbot*]. / MEINE, "Die Abgrenzung von Vorbereitungshandlung und Versuchsbeginn bei der Hinterziehung von Veranlagungssteuern unter Zuhilfenahme einer falschen Buchführung", *GA* 1978, p. 325 y ss. / MERINO JARA/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *El delito fiscal*, 2ª ed., Madrid, 2004 [cit. *El delito fiscal*]. / MOSER, *DStR* 1956, p. 463 y ss. / MÖSBAUER, *Steuerstraf- und Steuerordnungswidrikeitenrecht*, 2. Aufl., Müchen, 2000 [cit. *Steuerstraf- und Steuerordnungswidrikeitenrecht*]. / MUÑOZ MERINO, *El delito de contrabando*, Pamplona, 1992 [cit. *El delito de contrabando*]. / OEHLER, Internationales Strafrecht, 2. Aufl., Köln, 1983 [cit. *Internationales Strafrecht*]. / OTTO, voz: Versuch, en Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), estado: hasta mayo de 1990, Heidelberg, p. 1 y ss. [cit. Otto, voz: Versuch, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.)]. / OTTO, "Hehlerei § 259 StGB", *Jura* 1985, p. 148 y ss. / PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal*, T. IV, Todo sobre lo ilícito tributario, Lima, 1996 [cit. *Tratado*, IV]. / PÉREZ MANZANO, "Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las "conductas neutrales". La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 30 de marzo de 2004", en Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Navarra, 2005, p. 789 y ss. [cit. *LH-Rodríguez Mourullo*]. / PHILIPOWSKI, "Steuerstrafrechtliche Probleme bei Bankgeschäften", en *Strafverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht*, Kohlmann (Hrsg.), Köln, 1983, p. 142 y ss. [cit. Strafverfolgung, Kohlmann, (Hrsg.)]. / PIÑA GARRIDO, "La retroactividad de la ley penal más favorable en los delitos contra la Hacienda Pública", en Derecho penal de la empresa, Corcoy Bidasolo (dir.), Pamplona, 2002, p. 281 y ss. [cit. *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dir.)]. / POHL, Steuerhinterziehung durch Steuerumgehung. Zugleich eine Studie zur Umgehungsbekämpfung im Strafrecht, Frankfurt a.M., 1990 [cit. *Steuerhinterziehung*]. / RANCAÑO MARTÍN, *El delito de defraudación tributaria*, Madrid, 1997 [cit. *El delito de defraudación tributaria*]. / REAÑO PESCHIERA, "Límites a la atribución de responsabilidad por delitos tributarios cometidos en el

ámbito empresarial", *Ius et Veritas* 26, p. 293 y ss. / REAÑO PESCHIERA, "La responsabilidad penal de los asesores financieros por los actos de sus clientes", *Actualidad Jurídica*, T. 147, Febrero 2006, p. 86 y ss. / RIQUERT, *Cuestiones de Derecho penal tributario y procesal penal tributario*, 2ª ed., Buenos Aires, 2004 [cit. *Cuestiones*]. / ROXIN, Strafrecht, AT, 3. Aufl., München, 1993 [cit. *Strafrecht*, AT]. / RUDOLPHI, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 1997, §§ 2. / RUPPERT, "Der Tag danach: Praktische Auswirkungen des Beschlusses zur fortgesetzten Hand-lung", *MDR* 1994, p. 973 y ss. / RÜPING, "Blankettnormen als Zeitgesetze", *NStZ* 1984, p. 450 y ss. / SAMSON, Steuerstrafrecht, 3. Aufl., Franzen/Gast/Samson, München, 1985, § 369 [cit. *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Samson]. / SAMSON, "Möglichkeiten einer legislatorischen Bewältigung der Parteispendenproblematik", *wistra* 1983, p. 235 y ss. / SAMSON, "Irrtumsprobleme im Steuerstrafrecht", en *Strafverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht*, Kohlmann (Hrsg.), Köln, 1983 [*Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.)]. / SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, "El elemento de "fraude" en los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad social", en ¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico empresarial, Silva Sánchez (dir.), Madrid, 2003, p. 91 y ss. [*¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.)]. / SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria*, Navarra, 2002 [cit. *La exención*]. / SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El delito contable tributario*, Pamplona, 1995 [cit. *El delito contable tributario*]. / SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, I, 2ª ed., Lima, 2003 [cit. *Derecho procesal penal*, I]. / SCHÄFER, "Amnestie für verdeckte Parteispenden durch Änderung des Steuerrechts?", *wistra* 1983, p. 167 y ss. / SCHINDHELM, *Das Kompensationsverbot im Delikt der Steuerhinterziehung*, Frankfurt a.M., 2004 [cit. *Das Kompensationsverbot*]. / SCHLEEH, "Die Bedeutung der Pflichten für das Steuerstrafrecht", BB, 1971, p. 815 y ss. / SCHMITZ, *wistra* 1993, p. 129 y ss. / SCHRÖDER, "Die Teilnahme im internationalen Strafrecht", *ZStW* 61 (1942), p. 57 y ss. / SCHULZE-OSTERLOH, "Unbestimmtes Steuerrecht und strafrechtlicher Bestimmtheitsgrundsatz", en *Strafverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht*, Kohlmann (Hrsg.), Köln, 1983, p. 63 y ss. [cit. *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.)]. / SEELMANN, "Grundfälle zur Hehlerei (§ 359 StGB)", *JuS* 1988, p. 39. / SILVA SÁNCHEZ, "¿"ex delicto"? Aspectos de la llamada "responsabilidad civil" en el proceso penal", InDret (julio de 2001), www.indret.com. / SILVA SÁNCHEZ, "Determinación de la pena y responsabilidad civil en el delito fiscal. Un recorrido desde la participación de extranei hasta la imposición de intereses de demora", en Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal, Madrid, 2005, p. 899 y ss. [cit. *LH-Cobo del Rosal*]. / SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Barcelona, 2005 [cit. *Nuevo escenario*]. / SILVA SÁNCHEZ, "Sobre la relevancia jurídico-penal de los actos de "reparación"", en Estudios de Derecho penal, Lima, 2000, p. 213 y ss. [cit. *Estudios de Derecho penal*]. / SUHR, *Rechtsgut der Steuerhinterziehung und Steuerverkürzung im Festsetzungsverfahren*, Diss., Kiel, 1988 [cit. *Rechtsgut der Steuerhinterziehung*]. / TAFEL, Die Geltung des Territorialprinzips im deutschen Reichsstrafrecht, Stuttgart, 1902 [cit. *Die Geltung*]. / TERSTEGEN, *Steuerstrafrecht*, Köln, 1956 [cit. *Steuerstrafrecht*]. / TIEDEMANN, *Wirtschaftstrafrecht*, BT, München, 2006 [cit. *Wirtschaftstrafrecht*, BT] /

TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten, Köln, 2004 [cit. *Einführung*]. / TIEDEMANN, Voz: Blankettstrafgesetzen, en Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), hasta mayo de 1990, Heidelberg, p. 1 y ss. [Voz: Blankettstrafgesetzen, *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.)]. / TIEDEMANN, voz: Zeitgesetz, en Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), estado: mayo de 1990, Heidelberg, p. 1 y ss. [cit. voz: Zeitgesetz, *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.)]. / TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Übersicht", *JuS* 1989, p. 691 y ss. / TIEDEMANN/KINDHÄUSER, "Umweltstrafrecht – Bewährung oder Reform?", *NStZ* 1988, p. 337 y ss. / TIEDEMANN/DANNECKER, Die gesetzliche Milderung im Steuerstrafrecht, Köln, 1985 [cit. *Die gesetzliche Milderung*]. / TIEDEMANN, *JR* 1973, p. 413 y ss. / TROEGER, *Steuerstrafrecht*, 2. Aufl, 1950 [cit. *Steuerstrafrecht*]. / VAN WEEZEL, *Delitos tributarios*, Santiago de Chile, 2007 [cit. *Delitos tributarios*]. / VEGA BILLÁN, "¿Por qué debe derogarse la ley penal tributaria", *Actualidad Jurídica* 114, mayo 2003, p. 26 y ss. / VIDAL ALBARRACÍN, *Delitos aduaneros*, 2ª ed., Corrientes, 2006 [cit. *Delitos aduaneros*]. / VILLAVICENCIO TERREROS, Derecho penal, Parte general, Lima, 2006 [cit. *Derecho penal*, PG]. / VIRGOLINI/SILVESTRONI, "Delito e infracción tributaria", en *Derecho penal tributario. Cuestiones críticas*, Galván (coord.), Santa Fe, 2005, p. 121 y ss. [cit. *Derecho penal tributario*. Galván (coord.)]. / VON DER HEIDE, *Tatbestands- und Vorsatzprobleme bei der Steuerhinterziehung nach § 370 AO*, Bochum, 1986 [cit. *Tatbestands- und Vorsatzprobleme*]. / VOß, *Steuerstrafrecht mit Zoll- und Verbrauchsteuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), 6. Aufl., München, 2005 [cit. *Steuerstrafrecht*]. / WAMERS, "Zoll", *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 2004, 20 [cit. *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.)]. / WARDA, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, Berlin, 1955 [cit. *Abgrenzung*]. / WILKENBAUER, Zur Verwalt-ungsakzessorietät des Umweltstrafrechts, Berlin, 1985 [cit. *Zur Verwaltungsakzessorietät*]. / WULF, *Handeln und Unterlassen im Steuerstrafrecht*, Baden-Baden, 2001 [cit. *Handeln und Unterlassen*]. / ZSCHOCKELT, "Die praktische Handhabung nach dem Beschluß des Großen Senats für Strafsachen zur fortgesetzten Handlung", *NStZ* 1994, p. 361 y ss.

La intervención del Estado en la economía requiere tener a disposición ciertos fondos públicos. Para procurarse de estos fondos, el Estado podría desarrollar una actividad lucrativa compitiendo con los particulares en el mercado. Sin embargo, el principio de subsidiariedad impide el desarrollo de una actividad económica del Estado si esta actividad puede ser emprendida por los particulares. Por ello, el Estado asume, más bien, el modelo de Estado impositivo, en virtud del cual los ciudadanos se obligan a contribuir con los fondos necesarios para cubrir el gasto público, no siendo necesario que el Estado se procure dichos fondos mediante el desarrollo de una actividad empresarial(1). Como puede verse, el financiamiento del gasto público se consigue a través de las contribuciones impuestas a los particulares que cuentan con cierto grado de riqueza.

El aseguramiento de la actividad recaudatoria del Estado obliga a desarrollar no sólo mecanismos para efectivizar el cobro de los tributos, sino también un refuerzo penal que confirme la plena vigencia del deber de los particulares de contribuir con el gasto público. A partir de esta idea, se comprende la existencia de los delitos tributarios y los delitos aduaneros en nuestro sistema penal, con los que se castiga aquellas conductas graves que defraudan la expectativa normativa de contribución con el gasto público. No obstante, la configuración de los delitos tanto tributarios como aduaneros asume también la protección de otros aspectos o condiciones del sistema económico. Así, en el caso de los tributos hay que reconocer

(1) Vid., VAN WEEZEL, *Los delitos tributarios*, p. 13.

que existe también una finalidad de dirección estatal indirecta de la economía mediante la orientación de la carga tributaria, lo cual se afecta también, de alguna forma, con la frustración fraudulenta del cumplimiento de las obligaciones tributarias. Por su parte, los delitos aduaneros se sustentan no sólo en la obligación de pago de los tributos o derechos aduaneros, sino en una labor de control sobre el ingreso y salida del territorio nacional de las mercancías. En este sentido, los delitos aduaneros se encargan de resguardar también las condiciones dispuestas por el Estado para el tráfico internacional de mercancías.

Los diversos aspectos brevemente mencionados de la protección penal que suministran los delitos tributarios y aduaneros permiten llegar a la conclusión de que ambos grupos de delitos son delitos económicos. Y esta afirmación se sustenta no sólo en el hecho de que dichos delitos refuerzan la actividad financiera del Estado para su intervención en la economía, sino también en su utilidad para proteger el orden económico dispuesto por el Estado mediante el manejo del sistema tributario y las condiciones para la entrada o salida del país de mercancías. En este título vamos a ocuparnos de ambas formas de delitos contra la actividad financiera del Estado.

CAPÍTULO I
LOS DELITOS TRIBUTARIOS

I. INTRODUCCIÓN

Como parte de uno de los rasgos fundamentales del sistema económico actual, el Estadó desarrolla una actividad social dirigida a procurar ciertas condiciones mínimas para aquellos sectores sociales especialmente desfavorecidos[1]. Es evidente que esta labor demanda el uso de ciertos recursos económicos, por lo que será necesario que el Estado realice una actividad financiera para generar los fondos suficientes. El factor más importante dentro de esta 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. Dentro de este último concepto destaca especialmente la creación de los impuestos, con los que el Estado grava la realización de actos expresivos de riqueza como el consumo o la generación de renta. Si bien la obligación de pagar los impuestos se sustenta en la necesidad de generar los recursos para cubrir el gasto público, también es verdad que el Estado puede utilizar instrumen-

(1) Vid., CARMONA, *Premesse*, p. 88.

talmente el sistema fiscal para alcanzar u optimizar ciertos objetivos de política económica[2].

La regulación jurídica de los tributos parte de la base de que el Estado puede exigir el pago de los tributos creados mediante el ejercicio de su potestad tributaria. La relación jurídica originada por un hecho de incidencia tributaria se encuentra regulada de manera general en el Código Tributario, tal como lo establece la norma II del Título Preliminar del referido Código. Dentro del conjunto de tributos creados por el Estado, nuestro sistema tributario diferencia, por un lado, los llamados tributos internos y, por el otro, los llamados tributos aduaneros, en donde destacan fundamentalmente los derechos arancelarios. Los primeros están regulados de manera específica por las distintas leyes especiales de cada tributo (p.e. la ley del impuesto a la renta, la ley del impuesto general a las ventas, etc.), mientras que los tributos aduaneros están normados por la Ley General de Aduanas, su reglamento y las distintas leyes tributarias especiales referidas al comercio exterior de mercancías. En ambos casos la normativa jurídica establece ciertos mecanismos para determinar el surgimiento de las obligaciones tributarias, así como para conseguir el efectivo cumplimiento de dichas obligaciones. Las conductas que afectan la idoneidad de estos mecanismos constituyen ilícitos tributarios o aduaneros, los cuales, en función de su gravedad y elementos constitutivos, pueden presentarse como infracciones administrativa o como delitos[3].

La normativa sancionatoria de los ilícitos tributarios no es ajena a la distinción funcional de los tributos antes referida, por lo que procede a regular de forma diferenciada las infracciones y los delitos tributarios (tributos internos), por un lado, y las infracciones y los delitos aduaneros (rentas de aduanas), por el otro. En los siguien-

---

(2) Vid., sobre la dirección económica a través del sistema fiscal TIEDEMANN, *JuS* 1989, p. 692.

(3) Vid., GARCÍA RADA, *El delito tributario*, p. 57. Desde un análisis económico, BRAMONT-ARIAS TORRES, L.F., en *LH-Bramont Arias*, p. 533 y ss., cuestiona la tipificación penal del delito de defraudación tributaria y recomienda reducirlos a los casos de suma gravedad en los que se presenta cierta conmoción social.

tes capítulos no vamos a ocuparnos de las infracciones tributarias y aduaneras, pues éstas no pertenecen al Derecho penal económico, sino al Derecho administrativo sancionador[4]. Nuestra exposición se va a limitar a analizar los llamados delitos tributarios y aduaneros, comenzando con los primeros en este capítulo. Los delitos aduaneros, por su parte, serán tratados debidamente en el capítulo siguiente.

II. LOS DELITOS TRIBUTARIOS EN EL SISTEMA TRIBUTARIO

Desde un punto de vista puramente político, la creación de los delitos tributarios responde a la necesidad de asegurar el pago de los tributos establecidos por el Estado[5]. En la medida que el Estado requiere contar oportunamente con los ingresos generados por los tributos, refuerza el cumplimiento del pago por parte de los particulares mediante una amenaza penal. El Derecho penal se convierte así en un instrumento para asegurar la eficacia de la actividad financiera del Estado. Pese a la indiscutible veracidad pragmática de la utilidad del Derecho penal para la recaudación fiscal, es evidente que una justificación de la amenaza penal en factores puramente pragmáticos resulta insuficiente para el propio sistema penal, pues éste no responde solamente a fines de utilidad práctica, sino que requiere necesariamente una base dogmática, es decir, una correspondencia con ciertos principios valorativos de necesaria vigencia. En este sentido, resulta obligado ofrecer un sustento dogmático a los delitos tributarios, de manera tal que no sean la simple expresión de una política fiscal con pretensiones de eficacia, sino la efecti-

---

(4) Muy cercana a esta conclusión lo afirmado por García Rada, *El delito tributario*, p. 81: "La infracción tributaria constituye un ilícito tributario, que debe ser sancionado en la vía administrativa, no en la penal. Esta violación de la norma tributaria no cae dentro del ámbito de lo penal".

(5) El incumplimiento del pago de los tributos no constituye, como pudiese creerse, un comportamiento de las clases altas o de grandes empresarios, sino una irregularidad atribuible a las distintas clases sociales (Vid., así, Kohlmann, en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.), p. 7 y ss. En un país, como el Perú, en donde reina la informalidad en los pequeños negocios y la lógica empresarial del "vivo", no puede considerarse la defraudación tributaria patrimonio exclusivo de ciertos sectores sociales.

va materialización de la función socialmente atribuida al Derecho penal. De esta justificación dogmática de los delitos tributarios nos ocuparemos más adelante.

Con base en lo anterior, puede concluirse que el Derecho penal tributario (delitos tributarios) no es parte del Derecho tributario[6], 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 Derecho penal tributario frente al Derecho tributario. Es indudable que ambas regulaciones se encuentran vinculadas de diversas formas, tal como lo pone de manifiesto JOECKS[7]. Por un lado, están vinculadas históricamente en la medida que el Derecho penal tributario ha surgido del Derecho tributario y ha sido regulado tradicionalmente en leyes tributarias[8]. Por otro lado, existe una vinculación por razones de política jurídica, pues, como ya lo pusimos de manifiesto, el Derecho penal sirve en la práctica al aseguramiento del pago de los tributos. Además, puede apreciarse una vinculación de carácter dogmático, en la medida que los tipos penales de los delitos tributarios son, por regla general, leyes penales en blanco que se remiten a leyes tributarias. Finalmente, no puede desconocerse una vinculación de carácter procesal, en la medida que el Fisco realiza normalmente investigaciones previas a la denuncia penal y se constituye en parte agraviada dentro del eventual proceso penal. Por todo lo dicho, puede concluirse que la autonomía funcional del Derecho penal no significa una desvinculación de los delitos tributarios respecto de la regulación tributaria, sino que, por el contrario, la vinculación con la regulación tributaria sirve a su propia funcionalidad[9].

---

(6) Vid., así, MOSER, *DStR* 1956, p. 463; JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), Einleitung, n.m. 3. Por el contrario, consideran que el Derecho penal tributario es parte del Derecho tributario, MATTERN, *DStZ* 1957, p. 97; EL MISMO, *ZStW* 67 (1955), p. 365 y ss.

(7) Vid., JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), Einleitung, n.m. 2.

(8) Vid., GARCÍA RADA, *El delito tributario*, p. 175 y s.

(9) Así, IGLESIAS RÍO, *La regularización*, p. 23 y ss., con especial referencia a la regularización fiscal.

III. EL FUNDAMENTO JURÍDICO-PENAL DE LOS DELITOS TRIBUTARIOS

1. El bien jurídico protegido

Al bien jurídico se le asigna usualmente la función de fundamentar la imposición de sanciones penales a aquellas conductas que lo ponen en peligro o lesionan de manera intolerable. De esta forma, se le otorga al concepto de bien jurídico un carácter crítico, de manera que con su ayuda pueda enjuiciarse si resulta correcta o no la incriminación realizada por el Derecho positivo. Los delitos tributarios pueden ser sometidos también a este análisis crítico desde el criterio del bien jurídico protegido, pero para ello evidentemente resulta necesario determinar cuál es el bien jurídico que protegen. En lo que sigue de este apartado nos ocuparemos de esta discusión fundamental.

En primera línea, y muy de la mano con la funcionalidad del sistema tributario, podría decirse que el bien jurídico protegido es la labor recaudatoria de la administración tributaria[10]. Desde esta perspectiva, el Derecho penal sería un mecanismo de presión sobre los obligados tributarios para que, bajo la amenaza de recibir una sanción penal, cumplan con cancelar los tributos establecidos por las leyes[11]. La justificación del refuerzo penal radicaría fundamentalmente en el peligro de que no se cumpla voluntariamente con el pago de los tributos, configurándose los delitos tributarios como meros actos de desobediencia frente a los mandatos legales[12]. Frente a esta perspectiva del Derecho penal tributario ya nos hemos pronunciado de forma crítica, pues negaría la autonomía funcional del Derecho penal al convertirlo no más que en un apéndice del Derecho

---

(10) Vid., así, como el interés público en una oportuna y completa recaudación fiscal, Suhr, *Rechtsgut der Steuerhinterziehung*, p. 31 y s.; Kohlmann, *Steuerstrafrecht*. Kommentar, § 370, n.m. 39.

(11) Así, García Cantizano, *Gaceta Jurídica*, T. 70-B, septiembre 1999, p. 66.

(12) Vid., en este sentido, Isensee, *NJW* 1985, p. 108. Similarmente, Kohlmann, *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.), p. 19. Críticamente, Fissenwert, *Der Irrtum*, p. 36 y s.

tributario. El injusto penal quedaría reducido a un simple acto de desobediencia de normas públicas extrapenales sin un contenido de desvalor propio.

En consonancia con la línea de interpretación dominante, consideramos que el bien jurídico protegido por las normas penales tiene un carácter propio, cuya definición no depende de los criterios de ordenación de los ámbitos jurídicos extrapenales o de objetivos puramente políticos. En este sentido, los bienes jurídicos encuentran su sustento en la protección de un aspecto o condición esencial para la constitución de la sociedad actual y no simplemente en la eficacia del ámbito de regulación en el que se enmarca el delito. Esta condición esencial constituye el bien jurídico penalmente protegido y lo que debe ser objeto de determinación para una adecuada interpretación de los tipos penales. En este orden de ideas, resulta necesario precisar qué condición esencial de la organización social se busca resguardar con los delitos tributarios.

En la doctrina penal pueden apreciarse dos posiciones encontradas[13]. Por un lado, se encuentra la llamada tesis patrimonialista, según la cual el bien jurídico protegido por los delitos tributarios está constituido por los intereses patrimoniales del Estado recaudador de los tributos[14]. Un argumento a favor de esta comprensión sería que el delito de defraudación tributaria requiere que se dejen de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes. A esta afirmación cabría objetar, sin embargo, que si bien el tipo penal puede requerir como resultado típico una forma de perjuicio, esta situación no convierte el delito automáticamente en un delito patrimonial[15].

---

(13) Aunque también hay intentos por conciliarlas como lo hace RANCAÑO MARTÍN, *El delito de defraudación tributaria*, Madrid, 1997, p. 40 y s., con la perspectiva objetiva y subjetiva de la Hacienda Pública.

(14) Vid., así, HARDTKE, *Steuerhinterziehung*, p. 62; JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), Einleitung, n.m. 8; WULF, *Handeln und Unterlassen*, p. 94; KUMMER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 18, n.m. 12.

(15) En la doctrina alemana se afirma por un amplio sector el carácter de delito patrimonial de la defraudación tributaria. Vid., con mayores referencias, HOFF, *Das Handlungsunrecht*, p. 11 y s.

Muchos delitos económicos pueden contemplar un perjuicio patrimonial efectivo o potencial como resultado típico (p.e. los atentados contra el sistema crediticio) y no, por ello, adquieren el carácter de delito patrimonial. Por otra parte, el eventual perjuicio patrimonial en los delitos tributarios no se muestra de la misma forma que en los delitos patrimoniales tradicionales, pues mientras que en éstos se perjudica por lo general derechos patrimoniales sobre bienes que ya se tienen (propiedad, posesión, etc.), en aquéllos se afecta una pretensión patrimonial del Estado sobre parte del patrimonio de los contribuyentes[16].

Para evitar caer en la lógica patrimonial, algunos autores han considerado más adecuado referir el bien jurídico protegido por los delitos tributarios a un deber de transparencia respecto de los hechos tributariamente relevantes[17]. Posiblemente esta comprensión podría ajustarse sin problemas al delito de infracción de deberes contables tributarios, en donde el injusto se centra en la ocultación de información tributariamente relevante sin requerir un perjuicio patrimonial del Estado. Pero aun en este caso resulta discutible si la configuración típica constituye efectivamente un nuevo bien jurídico o si, por el contrario, se trata solamente de un adelantamiento de las barreras de protección penal[18]. En este último caso, el delito seguiría asociado al interés patrimonial del Estado por recaudar los tributos.

Frente a la tesis patrimonialista se presenta la llamada tesis funcionalista, conforme a la cual el bien jurídico protegido en los delitos tributarios es la Hacienda Pública vista desde una perspectiva funcional, es decir, como el proceso de recaudación de ingresos y de distribución de los mismos en el gasto público[19]. A esta

---

(16) Vid., así, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 417. Niegan que el delito fiscal sea una forma de estafa, Bajo Fernández/Bacigalupo, *Delitos tributarios y previsionales*, p. 56.

(17) Vid., así, Troeger, *Steuerstrafrecht*, p. 8 y s.; Ehlers/Lohmeyer, *Steuerstraf- und Steuerordnungswidrigkeitenrecht*, p. 4.

(18) Vid., Peña Cabrera, *Tratado*, T. IV, p. 275.

(19) Así, en la doctrina penal española, Berdugo Gómez de la Torre/Ferré Olivé, *Todo sobre el fraude tributario*, p. 20; en la doctrina argentina Riquert,

visión hay que reconocerle que acierta en dejar de lado una visión estática del bien jurídico, pero cabe objetarle que lo hace a costa de asumir prácticamente una visión tributaria de los ilícitos penales, pues se centra en la funcionalidad del sistema tributario y deja de lado la lesividad concreta del delito fiscal. En contra de la línea de interpretación funcional del bien jurídico, consideramos que el bien jurídico protegido penalmente debe determinarse en atención al aspecto concretamente protegido por la imposición de la sanción penal.

En nuestra opinión, 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 este sentido, el Derecho penal 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. Debe quedar claro que en nuestro sistema penal no se sanciona, en principio, el simple incumplimiento del pago de los tributos[20], sino que es necesario un elemento de mayor gravedad, a saber, el fraude. En este sentido, el Derecho penal peruano solamente castiga el incumplimiento total o parcial del pago de los tributos cuando se hace utilizando algún medio fraudulento. A partir de esta particularidad de los delitos tributarios, puede decirse que en nuestra sociedad sólo un comportamiento fraudulento constituye una grave defraudación social de la configuración del sistema económico que requiere de la imposición de una pena para su reestabilización.

Cuestiones, p. 77; CATANIA, *Régimen Penal Tributario*, p. 41 y ss.; en nuestro país siguen esta tesis con algunas matizaciones ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 417; GARCÍA NAVARRO, *Actualidad Jurídica*, T. 147, febrero 2006, p. 94.

(20) Vid., así, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 422.

2. La constitución de los delitos tributarios como delitos de dominio o de infracción de un deber

Para poder ordenar los criterios de imputación en los delitos tributarios no basta con determinar el bien jurídico protegido, sino que resulta necesario precisar el contenido material de la expectativa de conducta penalmente protegida. Si el fundamento de dicha expectativa está en un deber positivo que recae sobre determinados ciudadanos (contribuyentes), entonces el delito se configurará como un delito de infracción de un deber especial, en el que el dominio del riesgo de perjuicio de los intereses económicos del Estado poco interesará a efectos de determinar la responsabilidad penal[21]. Para que el obligado institucional responda penalmente bastará con acreditar que se ha infringido el deber positivo específicamente establecido. Por el contrario, si el incumplimiento de la obligación tributaria se entiende simplemente como una afectación a la política recaudatoria del Estado en la medida que no se contribuye fraudulentamente con el gasto público, entonces la responsabilidad penal se configurará como un delito de dominio. En este caso, la imputación penal se sustentará en el dominio del riesgo que afecta de forma penalmente relevante los intereses económicos del Estado en la recaudación tributaria. En cuanto a la autoría y participación se producen diversas manifestaciones en cada forma de configuración del delito.

En anteriores oportunidades me he mostrado a favor de una interpretación institucional de los delitos tributarios[22]. Posiblemente este parecer estuvo motivado por el hecho de que tributos como el impuesto a la renta podrían encontrar su sustento en un deber especial de solidaridad institucionalmente configurado. No obstante,

---

[21] Sobre esta fundamentación institucionalista de los delitos tributarios, Vid., VAN WEEZEL, *Delitos tributarios*, p. 16 y s.

[22] Vid., así, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, I. p. 770. Como delito de infracción de un deber igualmente, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 421; REAÑO PESCHIERA, *Ius et Veritas* 26, p. 299; BACIGALUPO ZAPATER, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 303; GARCÍA NAVARRO, *Actualidad Jurídica*, T. 147, febrero 2006, p. 95.

luego de hacer un análisis más detenido, considero que dicha conclusión fue demasiada apresurada, pues, por un lado, no tiene en cuenta la globalidad de los tributos y, por el otro, no se centra en la conducta constitutiva del delito de defraudación tributaria. En cuanto a lo primero, está claro que la lógica institucional podría afirmarse respecto de algunos tributos como el impuesto a la renta, pero en el caso de las tasas o las contribuciones el contribuyente recibe a cambio una contraprestación o beneficio, de manera que el pago de dichos tributos podría ordenarse perfectamente en la lógica de la autoorganización del agente económico[23]. Desde esta misma perspectiva podrían explicarse incluso determinados impuestos que gravan ciertas operaciones económicas como el impuesto a las transacciones bancarias, pues su pago no se sustenta en un deber positivo de contribuir solidariamente a los fines sociales del Estado, sino en una forma de ordenar y controlar los movimientos o flujos de dinero (el proceso de bancarización, por ejemplo). Por todo ello, la fundamentación del deber de tributar no puede reducirse a consideraciones institucionales, sino que se encuentra determinado también por competencias por organización.

Pero con independencia del fundamento del deber de pagar los tributos, hay que determinar sobre todo cómo está configurada típicamente la conducta constitutiva del delito tributario para poder precisar si dicho delito se realiza por un dominio del riesgo o por una infracción de un deber específico. Si la defraudación tributaria castigase el simple incumplimiento del pago de los tributos adeudados[24], entonces el delito podría constituirse como un delito de infracción de un deber, por lo menos en el caso de los tributos que se sustenten en un deber específico de contribución, como los que recaen sobre el patrimonio del contribuyente

---

[23] En este sentido, por ejemplo, KUMMER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 18, n.m. 7, señala que en el Derecho tributario reina fundamentalmente la libertad de configuración.

[24] Como se entiende conforme a un desarrollo jurisprudencial del delito de defraudación tributaria en el Derecho penal español, Vid., al respecto, BACIGALUPO ZAPATER, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 299 y s.

(bienes, renta, etc.)[25]. Por el contrario, en el caso de los otros tributos la falta de pago se entendería como una organización prohibida del contribuyente, en la medida que la realización de determinadas operaciones o la obtención de determinadas prestaciones estatales debe contemplar la satisfacción de los intereses recaudatorios del Estado. La falta de pago se apreciaría a en este caso como consecuencia de un dominio del riesgo de afectación de la recaudación estatal.

El análisis de la configuración típica del delito de defraudación tributaria muestra, sin embargo, que no se trata del incumplimiento de pagar los tributos, sino de una conducta fraudulenta que lleva al incumplimiento del pago. En consecuencia, el delito se constituye como un delito de dominio[26], en donde no basta simplemente con la infracción del deber de pagar.los tributos, sino que resulta necesario atribuir al autor una organización fraudulenta para no realizar el pago. Bajo este orden de ideas, el delito de defraudación tributaria se configura como un delito de dominio, en el que se castiga al particular que habiendo realizado un hecho imponible se organiza de una manera fraudulenta para impedir que el Estado pueda hacer efectivo el cobro de los tributos correspondientes.

Pese al carácter general de la afirmación precedente, resulta necesario matizarla, pues los delitos tributarios no se agotan en la figura de la defraudación tributaria. Junto a la obligación de no organizarse fraudulentamente para dejar de pagar los tributos, pueden presentarse ciertos deberes especiales que conviene analizar brevemente para determinar si son derivaciones del deber general de no perjudicar patrimonialmente al fisco o si, por el contrario,

---

(25) En el Derecho penal alemán cabe destacar el parecer aislado de WULF, *Handeln und Unterlassen*, p. 212 y ss., quien propone interpretar el delito de defraudación tributaria como un delito de infracción de un deber a partir de deberes especiales jurídico-tributarios.

(26) De este parecer, en el Derecho penal español, CHOCLÁN MONTALVO, *Responsabilidad de auditores*, p. 173. Por su parte SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario*, p. 71, asume una posición intermedia, en el que suma al criterio de la organización la infracción de un deber institucional. En el Derecho penal chileno considera aplicable la lógica del dominio, VAN WEEZEL, *Delitos tributarios*, p. 17 y s.

son posiciones institucionales específicas que podrían dar pie a delitos de infracción de un deber. En primera línea, hay que analizar el delito tributario consistente en no entregar retenciones y percepciones que se encuentra previsto como modalidad específica de la defraudación tributaria. Si bien esta conducta es catalogada como una defraudación específica, tiene claramente una estructura típica independiente de la defraudación tributaria básica, pues no se sustenta en la falta de pago del obligado tributario, sino en el incumplimiento de un deber de entrega de tributos atribuido a los agentes de retención o percepción. En nuestra opinión, este deber específico de custodia y entrega impuesto por ley a los llamados agentes de retención o percepción no tiene una derivación en actividades de organización, sino en relaciones de carácter institucional, concretamente, en el cumplimiento del fin estatal de recaudación tributaria. En efecto, el Estado, por evidentes razones de necesidad, atribuye a ciertos particulares deberes de retención, percepción y entrega de los tributos, incorporándolos de esta manera dentro su organización para el cumplimiento de sus fines. Desde esta lógica, la conducta de no entregar los tributos realizada por los agentes de retención o percepción constituye la infracción de una competencia institucional, de manera tal que dicha conducta no da lugar a un delito de dominio, sino más bien a un delito de infracción de un deber.

En la misma línea parecería ir el delito tributario previsto en el artículo 5 de la ley penal tributaria, en el que se sanciona penalmente el incumplimiento de los deberes consistentes en generar la información contable necesaria para la administración tributaria. Estos deberes contables no se verían como deberes accesorios de la obligación principal de pagar los impuestos, sino que se trataría de una extensión de la labor de control del Estado sobre los particulares. En consecuencia, los deberes contables tributarios impuestos por ley serían derivaciones del fin estatal de recaudación tributaria para solventar el gasto público, para cuyo cumplimiento se recurriría, por razones de necesidad, a la ayuda de los particulares. Desde esta lógica el delito de incumplimiento de los deberes contables tributarios sería también un delito de infracción de un deber.

Pese a la relativa plausibilidad de la argumentación esbozada, los deberes contables tributarios encuentran una explicación preferente en las competencias por organización. Desde este punto de vista, los deberes contables tributarios constituyen deberes instrumentales que apuntan al cumplimiento del deber principal de pagar los tributos y, en este sentido, deben someterse a la misma lógica de la responsabilidad por organización. La generación de la información contable no sería más que el correlato a la libertad de organización económica, en la medida que el Estado permite una libre actuación económica siempre que se asuma, como contrapartida, la obligación específica de tener cierta información contable a disposición de la administración. La infracción de deberes contables tributarios dará lugar, por tanto, a un delito de dominio para cuya configuración bastará con la generación de un peligro abstracto respecto del pago de los tributos.

IV. LOS TIPOS PENALES

Cuando se promulgó el Código penal actual se regularon los delitos tributarios en el Título XI del Libro Segundo. Dentro de este título se incluyeron el delito de contrabando, la defraudación fiscal (tanto de rentas de aduanas, como la llamada defraudación tributaria) y la elaboración y comercio clandestino de productos. En la exposición de motivos del Código penal se señaló que los delitos tributarios constituían otra innovación que presentaba el nuevo texto punitivo. La incriminación de estas conductas se sustentó en que "constitucionalmente todos los ciudadanos tienen el deber de pagar los tributos que les corresponden y de soportar equitativamente las cargas establecidas por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos (artículo 77). Además, el pago de tributos así como su supresión o modificación y la concesión de exoneraciones y otros beneficios tributarios están regulados por la ley. Por ello, el Código Penal reprime a las personas que realicen conductas constitutivas del delito de contrabando, la defraudación de rentas de aduanas, la defraudación tributaria y la elaboración y comercio clandestino de productos".

Tras algunas modificaciones y derogaciones de algunos tipos penales agrupados bajo el título de delitos tributarios, en junio de 1995 se procedió a regular los llamados delitos aduaneros (contrabando y defraudación de rentas de aduanas) en una ley especial (ley 26461), derogándose los respectivos artículos del Código penal. En abril de 1996 se hizo lo mismo con la llamada defraudación tributaria mediante el Decreto Legislativo 813. Ambas regulaciones penales especiales han sufrido posteriormente diversas modificaciones, pero han mantenido la técnica legislativa de la ley penal especial. En el Código penal solamente ha quedado como delitos tributarios el capítulo referido a la elaboración y comercio clandestino de productos[27]. De esta manera, podría decirse que los delitos tributarios en general están regulados tanto en el Código penal como en dos regulaciones especiales (los delitos aduaneros y los delitos tributarios). No obstante, si bien todos estos delitos esparcidos en el Código penal y en leyes especiales responden a la potestad impositiva del Estado, resulta más ajustado a los fines expositivos dejar el análisis de los delitos aduaneros para un capítulo independiente.

1. Defraudación tributaria

La defraudación tributaria se encuentra actualmente regulada en el Decreto Legislativo 813, Ley penal tributaria. En la exposición de motivos de esta ley se resumen las razones por las que se optó por una regulación penal especial, en contra de la línea legislativa establecida por el Código penal[28]. En primer lugar, se sustentó la necesidad de una ley penal especial en la especialidad de los delitos tributarios en donde confluyen el Derecho tributario y el Derecho penal y donde resulta necesaria la intervención de las administra-

(27) Vid., críticamente, VEGA BILLÁN, *Actualidad Jurídica* 114, mayo 2003, p. 26.

(28) Críticamente, GARCÍA CANTIZANO, *Gaceta Jurídica*, T. 70-B, septiembre 1999, p. 65 y s.; GARCÍA NAVARRO, *Actualidad Jurídica*, T. 147, Febrero 2006, p. 91. A favor de una regulación de los delitos tributarios en el Código penal se muestran BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/FERRÉ OLIVÉ, *Todo sobre el fraude tributario*, p. 24. Como de poca importancia califican esta discusión, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Delitos tributarios y previsionales*, p. 18 y s.

ciones tributarias para la constitución del ilícito penal. En segundo lugar, se adujo razones de técnica legislativa, en la medida que podían incluirse en una sola ley cuestiones tanto sustantivas como procesales para una efectiva investigación y juzgamiento de los delitos tributarios. Adicionalmente se hizo mención a cuestiones de prevención, en la medida que una norma penal especial origina un mayor conocimiento y difusión de la materia que se legisla[29]. Por último, la reforma puso de manifiesto que la opción legislativa por una normativa penal especial no afectaba el sistema jurídico penal ni procesal penal, por cuanto los principios rectores de ambos ordenamientos resultaban igualmente aplicables, no alterándose con esta ley especial los aspectos garantistas del sistema penal.

En cuanto a los tipos penales, el Decreto Legislativo 813 regula, en primer lugar, el tipo básico del delito de defraudación tributaria (artículo 1). En el artículo 2 se establecen modalidades especiales del delito defraudación tributaria, las cuales, si seguimos lo señalado expresamente en la exposición de motivos, deberían mantener los elementos principales y constitutivos del tipo base. No obstante, una revisión de la redacción típica de las modalidades especiales de defraudación tributaria permite concluir que, posiblemente del mismo modo que sucede con las defraudaciones especiales en el delito de estafa, estos tipos especiales no necesariamente reúnen todos los elementos constitutivos del tipo base de defraudación tributaria. De estas particularidades nos ocuparemos más adelante. La ley penal tributaria establece además un tipo penal atenuado en función del monto defraudado (artículo 3), así como ciertos supuestos en los que se agrava la pena prevista en el tipo penal básico (artículo 4). En estos casos, sí resulta claro que se trata de tipos penales derivados que tienen como base los elementos constitutivos de la defraudación tributaria simple. Como tipo penal autónomo, se regula en el artículo 5 la llamada infracción de deberes contables tributarios. En lo que sigue vamos a entrar en el análisis de todas estas figuras recogidas en la ley penal tributaria.

---

[29] Por el contrario, en la doctrina penal se considera que las leyes penales especiales producen más bien una reducción de la prevención. Vid., así, Tiedemann, *Einführung*, p. 38; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, p. 412 y s.

A. El tipo penal básico de defraudación tributaria

El artículo 1 de la ley penal tributaria castiga como figura básica de defraudación tributaria al que, en provecho propio o de 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. Tal como ya lo indicamos, se trata de un delito de dominio que parte del hecho de que una persona se encuentra obligada al pago de un tributo y se organiza de una forma tal que frustra fraudulentamente el pago íntegro del tributo. Desde esta lógica hay que precisar los elementos constitutivos del delito de defraudación tributaria.

a) Sujetos

Si bien la redacción del tipo penal de defraudación tributaria no parece limitar el círculo de posibles autores, el verbo típico de "dejar de pagar los tributos" supone necesariamente una obligación de pago de los mismos. En este sentido, el delito de defraudación tributaria no podría ser cometido por quien no se encuentra obligado a pagar los tributos a la administración tributaria[30]. El principal obligado a pagar los tributos es quien realiza el hecho imponible, es decir, el contribuyente (artículo 8 del Código tributario). No obstante, la ley puede obligar a otros a realizar el pago, como sucede con los llamados responsables, a quienes se les obliga a cumplir con el pago de los tributos a pesar de no ser los contribuyentes (artículo 9 del Código tributario)[31]. En suma, el delito de defraudación tributaria es un delito especial[32], en la medida que para

---

(30) Vid., PEÑA CABRERA, *Tratado*, T. IV, p. 284; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 477; REAÑO PESCHIERA, *Ius et Veritas* 26, p. 300 y ss.; GARCÍA NAVARRO, *Actualidad Jurídica*, T. 147, febrero 2006, p. 95.

(31) Vid., REAÑO PESCHIERA, *Ius et Veritas* 26, p. 301.

(32) Vid., así, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 421. Igualmente en el Derecho penal español, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Delitos tributarios y previsionales*, p. 85; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario*, p. 53 y s. De otro parecer, en el Derecho español, RANCAÑO MARTÍN, *El delito de defraudación tributaria*, p. 48 y s.; MERINO JARA/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *El delito fiscal*, p. 38 y ss.

poder ser autor se requiere estar obligado a pagar los tributos como contribuyente o responsable.

Dentro de los responsables tributarios resulta importante destacar la figura de los agentes de percepción o retención, quienes en razón de su actividad, función o posición contractual están en posibilidad de retener o percibir tributos y entregarlos al acreedor tributario. La actuación irregular de estos sujetos, sin embargo, se encuentra específicamente tipificada como una modalidad especial de defraudación tributaria, por lo que su actuación podría quedar al margen del tipo penal común[33]. No obstante, un análisis más detenido demuestra que esta conclusión resulta incorrecta, pues los agentes de percepción o retención podrán realizar el tipo penal básico cuando mediante declaraciones falsas dirigidas a la administración tributaria anulan o reducen los tributos que habrían tenido que percibir o retener. La defraudación especial solamente se produce cuando estos agentes no entregan al acreedor tributario los tributos retenidos o percibidos.

En la actualidad es usual que los contribuyentes encarguen sus asuntos tributarios a determinadas personas, siendo esto incluso inevitable en el caso de contribuyentes que carecen de capacidad de actuar por sí mismos. La cuestión que se plantea en estos casos es si la realización de la conducta típica por parte de los representantes o administradores puede imputárseles como autores. En el caso de las personas naturales, el artículo 16 del Código tributario atribuye la calidad de responsables tributarios a los padres, tutores y curadores de los incapaces, mientras que respecto de las personas que gozan de capacidad de ejercicio, la regulación tributaria reconoce la posibilidad de constituir también como responsables tributarios a los mandatarios, administradores y gestores de negocios. Desde este tenor de la normativa tributaria, puede concluirse que la actuación en lugar de una persona natural se encontrará cubierta por el propio tipo penal tributario, en la medida que sobre los mandatarios, administradores y gestores recae también la calidad de obligados

(33) Considera que el tipo penal básico no abarca a los agentes de retención o percepción, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 429.

tributarios. Especialmente resulta importante tener en cuenta aquí al asesor fiscal que asume la gestión y el pago de los tributos del contribuyente[34].

Respecto de las personas jurídicas parecería ser que, en principio, habría que acudir a la cláusula del actuar en lugar de otro para poder sancionar a los representantes que realizan el tipo penal de defraudación tributaria, con las limitaciones que este dispositivo penal general contiene[35]. No obstante, un análisis más detenido lleva a la conclusión de que no hay que recurrir a este mecanismo de imputación penal, pues la calidad de obligado tributario puede atribuirse directamente a los representantes de las personas jurídicas sin recurrir a la cláusula penal del actuar en lugar de otro. En efecto, el inciso 2 del artículo 16 del Código tributario señala que los representantes legales y los designados por las personas jurídicas están obligados a pagar los tributos y cumplir las obligaciones formales, en calidad de responsables, con los recursos que administren o que dispongan. De esta manera, los representantes legales y voluntarios de la persona jurídica se constituyen directamente como obligados tributarios, reuniendo así la calidad especial exigida para poder ser autor del delito.

En el caso de sociedades irregulares, tampoco habrá problema para incluir a sus representantes o administradores como sujetos activos del delito de defraudación tributaria. A las sociedades que se han transformado sin observar las disposiciones de la ley de sociedades o que continúan en actividad no obstante haber incurrido en causal de disolución prevista en la ley, el pacto social o el estatuto, se le sigue reconociendo personería jurídica, de manera que sus representantes legales o designados seguirán siendo responsables por el pago de los tributos. Si se trata, por el contrario, de una mera asociación de hecho, normalmente las normas tributarias atribuyen

---

(34) Vid., CHOCLÁN MONTALVO, *Responsabilidad de auditores*, p. 176 y s., que utiliza las cláusula del actuar en lugar de otro española que admite una actuación en lugar de otro entre persona naturales.

(35) Así, PEÑA CABRERA, *Tratado*, T. IV, p. 285; REAÑO PESCHIERA, *Ius et Veritas* 26, p. 302 y ss.; GARCÍA NAVARRO, *Actualidad Jurídica*, T. 147, febrero 2006, p. 95.

directamente la renta y, por tanto, la calidad de contribuyente a las personas que la integran (p.e. el artículo 14 de la ley del impuesto a la renta). En todo caso, el artículo 16 del Código tributario establece la regla general de que serán responsables tributarios como representantes los administradores o quiénes tengan la disponibilidad de los bienes de los entes colectivos que carecen de personería jurídica, mientras que el artículo 18 hace responsables solidarios a los sujetos miembros o los que fueron miembros de los entes colectivos sin personalidad jurídica por la deuda tributaria que dichos entes generen y que no hubiera sido cancelada dentro del plazo previsto por la norma legal correspondiente, o que se encuentre pendiente cuando dichos entes dejen de ser tales.

Como supuesto problemático hay que mencionar finalmente los casos en los que una persona natural utiliza a una persona jurídica con la única finalidad de hacerla aparecer formalmente como la deudora tributaria, ocultando de esta manera su identidad de obligado tributario. Se trata del uso abusivo de una persona jurídica que realmente no existe, siendo la prueba más clara de su falta de realidad el hecho de que no hay dos patrimonios diferenciados, sino uno solo. Frente a este supuesto se ha propuesto recurrir a la figura del levantamiento del velo de la persona jurídica[36], lo que significaría dejar de lado la persona jurídica formal y determinar materialmente a las personas que se encuentran detrás como deudores tributarios. La principal objeción al uso de esta técnica judicial en el ámbito penal radica en el límite legal que impone la delimitación del círculo de autores del delito de defraudación tributaria a los obligados tributarios, pues quien aparece como deudora tributaria es la persona jurídica y no quienes se encuentran detrás[37]. Esta objeción, sin embargo, sería decisiva si la interpretación penal estuviese accesoriamente vinculada a las categorías formales procedentes del Derecho tributario, lo cual evidentemente no compartimos. El intérprete penal debe proceder a realizar su labor hermenéutica desde

(36) Vid., Merino Jara/Serrano González de Murillo, *El delito fiscal*, p. 81 y ss.

(37) Destacan esta dificultad, Merino Jara/Serrano González de Murillo, *El delito fiscal*, p. 82 y s.

una perspectiva propiamente penal, lo que significa que puede dejar de lado al deudor tributario formal e imputar dicha calidad a quien realmente debe aparecer como tal. Bajo estas premisas, resulta perfectamente posible atribuir la calidad de autores del delito de defraudación tributarias a las personas que abusando de una persona jurídica ficticia procuran dejar de pagar total o parcialmente los tributos que establecen las leyes[38].

b) Conducta típica

aa) Generalidades

Conforme a nuestro Derecho positivo, el delito de defraudación tributaria tiene lugar cuando el obligado tributario deja de pagar en todo o en parte los tributos mediante el uso de engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta. De una primera lectura del tenor literal del tipo penal se puede concluir que el simple incumplimiento del pago de los tributos no configura delito de defraudación tributaria[39], pues resulta necesario que la falta de pago del tributo sea consecuencia de algún medio fraudulento empleado por el autor. Tampoco el incumplimiento de pago de los tributos por medios distintos al fraude, como la amenaza o la violencia, puede subsumirse en el tipo penal de defraudación tributaria[40], sino que en estos casos habrá que recurrir a los tipos penales de resistencia violenta a la autoridad o, en todo caso, de coacciones. La falta de pago del tributo debe ser necesariamente consecuencia de la conducta fraudulenta del autor.

El carácter fraudulento que exige el tipo penal respecto de la conducta del autor pone de manifiesto que no se trata de una conducta jurídicamente permitida. Tal como lo asume mayoritariamente la doctrina penal, la imputación objetiva del comportamiento

---

(38) Del mismo parecer, MERINO JARA/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *El delito fiscal*, p. 88.

(39) Igualmente, KUMMER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 18, n.m. 32.

(40) Vid., HOFF, *Das Handlungsunrecht*, p. 82.

requiere que la conducta del autor haya creado un riesgo penalmente prohibido. La exigencia de un engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta en la realización de la conducta típica permite suponer que se trata de un comportamiento prohibido. No obstante, los institutos específicos de la imputación objetiva del comportamiento como la prohibición de regreso, el principio de confianza o la competencia de la víctima pueden encontrar perfecta aplicación en la conducta de defraudación tributaria, de manera que podría discutirse objetivamente si una conducta engañosa del autor ha creado realmente un riesgo penalmente prohibido. Así, por ejemplo, el principio de confianza podría tener relevancia en el caso de informaciones defectuosas de contadores o asesores financieros correctamente seleccionados, mientras que podría hablarse de una competencia de la víctima en caso de inexactitudes que la administración tributaria estaba en capacidad de poder corregir por sí misma[41].

El tipo penal de defraudación tributaria contempla como modalidades de la conducta dirigida a dejar de pagar los tributos el engaño, la astucia, el ardid u otra forma fraudulenta. Con esta redacción abierta se busca abarcar cualquier mecanismo fraudulento con el que se deje de pagar, en todo o en parte, los tributos establecidos por la ley. En primera línea se encuentran las declaraciones falsas del obligado tributario sobre hechos tributariamente relevantes. La falsedad no sólo puede afirmarse respecto de afirmaciones incorrectas, sino también respecto de afirmaciones incompletas[42]. Es evidente que para determinar qué hechos son tributariamente relevantes resulta necesario tener como referencia la normativa que regula el tributo[43], por lo que el engaño no solamente puede presentarse respecto de hechos falsos, sino también respecto de valoraciones jurídicas insostenibles con las que se pretende mantener en error a la administración tributaria sobre aspectos tributariamente

---

(41) Vid., igualmente, von der Heide, *Tatbestands- und Vorsatzprobleme*, p. 168 y s. Críticamente, Hoff, *Das Handlungsunrecht*, p. 90.

(42) Así, en el Derecho penal alemán, von der Heide, *Tatbestands- und Vorsatzprobleme*, p. 66 y ss.; Kohlmann, *Steuerstrafrecht*, Kommentar, § 370, n.m. 247.

(43) Vid., en este sentido, von der Heide, *Tatbestands- und Vorsatzprobleme*, p. 65 y s.

relevantes[44]. Pero además de las comunicaciones o declaraciones falsas, la redacción abierta de la defraudación tributaria permite atribuir relevancia típica a otros mecanismos fraudulentos como sería el caso de las llamadas acciones o negocios aparentes[45]. Con base en estos negocios fraudulentos, como la creación ficticia de personas jurídicas o la celebración simulada de contratos, el obligado tributario pretende engañar a la administración tributaria para dejar de pagar o pagar menos impuestos o tributos.

Si se aprecia la enunciación de los mecanismos fraudulentos previstos en el delito de defraudación tributaria, se podrá constatar que se reproducen en este ámbito las modalidades de comisión de la estafa. Esta constatación, sin embargo, no debe llevarnos a la conclusión apresurada de que toda la dogmática del engaño en la estafa debe reeditarse en la defraudación tributaria[46]. 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). Como puede verse, el tipo penal de defraudación tributaria no exige que el funcionario tributario entre en una situación de error respecto de los tributos a pagar[47]. Si bien es

---

(44) Así, la jurisprudencia alemana, KUMMER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 18, n.m. 18. Vid., críticamente, KOHLMANN, *Steuerstrafrecht*, Kommentar, § 370, n.m. 236.

(45) Vid., así, en favor de la punibilidad de los negocios aparentes con base en el tipo penal de defraudación tributaria, REAÑO PESCHIERA, *Ius et Veritas* 26, p. 308; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Delitos tributarios y previsionales*, p. 66.

(46) Así, PEÑA CABRERA, *Tratado*, T. IV, p. 287 y s.; GARCÍA NAVARRO, *Actualidad Jurídica*, T. 147, febrero 2006, p. 96; CATANIA, *Régimen Penal Tributario*, p. 53, respecto de la regulación argentina. De otra opinión, GARCÍA RADA, *El delito tributario*, p. 179; HOFF, *Das Handlungsunrecht*, p. 131 y ss., en relación al tipo penal alemán de defraudación tributaria. En esta última línea, KUMMER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 18, n. m. 11, considera la defraudación tributaria como una forma especial de estafa.

(47) Vid., así, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 424; GARCÍA NAVARRO, *Actualidad Jurídica*, T. 147, febrero 2006, p. 96. Por contra, WULF, *Handeln und Unterlassen*, p. 153 y s.; VON DER HEIDE, *Tatbestands- und Vor-*

lo usual que esta situación de error se produzca, el delito de defraudación tributaria podría también tener lugar sin el engaño al funcionario competente, por ejemplo, cuando existe una connivencia entre el obligado tributario y el funcionario competente para dejar de pagar los tributos mediante algún mecanismo fraudulento[48].

Por lo general, la actuación fraudulenta del autor se materializa durante el procedimiento de determinación del tributo, en donde se verifica la realización del hecho imponible, se identifica al deudor tributario y se establece la base imponible y la cuantía del tributo. La alteración u ocultación de algunos de estos datos debe llevar a que no se pague los tributos correspondientes o se haga el pago en cantidad inferior a la debida. A efectos de determinar la conducta fraudulenta del autor, no interesa que el tributo sea autoliquidable o lo determine la propia administración tributaria, pues en ambos casos los obligados tributarios tienen la posibilidad de falsear la información sobre la que se hace la determinación de los tributos. En todo caso, el hecho de que el fraude se lleve a cabo usualmente en el procedimiento de determinación del tributo, no excluye la posibilidad de que éste tenga lugar en otro momento, como en el procedimiento de fiscalización, de recaudación o incluso en la ejecución coactiva[49].

Un aspecto muy importante respecto de la determinación de la conducta típica es la cuestión de si la defraudación tributaria puede realizarse por omisión. Si se hace una lectura descriptiva del tipo

---

satzprobleme, p. 142, consideran que el desconocimiento del funcionario es un elemento típico no escrito.

[48] Vid., así, Wamers, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 20, n.m. 117; Kohlmann, *Steuerstrafrecht*, Kommentar, § 370, n.m. 265. De una opinión distinta, Hoff, *Das Handlungsunrecht*, p. 74 y ss.

[49] Vid., en este sentido, Joecks, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 226 y ss.; von der Heide, *Tatbestands- und Vorsatzprobleme*, p. 131 y s.; Hoff, *Das Handlungsunrecht*, p. 124 y ss. Así, además, se ha pronunciado la Corte Superior de Lima al castigar por delito de defraudación tributaria el pago hecho con un cheque desprovisto de fondos en el Exp. N° 626-92 de 27 de junio de 1994 (cit. en *Gaceta Jurídica*, T. 76-B, marzo 2000, p. 156 y ss.).

penal de defraudación tributaria, la conducta típica se limitaría a una conducta activa. Esta limitación, sin embargo, no impediría el castigo de las conductas omisivas que equivalen normativamente a un hacer[50], pues el artículo 13 del Código penal permite equiparar determinadas omisiones a la realización activa del delito[51]. Para esta equiparación normativa, la omisión debe cumplir con dos requisitos: que el omitente tenga el deber jurídico de impedir el delito (posición de garantía) y que la omisión se corresponda a la realización del tipo penal mediante un hacer (cláusula de correspondencia). Por el contrario, en una lectura adscriptiva del tipo penal de defraudación tributaria no sería necesario hacer todo el rodeo argumental descrito, pues las omisiones pueden dar pie también a una imputación penal, siendo sólo indispensable precisar en qué casos el resultado típico se le puede imputar a un omitente. En cualquier caso, por una vía o por otra, el tipo penal de defraudación tributaria puede realizarse también mediante una omisión, por lo que habría que concretar solamente cómo se manifiesta dicha omisión en el delito de defraudación tributaria.

La omisión en el delito de defraudación tributaria puede presentarse de dos formas. Por una parte, la omisión puede tener lugar como infracción de un deber de aseguramiento, en la medida que no se impide que determinadas fuentes de información administradas por el obligado tributario lleven a una situación de error a la administración tributaria respecto de los tributos adeudados. Por ejemplo: El contribuyente conoce que como consecuencia de la información incorrecta que su contador suministra a la administración tributaria va a pagar menos impuestos y omite corregir dicha información. Por otra parte, la omisión puede consistir en la infracción de un deber de salvamento, en la medida que el obligado

(50) Vid., así, PEÑA CABRERA, *Tratado*, T. IV, p. 288 y ss.; GARCÍA NAVARRO, *Actualidad Jurídica*, T. 147, febrero 2006, p. 97.

(51) Esta equiparación resulta innecesaria en el Derecho penal alemán y español que contemplan expresamente en el tipo penal de defraudación tributaria la realización por omisión. Vid., así, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Delitos tributarios y previsionales*, p. 60.

tributario no saca del error en el que se encuentra la administración tributaria por mantenerse en cierta información suministrada anteriormente (ingerencia). Por ejemplo: Hechos posteriores modificaron una situación patrimonial anteriormente declarada ante la administración tributaria y el contribuyente omite rectificar la información anterior, viéndose beneficiado con el pago de menos impuestos[52]. La infracción de este deber de rectificación no es, sin embargo, penalmente relevante, si la correcta información la posee algún funcionario de la administración tributaria vinculado con el funcionario competente de la determinación tributaria, pues los defectos de los canales de información al interior de la administración tributaria no son imputables a los obligados tributarios[53].

bb) La punibilidad de las conductas de fraude a la ley

Como ya lo vimos, el tipo penal de defraudación tributaria contiene una cláusula general que permite abarcar las diversas formas fraudulentas con las que el autor del delito deja de pagar los tributos que establecen las leyes. La cuestión que se plantea a propósito del alcance de esta cláusula general es si con ella puede también sancionarse penalmente los casos de falta de pago de impuesto mediante una conducta de fraude a la ley tributaria, es decir, los casos en los que se deja de pagar los tributos mediante una conducta que evade artificialmente realizar el supuesto de hecho de la norma tributaria.

En atención al principio de legalidad, las conductas de fraude a la ley penal no pueden castigarse sin una cláusula de incriminación que permita determinar siquiera relativamente las conductas de fraude a la ley. La especificación requerida puede realizarse de dos formas: mediante una determinación de las conductas de fraude a la

---

(52) Sobre la omisión de rectificación de declaraciones, Vid., Joecks, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 179 y ss.; Kummer, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 18, n.m. 27.

(53) Similarmente, Joecks, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 159.

ley en la propia ley penal o mediante una remisión a normas extrapenales que especifiquen tales conductas[54]. En el caso concreto del delito de defraudación tributaria, parece que la simple mención a cualquier "otra forma fraudulenta" no resulta suficiente, desde el punto de vista del mandato de certeza o determinación, para fundamentar el castigo de las conductas de fraude a la ley penal tributaria[55]. Por esta razón, consideramos que la única forma para poder sancionar válidamente conductas de fraude a la ley penal tributaria, sería especificando en la normativa tributaria los casos de actuación en fraude a la ley tributaria, de manera que pueda dotarse de un contenido mínimo a la cláusula general de "otra forma fraudulenta".

La normativa tributaria se ocupa de las conductas de fraude a la ley tributaria como un tema de interpretación de la ley tributaria. En el segundo párrafo de la norma VIII del Título Preliminar del Código tributario se dispone que, para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la Sunat tomará en cuenta los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios. Como puede verse, se sigue de alguna forma la comprensión jurídico-civil del fraude a la ley y, por tanto, se le considera un tema de interpretación de la ley[56], por lo que la norma de prohibición de las conductas de fraude a la ley tendría un carácter eminentemente declarativo. Esta comprensión del problema presenta, sin embargo, cierta incompatibilidad con la interpretación de la ley penal, en donde se requiere una determinación suficiente de la conducta prohibida y se excluye el uso de la analogía para calificar una conducta como delictiva. Desde estas consideraciones, hay que señalar que una cláusula general de fraude a la ley tributaria como la prevista en la norma VIII del Título Preliminar del Código tributario resulta insuficiente para fundamentar

---

(54) Vid., en este sentido, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 92; POHL, *Steuerhinterziehung*, p. 120 y ss., con apreciaciones críticas.

(55) Igualmente en cuanto a la solución REAÑO PESCHIERA, *Ius et Veritas* 26, p. 308.

(56) Vid., así, la referencia a la forma de abordar el tema del fraude a la ley en el Derecho civil, POHL, *Steuerhinterziehung*, p. 15 y ss.

la imposición de una sanción penal[57], pues sin una especificación de las conductas de fraude a la ley no sería posible la imposición de una sanción penal con un respeto mínimo al principio de legalidad penal.

c) El objeto del delito: Ley penal en blanco

Conforme al tenor del tipo penal, el objeto del delito de defraudación tributaria debe ser establecido por leyes de carácter extrapenal. En efecto, al señalar que en la defraudación tributaria se dejan de pagar "los tributos que establecen las leyes", se está recurriendo a las leyes tributarias que regulan los tributos para precisar la conducta penalmente prohibida. Esta referencia a la normativa tributaria plantea la cuestión general de si el tipo penal de defraudación tributaria está configurado como una ley penal en blanco o no. Sobre esta cuestión existe una discusión extendida en la doctrina especializada en el Derecho penal alemán. Para algunos autores se trata de un tipo penal autónomo con ciertos elementos normativos, por lo que no puede hablarse, en sentido estricto, de una la ley penal en blanco[58]. La ley penal (defraudación tributaria) sólo se remitiría al Derecho tributario para determinar el origen y monto de la deuda tributaria. A este sector de la doctrina se le opone la opinión mayoritaria, la cual califica al delito de defraudación tributaria propiamente como una ley penal en blanco[59]. La determinación de la conducta penalmente sancionada requiere una remisión a otras normas

---

[57] Así, respecto a la regulación alemana, Schulze-Osterloh, en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.), p. 63; Pohl, *Steuerhinterziehung*, p. 404 y ss.

[58] En este sentido, Schleeh, BB, 1971, p. 817; Rüping, *NStZ* 1984, p. 451; Fissenewert, *Der Irrtum*, p. 222 y s.; Gribbohm, *LK* § 2, n.m. 37; von der Heide, *Tatbestands- und Vorsatzprobleme*, p. 199 y ss.

[59] Vid., en el Derecho penal alemán, Hartung, *Steuerstrafrecht*, Kommentar, p. 48; Kohlmann, *Steuerstrafrecht*, Kommentar, § 370, n.m. 53; Terstegen, *Steuerstrafrecht*, p. 20; Warda, *Abgrenzung*, p. 48; Franzheim, *NStZ* 1982, p. 137; Isensee, *NJW* 1985, p. 1007; Schäfer, *wistra* 1983, p. 170; Kuinert, *NStZ* 1982, p. 278; Kummer, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 18, n.m. 11. En el Derecho penal español, Bacigalupo Zapater, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 303.

extrapenales, lo que convierte el tipo penal de defraudación tributaria en una ley penal en blanco.

Pese a la utilidad de los argumentos esgrimidos en la discusión alemana, la respuesta a la pregunta de si el delito de defraudación tributaria es una ley penal en blanco o no debe atender al tenor del artículo 1 de la ley de delitos tributarios. Y no cabe duda que en la tipificación de la conducta se castiga a quien deja de pagar mediante una conducta fraudulenta los tributos que establecen las leyes, lo que significa que la determinación de los tributos debe hacerse recurriendo a las normas tributarias. Como puede verse, la técnica de tipificación utilizada por el legislador nacional es la ley penal en blanco[60], de manera tal que habrá que observar en la interpretación del delito de defraudación tributaria los criterios de ordenación de las leyes penales en blanco.

El delito de defraudación tributaria se configura como una ley penal en blanco impropia, en tanto recurre a una norma de igual jerarquía (una ley tributaria) para determinar la conducta típica. Para un sector de la doctrina, esta remisión del tipo penal tiene como consecuencia que, a efectos de determinar la conducta penalmente prohibida, las exigencias del principio de legalidad penal alcancen también a la ley que establece el tributo. Por lo tanto, si no existe una clara determinación en la ley del tributo a pagar, podrá cuestionarse la compatibilidad de la prohibición penal de defraudación del tributo con el principio de legalidad, aun cuando el principio de legalidad en materia tributaria no sea tan estricto[61]. Desde esta perspectiva, si la ley tributaria no establece con claridad el tributo que se debe pagar, se infringirá el mandato de certeza, mientras que si esta determinación se hace mediante leyes de inferior jerarquía o reglamentos, se afectará la reserva de ley. En la medida que la ley tributaria

(60) Así, GARCÍA CANTIZANO, *Gaceta Jurídica*, T. 70-B, septiembre 1999, p. 66; GARCÍA NAVARRO, *Actualidad Jurídica*, T. 147, febrero 2006, p. 94. Por el contrario, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 426, considera que se trata de un tipo penal con elementos normativos que se remiten interpretativamente al Derecho tributario.

(61) Igualmente, SCHULZE-OSTERLOH, en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.) p. 56 y s.; FISSENEWERT, *Der Irrtum*, p. 102 y s.

define la conducta prohibida (los tributos a pagar), el principio de legalidad penal le resultará también aplicable en la interpretación penal[62].

Por nuestra parte, 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 artículo 1 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. Si la ausencia de coherencia o de determinación de la normativa tributaria puede llevar a una situación de confusión al obligado tributario, esto no tendría que afectar la determinación de la ley penal, sino en todo caso la imputación subjetiva del delito de defraudación tributaria. El mandato de certeza o determinación penal sólo debe alcanzar a la ley extrapenal de igual jerarquía cuando algún elemento constitutivo de la conducta prohibida se encuentra establecido en la normativa extrapenal, lo cual no es el caso en el delito de defraudación tributaria.

La remisión a la regulación tributaria extrapenal para concretar la conducta prohibida tiene lugar para definir los tributos. Esta remisión legal establece un primer límite: la defraudación debe recaer sobre tributos. Conforme a la normativa tributaria, el término genérico de tributo comprende los impuestos, las contribuciones y las tasas[63]. Los primeros son definidos como el tributo cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa en favor

---

(62) Vid., Schulze-Osterloh, en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.) p. 64.

(63) Vid., Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 428 y s.; García Navarro, *Actualidad Jurídica*, T. 147, febrero 2006, p. 95. En referencia al Derecho español, igualmente, Bajo Fernández/Bacigalupo, *Delitos tributarios y previsionales*, p. 73; Berdugo Gómez de la Torre/Ferré Olivé, *Todo sobre el fraude tributario*, p. 68. En referencia al Derecho penal argentino igualmente, Chiara Díaz, en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), p. 353.

del contribuyente por parte del Estado. Los segundos son aquellos tributos cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales. Las tasas, por su parte, se definen como los tributos cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado al contribuyente. En la regulación tributaria se pone de manifiesto que no es tasa el pago que se recibe por un servicio de origen contractual. Las tasas pueden asumir la forma de arbitrios (tasas que se pagan por la prestación o mantenimiento de un servicio público), derechos (tasas que se pagan por la prestación de un servicio administrativo público o el uso o aprovechamiento de bienes públicos) o licencias (tasas que gravan la obtención de autorizaciones específicas para la realización de actividades de provecho particular sujetas a control o fiscalización). En todo caso, debe quedar claro que el objeto del delito tributario está limitado al concepto de tributo, por lo que la falta de pago de otros conceptos de la deuda tributaria como multas o intereses no podrá dar lugar a un delito de defraudación tributaria.

La remisión de la ley penal a la normativa tributaria para precisar los tributos defraudados es también importante para decidir la cuestión de si cabe la defraudación tributaria sobre mercancías o rentas de procedencia ilícita o inmoral. En la actualidad este debate incide especialmente en la llamada criminalidad organizada, en donde la defraudación tributaria respecto de los beneficios ilícitos de la organización podría ser un efectivo instrumento de lucha contra este tipo de criminalidad. La respuesta a esta cuestión no es nada fácil[64]. Si se admite la posibilidad de considerar un hecho imponible la obtención de bienes o rentas por medio de delitos, se estará generando en muchos casos un deber de declarar esos ingresos con indicación de su fuente, lo que sería claramente inconstitucional por afectar la garantía de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo. Por otra parte, se podría desbordar la normativa tributaria

(64) Vid., los argumentos a favor y en contra de esta propuesta de interpretación, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Delitos tributarios y previsionales*, p. 73 y ss.; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Derecho penal económico*, p. 239 y ss.

que sirve de referencia para precisar el objeto del delito, pues los tributos defraudados deben estar establecidos por las leyes tributarias. Bajo estas circunstancias, lo que habría que determinar es si la normativa de cada tributo específico engloba actividades ilícitas como posible hecho imponible. Pero con independencia de la posición que se asuma sobre esta cuestión, resulta conveniente que en delitos que se sustentan en desbalances patrimoniales, como el enriquecimiento ilícito de funcionarios, se abra investigación penal también por el delito de defraudación tributaria, pues si no se llega a demostrar que el incremento patrimonial no justificado tiene una procedencia ilícita, la regla del *in dubio pro reo* debería llevar al castigo, dado el caso, por delito de defraudación tributaria[65].

El carácter de ley penal en blanco de la defraudación tributaria origina cierto debate interpretativo respecto de la aplicación temporal de la ley penal, en la medida que se discute si pueden aplicarse retroactivamente las leyes tributarias posteriores para definir el delito cuando resultan más favorables al reo. La opinión de la doctrina mayoritaria es afirmativa, en el sentido de que puede recurrirse a la ley extrapenal posterior más favorable[66]. No obstante, esta afirmación no es general, sino que requiere diferenciar los supuestos[67]. Siguiendo a Jakobs, podría decirse que, para determinar si procede la aplicación de la ley complementaria más favorable, es necesario diferenciar si se trata de una ley penal en blanco que asegura la obediencia

---

(65) Vid., Jaén Vallejo, *Cuestiones actuales*, p. 110.

(66) Así en nuestro ámbito nacional, el parecer de Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 428; Villavicencio Terreros, *Derecho penal*, PG, § 24, n.m. 355. Igualmente en otros ordenamientos jurídicos, Joecks, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 369, n.m. 26; Bacigalupo Zapater, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 305 y s.

(67) Frente al parecer diferenciador, se presenta la interpretación de Tiedemann, para quien una modificación de las leyes complementarias que no se agote en meras cuestiones técnicas lleva necesariamente a una modificación de la ley penal en blanco [Tiedemann, Voz: Blankettgesetz, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 4. Mantienen una posición similar a la de Tiedemann, Hassemer, *NK* § 2, n.m. 37 y ss.; Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 493].

de la norma complementaria o si asegura más bien el efecto de la regulación que persigue la norma complementaria[68]. En el primer supuesto, la conducta delictiva se configuraría con la desobediencia de la ley complementaria, por lo que si se deroga la ley complementaria tendría que considerarse lo más favorable al reo y proceder a declarar impune la conducta conforme a la nueva regulación complementaria. En el segundo supuesto de leyes penales en blanco, se encuentran aquellos casos en los que la ley penal asegura un efecto de la regulación extrapenal. Si bien la norma complementaria, sobre cuyos efectos se configura la ley penal en blanco, deja de estar vigente, esto no afectará la responsabilidad penal del autor en el sentido de una derogación de la regulación extrapenal complementaria[69]. Un ejemplo de esta ley penal en blanco es precisamente el delito de defraudación tributaria, en tanto la punición se rige por la deuda tributaria tal como existe o se origina en el momento del hecho[70]. En estos casos, la modificación de las leyes tributarias complementarias no significa propiamente una modificación de la ley penal en blanco que lleve consigo la impunidad del autor por el delito cometido sobre los efectos de la anterior regulación tributaria[71]. Sólo si la pretensión tributaria del Estado deja de tener fundamento en la

---

(68) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 70 y ss. Sigue este criterio, RUDOLPHI, *SK* § 2, n.m. 8a y 8b, señalando que en el fondo las normas jurídicas que complementan leyes penales se diferencian de aquéllas que se refieren a elementos normativos del tipo penal. Considera que el criterio de Jakobs es similar al basado en la continuidad del injusto, ESER, en Schönke/Schröreder *StGB*, § 2, n.m. 26. Críticamente ante este criterio diferenciador, HASSEMER, *NK* § 2, n.m. 36, por considerarlo demasiado vago e innecesariamente complicado y que finalmente en los casos concretos resulta difícil de separar.

(69) Con mayores ejemplos, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 72; RUDOLPHI, *SK* § 2, n.m. 8c. En el mismo sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad*, p. 90 y s., negando la existencia propiamente de una sucesión de leyes.

(70) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 72; RUDOLPHI, *SK* § 2, n.m. 8c.

(71) En el mismo sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad*, p. 114 y s.

nueva regulación, podría aplicarse lo más favorable al reo y declarar la impunidad de su conducta[72].

La discusión sobre la aplicación de la ley complementaria posterior más favorable en los delitos tributarios adquiere, sin embargo, contornos distintos si la ley penal tributaria se considera una ley penal temporal, pues en estos casos se aplicaría, como regla general, la ley vigente al momento del hecho, aunque al momento de la sentencia ésta ya no se encuentre vigente. Conforme al artículo 8 del Código penal, las leyes temporales son aquéllas en las que el legislador ha planteado un determinado tiempo para su vigencia y que se aplican a los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ya no estuvieran en vigor al momento de la sentencia[73]. La cuestión que se suscita respecto de las leyes penales en blanco es si puede considerárseles una ley temporal en caso su tiempo de vigencia esté sujeto a un plazo fijado expresamente para sus normas complementarias. En nuestra opinión, no hay ningún inconveniente para, dado el caso, considerarlas también leyes temporales con todos los efectos

---

[72] TIEDEMANN afirma, por el contrario, que no debe interesar si la pretensión tributaria surgida con la legislación tributaria anterior se mantiene también en la nueva regulación tributaria. Este autor fundamenta su posición con base en una separación de la regulación jurídica tributaria frente a la penal, en el sentido de que no interesa si tributariamente el Estado mantiene o no la pretensión de cobro de la deuda tributaria, sino solamente el hecho de que con base en la nueva regulación tributaria complementaria de la ley penal en blanco el hecho realizado ya no constituye una conducta punible. Si la acción delictiva lesionó un interés penalmente protegido y éste sigue estando lesionado porque se mantiene la pretensión de cobro del Estado, no afecta la aplicación jurídico-penal de lo más favorable (declarar la impunidad). La aplicación de la ley favorable es un criterio referido a la norma de sanción y no una cuestión que tiene que ver con la norma de determinación dirigida a los ciudadanos y vinculada a la lesión del bien jurídico [Vid., TIEDEMANN, voz: Blankettgesetz, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 4 y s.].

[73] En este sentido, KUNERT, *NStZ* 1982, p. 278; DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 446.

jurídico-penales previstos[74]. Esta afirmación ha producido, sin embargo, un enfrentamiento en la doctrina penal sobre todo para el caso del delito de defraudación tributaria, en el que existe una vinculación con leyes tributarias de carácter temporal (especialmente en el impuesto a la renta).

Un sector doctrinal considera que, en principio, la defraudación tributaria constituye una ley temporal cuando la legislación tributaria complementaria está pensada para regir durante un período determinado (tributación por períodos), de manera que trascurrido dicho período no tendría por qué perder la capacidad de juzgar los casos antiguos[75]. Frente a este parecer se encuentra la opinión defendida fundamentalmente por TIEDEMANN, en el sentido de limitar a sólo muy pocos casos el carácter de ley temporal en el delito de

---

(74) Vid., en este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 66. Anteriormente, de manera similar, FRANZHEIM, *NStZ* 1982, p. 137; KOHLMANN, *Steuerstrafrecht*, Kommentar, § 370, n.m. 53; SAMSON, *wistra* 1983, p. 235 y s.; EL MISMO, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Samson, § 369 n.m. 25 y 25a, donde precisa su parecer en el sentido de reconocer la no aplicación de la ley penal anterior para el caso de leyes tributarias que muestran la intención del legislador de no pretender tener vigencia en el futuro (el mismo tenor se mantiene en la 4. Aufl., § 369 encargado a JOECKS, n.m. 26 y 27). Por el contrario, TIEDEMANN/DANNECKER, *Die gesetzliche Milderung*, p. 36, entienden que en las normas penales en blanco resulta por lo general imposible establecer expresamente un plazo de vigencia, de manera que difícilmente pueden configurar leyes temporales.

(75) Así, fundamentalmente, FRANZHEIM, *NStZ* 1982, p. 137 y s.; KOHLMANN, *Steuerstrafrecht*, Kommentar, § 370, n.m. 53; SAMSON, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Samson, § 369 n.m. 25a; LASCURAÍN SÁNCHEZ, www.adi.uam.es/~jalonso/lascurain [consulta: 23 de setiembre 2002]; PIÑA GARRIDO, en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dir.), p. 281. Por su parte KUNERT, *NStZ* 1982, p. 278, señala que no puede hacerse una afirmación general sobre el carácter temporal del tipo penal de defraudación tributaria, sino que este carácter depende de la regulación tributaria específica; en este sentido, sólo una consideración individualizada permite determinar si el delito de defraudación tributaria es una ley penal en blanco temporal, lo cual debe hacerse con una valoración *ex ante* de la específica legislación tributaria (del impuesto a la renta, a las ventas, etc.).

defraudación tributaria[76]. Si bien la regulación tributaria puede recurrir a una tributación por períodos –dice este autor–, esto no afecta la validez temporal del Derecho penal, pues no se trata de una regulación vinculada al tiempo, sino de una técnica de liquidación que recurre a períodos de tiempo para un mejor control y organización de la recaudación tributaria[77]. Los argumentos expuestos muestran, sin embargo, que la discusión doctrinal parece haberse centrado en el criterio material de una ley penal temporal, es decir, en su condicionalidad temporal. Sin embargo, no basta la existencia de tal condicionalidad para hablar de una ley temporal, sino que además es necesario el establecimiento de un período de vigencia por parte del legislador (de manera directa o indirecta). La argumentación de Tiedemann parece orientada a demostrar que, a pesar incluso del establecimiento de un período de vigencia por parte de la ley tributaria complementaria, falta en muchos casos la base material para considerar la ley penal en blanco como una ley temporal, pues se trata de una cuestión de técnica legislativa y no propiamente de una condicionalidad temporal. Sólo cabría una ley penal temporal si el objeto de regulación tuviese lugar en un único o en pocos períodos determinados[78].

Por nuestra parte, consideramos, por el contrario, que es posible afirmar el carácter de ley temporal en el caso de delitos tributarios cuya norma tributaria complementaria tiene una vigencia temporal determinada[79]. Como el propio Tiedemann lo indica, toda ley tiene en cierta medida una condicionalidad temporal[80], de manera que

---

(76) Cuando menos para los casos del impuesto a la renta y el impuesto a las corporaciones, pues en impuestos en los que se persigue un determinado objetivo político-fiscal, puede presentarse una ley temporal. Vid., con mayor profundidad, Tiedemann/Dannecker, *Die gesetzliche Milderung*, p. 40 y ss.; Tiedemann, *Einführung*, p. 84.

(77) Vid., con mayor detalle, Tiedemann/Dannecker, *Die gesetzliche Milderung*, p. 38.

(78) Vid., en este sentido, Tiedemann/Dannecker, *Die gesetzliche Milderung*, p. 38.

(79) En el mismo sentido, Lascuraín Sánchez, *Sobre la retroactividad*, p. 117.

(80) Cfr., Tiedemann, Voz: Zeitgesetz, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3.

resulta un criterio poco seguro utilizarlo para delimitar las leyes temporales. En este sentido, el elemento decisivo resulta el criterio formal de un plazo de vigencia establecido por el legislador. Si el legislador ha fijado expresamente, por vía directa o indirecta, un plazo de vigencia, no habrá ninguna razón de fondo para negar el carácter temporal de esta ley penal. Sólo en caso de que se trate de un cambio de la identidad de la sociedad en el sector de la recaudación tributaria (por ejemplo, una derogación del impuesto), pueden declararse impunes los casos antiguos de defraudación[81]. Precisamente para estos casos resulta aplicable la última parte del artículo 8 del Código penal que contempla el caso de leyes temporales que tampoco resultan aplicables para juzgar casos antiguos[82].

El carácter de ley penal en blanco de los delitos tributarios presenta además cierto problema en cuanto al mantenimiento de la pretensión punitiva por la defraudación de tributos cuya recaudación es declarada posteriormente inconstitucional por el Tribunal Constitucional. Para decidir si en estos casos pierde el Estado la facultad de imponer una sanción penal por la defraudación de los tributos declarados posteriormente inconstitucionales, es muy importante determinar si el Tribunal Constitucional simplemente ha declarado la inconstitucional de la ley que crea el tributo o si considera nula o inexistente la recaudación de determinado tributo. En el primer caso, la declaración de inconstitucionalidad de la ley que crea los tributos no tiene efectos retroactivos, de manera que la responsabilidad penal se habrá configurado perfectamente. No obstante, el cambio de situación jurídica respecto de la norma tributaria de complemento podría alegarse como una ley más favorable y buscarse la absolución. En el caso de declaración de nulidad de determinadas imposiciones tributarias la situación es más clara, pues la determinación de la obligación tributaria con una normativa nula o inexistente no

---

(81) Similarmente, PIÑA GARRIDO, en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dir.), p. 281.

(82) Vid., similarmente, KUNERT, *NStZ* 1982, p. 278.

puede dar pie al surgimiento de una pretensión tributaria con la que sustentar el delito de defraudación tributaria[83].

d) Resultado típico

Una primera lectura del delito de defraudación tributaria podría llevar a considerarlo un delito de mera conducta, pues parecería solamente necesario que el autor realice la conducta de dejar de pagar los tributos que establecen las leyes. La realización de la conducta defraudatoria traería inseparablemente consigo el resultado de incumplimiento de pago de los tributos. Un análisis más detenido del tipo penal de la defraudación tributaria nos lleva, sin embargo, a la conclusión contraria de que la conducta típica puede diferenciarse típicamente del resultado lesivo. Por un lado, está la conducta consistente en los actos fraudulentos realizados por el autor que apuntan a no pagar total o parcialmente los tributos establecidos por las leyes. Por otra parte, se encuentra el resultado típico constituido por la menor recaudación de la administración tributaria en el caso concreto. Bajo estas circunstancias, puede decirse que el delito de defraudación tributaria está configurado como un delito de resultado consistente en una afectación a los intereses económicos del Estado, concretamente de la recaudación tributaria[84].

El perjuicio sobre la recaudación tributaria debe ser efectivo. Por consiguiente, no basta con que la conducta del autor haya puesto en peligro la recaudación tributaria (delito de peligro concreto)[85], sino

---

(83) Vid., así el caso de Alemania, en donde el TC declaró nula la recaudación tributaria sobre negocios especulativos con títulos valores en el período impositivo de 1997 y 1998. Vid., Joecks, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 369, n.m. 29; Kohlmann, *Steuerstrafrecht*. Kommentar, § 370, n.m. 52.

(84) Similarmente, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 431 y s.

(85) Como lo considera, por ejemplo, García Navarro, *Actualidad Jurídica*, T. 147, febrero 2006, p. 99. Distinta es la configuración, por el contrario, del delito de defraudación tributaria en el Derecho penal alemán, Vid., Joecks, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 15; Kohlmann,

que es necesario que el Estado deje de percibir los tributos realmente adeudados[86]. Esta efectividad del perjuicio, sin embargo, no debe ser entendida en el sentido de que ya no le sea posible a la administración tributaria el cobro del tributo adeudado, sino que basta con la frustración fraudulenta al momento que debía hacerse el pago. En este orden de ideas, la afectación a los intereses económicos estatales es independiente de que el Estado consiga el pago de los tributos dejados de pagar mediante los mecanismos de coerción jurídica de los que dispone.

Si bien el tipo penal no establece un límite cuantitativo para determinar el resultado penalmente relevante, una interpretación conjunta con el tipo penal de defraudación tributaria atenuada permite concluir que la afectación a los intereses recaudatorios del Estado debe ser superior a cinco unidades impositivas tributarias[87]. El punto de discusión respecto de este límite cuantitativo gira en torno a la cuestión de si constituye un elemento del tipo objetivo o si se trata simplemente de una condición objetiva de punibilidad[88]. Tal como lo hemos indicado en la exposición de la parte general (Tomo I, Capítulo IX, III, 1, A, a, dd), si el límite cuantitativo se establece con la finalidad de evitar una bagatelización del Derecho penal, lo que habrá es una condición objetiva de punibilidad que no constituye un elemento del tipo penal. Resulta claro que la razón del límite de las cinco unidades impositivas tributarias en la defraudación tributaria radica en evitar las criminalización de conductas de escasa

---

Steuerstrafrecht. Kommentar, § 370, n.m. 40. No obstante, consideran en el Derecho penal alemán que se trata de un delito de lesión, HOFF, *Das Handlungsunrecht*, p. 13; TIEDEMANN, *Wirtschaftstrafrecht*, BT, § 4, n.m. 97.

(86) Vid., GARCÍA RADA, *El delito tributario*, p. 180; PEÑA CABRERA, *Tratado*, T. IV, p. 291. Para determinar el perjuicio TIEDEMANN, *Wirtschaftstrafrecht*, BT, § 4, n.m. 97, recurre a la relación "de lo que se ha percibido" y lo que se debió percibir".

(87) Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 432; GARCÍA NAVARRO, *Actualidad Jurídica*, T. 147, febrero 2006, p. 97 y s.

(88) Vid., la discusión en el Derecho penal español, BACIGALUPO ZAPATER, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 311 y s.

dañosidad, de manera tal que la exigencia de este mínimo de lesividad constituye una condición objetiva de punibilidad[89]. Un aspecto operativo para la aplicación del límite cuantitativo será precisar si la determinación del monto defraudado se limita solamente al tributo impago o si se incluyen otros conceptos de la deuda tributaria como intereses, recargos y multas[90]. En la medida que el tenor de la ley habla de dejar de pagar los tributos, consideramos que solamente se refiere al monto del tributo sin considerar los intereses, recargos o multas derivados del incumplimiento de la obligación tributaria.

Un punto de especial discusión respecto del resultado típico es si dentro del mismo se puede englobar el caso de una postergación fraudulenta del pago del tributo. Se trata del caso en el que el obligado tributario realiza afirmaciones falsas que llevan a una fecha de vencimiento del pago del tributo posterior a la que le correspondería realmente o a beneficiarse indebidamente de un aplazamiento o fraccionamiento del pago. En el Derecho penal alemán no hay inconveniente desde el punto de vista de la redacción del tipo penal para incluir como resultado típico los daños por el retraso[91]. En nuestro caso, habría que discutir si la postergación del plazo de vencimiento o de pago de un tributo puede englobarse en el resultado típico de "no pagar en todo o en parte los tributos". Si se entiende que la falta de pago incluye también la falta de pago oportuno, entonces no habrá mayor problema para subsumir los casos de postergación fraudulenta de la fecha de pago de los tributos. No hay duda que este retraso produce un perjuicio a la administración tributaria.

---

(89) Del mismo parecer, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 433. De otra opinión, García Navarro, *Actualidad Jurídica*, T. 147, febrero 2006, p. 98.

(90) Sobre esta discusión, Merino Jara/Serrano González de Murillo, *El delito fiscal*, p. 123 y s.

(91) Vid., Joecks, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 42; Bilsdorfer, en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.), p. 155 y ss.; Fissenewert, *Der Irrtum*, p. 68 y ss. Críticos ante la incriminación de este supuesto, Schleeh, *BB* 1972, p. 535; Tiedemann, *NJW* 1972, p. 663; El Mismo, *JZ* 1975, p. 185; Leise, *DStR* 1971, p. 59; Kohlmann, *wistra* 1982, p. 2.

No obstante, pese al referido perjuicio económico que implica la falta de pago oportuno, consideramos que dicha conducta no tiene el suficiente desvalor como para dar pie a una defraudación tributaria. El resultado típico exige una frustración de la pretensión tributaria, lo que no sucede regularmente en el simple aplazamiento indebido del pago. En estos casos, solamente podría hablarse de defraudación tributaria si la postergación del plazo de pago se hace bajo el conocimiento de que en el nuevo término se estará en incapacidad de pagar los tributos adeudados.

En la determinación de la afectación de la recaudación tributaria juega un papel importante la posibilidad de compensar la deuda tributaria con créditos a favor del deudor tributario. Si se tienen en cuenta todos los datos tributariamente relevantes, la compensación podría llevar a negar la afectación de la recaudación tributaria y, por tanto, la existencia de un delito de defraudación tributaria consumado. La conducta defraudatoria sólo podría ser castigada a título de tentativa. En el Derecho penal alemán se ha intentado evitar esta consecuencia en la imputación penal mediante la incorporación de una regla de prohibición de la compensación en el tipo penal de defraudación tributaria. Como idea central, se establece que el perjuicio típico (reducción del tributo) se producirá aun cuando por otras razones los tributos puedan reducirse[92], lo que significará, en términos penales, seguir tratando el hecho como un delito consumado. A partir de esta determinación legal, la discusión en la jurisprudencia y la doctrina penal alemanas se centra en qué debe entenderse por "otras razones"[93].

En nuestra regulación legal no existe una disposición similar, por lo que podría entenderse que todo monto a favor del deudor tributario podría compensarse y dejar la conducta defraudatoria en una simple tentativa. Sin embargo, no parece ajustado a la regulación tributaria asumir una apreciación global de los intereses económicos de la administración tributaria en la que se pueda compensar

---

[92] Vid., KUMMER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 18, n.m. 34.

[93] Vid., con amplias referencias, SCHINDHELM, *Das Kompensationsverbot*, p. 39 y ss.

cualquier crédito frente a cualquier deuda tributaria, además de que no todo saldo a favor del particular resulta compensable frente al Estado. En este sentido, hay que encontrar un criterio de determinación con el que se pueda establecer los casos en los que la compensación no resulte de recibo a efectos de determinar el perjuicio típico. En un primer momento, la jurisprudencia alemana del RG asumió un parecer subjetivo conforme al cual se negaba la compensación cuando las causas de disminución de la deuda tributaria no eran conocidas por el autor al momento del hecho, admitiéndola, por el contrario, cuando le eran conocidas aunque no las haya explicitado en sus declaraciones[94]. No obstante, la relativa arbitrariedad de este criterio subjetivo, sobre todo por la difícil prueba del conocimiento previo del autor, ha llevado a que se sustituya por uno de carácter objetivo.

En el plano objetivo se intenta delimitar los créditos fiscales que pueden deducirse de los tributos impagos a efectos de la determinación del delito de defraudación tributaria. En primer lugar, se hace una delimitación temporal, de manera tal que sólo se pueda admitir la compensación respecto de causas que han sido alegadas previamente ante la administración tributaria[95]. Para esto hay que tener en cuenta que la regulación tributaria distingue la compensación automática, de oficio y a solicitud de parte, siendo necesaria la solicitud de compensación solamente en el caso de la última forma de compensación. Desde esta perspectiva, podrán compensarse los casos de compensación automática, la realizada de oficio por la administración tributaria y la solicitada previamente por el obligado tributario. El punto exacto para delimitar temporalmente la compensación que resulta relevante para determinar el resultado típico del delito tributario, será la consumación del delito de defraudación tributaria[96].

---

(94) Vid., sobre la interpretación utilizada por RG alemán, Joecks, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 65; Meine, *Das Vorteilausgleichsverbot*, p. 13 y ss.

(95) Vid., asl respecto, Joecks, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 71.

(96) Similarmente, Schindhelm, *Das Kompensationsverbot*, p. 43.

Pero además de la delimitación temporal, hay que tener en cuenta en el plano objetivo una delimitación material, para lo cual resulta necesario determinar los créditos que, conforme a la regulación tributaria, resultan compensables. El artículo 40 del Código tributario establece que la deuda tributaria podrá compensarse total o parcialmente con los créditos por tributos, sanciones, intereses y otros conceptos pagados en exceso o indebidamente que correspondan a períodos no prescritos, que sean administrados por el mismo órgano administrador y cuya recaudación constituya ingreso de una misma entidad. En este sentido, los créditos que no reúnan estas características no podrán compensarse aun cuando hayan sido alegados ante la administración tributaria antes de la comisión del delito de defraudación tributaria.

La configuración típica del delito de defraudación tributaria como un delito de resultado abre la posibilidad de que se presenten diversos casos en los que se pueda discutir si la falta de pago de los tributos se puede reconducir normativamente a la conducta fraudulenta del obligado tributario[97]. Para responder a esta cuestión en los supuestos dudosos, consideramos en general acertado recurrir a la teoría del fin de protección de la norma, en virtud de la cual si el resultado producido pertenece a la clase de aquellos resultados que la norma que prohíbe el riesgo busca impedir, entonces deberá afirmarse la relación de imputación, aunque cualquier otro comportamiento alternativo tampoco hubiese podido evitar su producción. En este sentido, en el caso en el que el obligado tributario que realiza una falsa declaración de impuestos no habría contado con los medios suficientes para hacer frente al pago de los tributos, no podrá levantarse la imputación con el argumento de que sin engaño el impuesto igualmente no se habría podido pagar[98], pues el fin de protección de la norma abarca la conducta del autor como riesgo prohibido dirigido a producir el resultado acaecido. El juicio

[97] Sobre la aplicación de la teoría de la imputación objetiva al delito de defraudación tributaria, VON DER HEIDE, *Tatbestands- und Vorsatzprobleme*, p. 168 y s.

[98] Sobre este supuesto, Vid., JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 41.

hipotético no produce en este caso ninguna exclusión de la relación de imputación objetiva.

e) Elemento subjetivo

aa) El dolo

El delito de defraudación tributaria solamente puede ser cometido a título de dolo[99]. El dolo significa que al autor debe imputársele el conocimiento suficiente de su conducta fraudulenta, así como la aptitud lesiva concreta que tiene dicha conducta respecto de los intereses recaudatorios del Estado. Un elemento volitivo especial, como el ánimo de defraudar, no resulta obligado reconocer ni por el tenor de la ley ni por la propia estructura del delito[100]. El elemento cognitivo del dolo exige, en primer lugar, que el autor deba conocer que se encuentra obligado a pagar un tributo, sin que sea necesario que conozca detenidamente los fundamentos de esta pretensión tributaria[101]. Sobre esta base, el autor debe conocer la capacidad concreta de su conducta (activa u omisiva) para frustrar total o parcialmente el pago de los tributos establecidos por las leyes. Sobre el grado de conocimiento, el tipo penal no exige un grado de certeza, por lo cual el dolo puede presentarse en cualquiera de sus formas, es decir, como dolo directo de primer o de segundo grado, o como dolo eventual[102].

La determinación del conocimiento del elemento típico "tributos que establecen las leyes" resulta de especial dificultad, pues constituye una remisión a leyes extrapenales cuyo conocimiento muchas

---

(99) Así, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 438.

(100) De opinión distinta, Peña Cabrera, *Tratado*, T. IV, p. 292.

(101) Vid., así, Kindhäuser, *GA* 1990, p. 408; Bachmann, *Vorsatz und Rechtsirrtum im allgemeinen Strafrecht und im Steuerstrafrecht*, p. 43 y ss.; Bajo Fernández/Bacigalupo, *Delitos tributarios y previsionales*, 88.

(102) Vid., Joecks, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 238; Kummer, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 18, n.m. 36; Frick, en *Strafvefolgung*, Kohlmann (Hrsg.), p. 38; Bajo Fernández/Bacigalupo, *Delitos tributarios y previsionales*, p. 88; García Navarro, *Actualidad Jurídica*, T. 147, febrero 2006, p. 98.

veces es ajeno al propio contribuyente o responsable tributario. En nuestra opinión, el autor no tiene que conocer la normativa tributaria correspondiente para poder atribuirle el dolo de defraudación tributaria[103], siendo suficiente que sepa con certeza o alta probabilidad que tiene la obligación de pagar un tributo (p.e. por requerimiento de la propia administración tributaria). El conocimiento del deber tributario excluiría, en principio, una situación de error por desconocimiento de la existencia o contenido de las leyes que establecen los tributos a pagar.

La afirmación anterior no excluye, sin embargo, la posibilidad de que por el conocimiento de ciertos aspectos de la regulación tributaria o de su falta de claridad el autor llegue a la conclusión equivocada de que no tiene obligación de pagar el tributo o solamente una cantidad inferior. No obstante, el elemento típico sobre el que recae el error no está constituido por las particularidades de las leyes tributarias, sino en el elemento típico "deja 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[104]. Muy importante es señalar que al tratarse de un error de tipo se excluirá la pena tanto si el error es vencible como invencible, pues para el caso de error vencible no existe un tipo penal culposo de defraudación tributaria con el que pudiese castigarse dicho supuesto.

bb) El elemento subjetivo especial

El tipo penal de defraudación tributaria exige que el autor actúe además con el elemento subjetivo especial de obtener un provecho propio o ajeno[105]. Al constituirse este requisito como un elemento

---

(103) Distinta parece ser la opinión de ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 440 y s.

(104) Vid., así, KOHLMANN, *Steuerstrafrecht*, Kommentar, § 370, n.m. 634. De otro parecer, SAMSON, en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.), p. 108; MAIWALD, *Conocimiento del ilícito*, p. 37 y ss.

(105) Vid., GARCÍA NAVARRO, *Actualidad Jurídica*, T. 147, febrero 2006, p. 98.

subjetivo de tendencia, no es necesario que el provecho propio o ajeno se haya alcanzado efectivamente para que el tipo penal se entienda realizado. La ampliación de la finalidad de provecho del delito a terceros permite, por otra parte, que los responsables tributarios puedan cometer el delito de defraudación tributaria en calidad de autores, aun cuando el provecho por el incumplimiento del pago redunde en beneficio solamente de los contribuyentes.

f) Consumación y tentativa

El delito de defraudación tributaria se consuma, por regla general, desde el momento en que se ha vencido el plazo para pagar el tributo sin que se haya cumplido con pagarlo o se haya pagado sólo parcialmente[106]. El vencimiento del plazo para el pago de cada tributo debe estar determinado por la ley de creación del tributo, su reglamento o por resolución de la administración tributaria. Respecto de los tributos que administra la Sunat o cuya recaudación estuviera a su cargo, el Código tributario establece ciertas reglas generales para determinar su vencimiento. Los tributos de liquidación anual que se devenguen al término del año gravable se pagarán dentro de los tres (3) primeros meses del año siguiente, mientras que los tributos de liquidación mensual, los anticipos y los pagos a cuenta mensuales se pagarán dentro de los doce (12) primeros días hábiles del mes siguiente. Por su parte, los tributos que incidan en hechos imponibles de realización inmediata se pagarán dentro de los doce (12) primeros días hábiles del mes siguiente al del nacimiento de la obligación tributaria.

En la doctrina penal se recurre, por lo general, a la liquidación de la deuda tributaria para poder determinar la consumación del delito[107]. Esta afirmación parte de la base de negar que la deuda

---

(106) Similarmente, Peña Cabrera, *Tratado*, T. IV, p. 293.

(107) Vid., Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 433 y s.; García Navarro, *Actualidad Jurídica*, T. 147, febrero 2006, p. 99. En la doctrina penal española se discute si esta liquidación del tributo debe ser definitiva o basta con que sea provisional. Vid., al respecto, Bajo Fernández/Bacigalupo, *De-*

tributaria nazca con anterioridad a la liquidación, de manera que solamente con la liquidación de la deuda tributaria se puede afirmar la existencia de la obligación tributaria de pago[108]. Si la consumación del delito se centra en la liquidación del tributo, resulta coherente que la regla de consumación tenga en consideración el dato de si el tributo es autoliquidable o si la liquidación la tiene que hacer la administración tributaria. Por nuestra parte, no compartimos el punto de partida que entiende que la obligación del pago del tributo surge con la liquidación (definitiva o provisional), pues partimos de la idea de que la realización del hecho imponible determina el origen de la obligación tributaria[109] y su vencimiento debe ajustarse a los plazos legalmente previstos desde el surgimiento de dicha obligación. Solamente si el vencimiento del pago de la deuda tributaria se vincula expresamente a la liquidación del tributo, entonces habrá que considerar este aspecto a efectos de determinar la consumación del delito. En el caso de tributos autoliquidables, el vencimiento del plazo para la autoliquidación será tomado en cuenta a efectos de determinar el vencimiento del plazo de pago del tributo.

La afirmación anterior no resulta aplicable, sin embargo, para los casos en los que la conducta fraudulenta del deudor tributario se hace con posterioridad a la fecha de vencimiento del pago de los tributos. Aquí no hay un delito de defraudación tributaria con anterioridad al vencimiento de la fecha de pago del tributo, pues hasta antes de dicha fecha el deudor simplemente no ha cumplido con pagar la deuda tributaria. Su actuación fraudulenta se presenta, más bien, en el marco del proceso de cobro de la deuda tributaria vencida, sea mediante la alteración de los instrumentos sobre los que la administración tributaria realiza su labor de fiscalización, sea mediante alguna forma de actuación fraudulenta que paraliza o frustra

---

litos tributarios y previsionales, p. 90 y ss.; MERINO JARA/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *El delito fiscal*, p. 45.

[108] Vid., BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Delitos tributarios y previsionales*, p. 91, nota 118.

[109] Vid., igualmente, MERINO JARA/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *El delito fiscal*, p. 45.

el procedimiento de cobranza coactiva. En estos casos, se entenderá producida la falta de pago del tributo en el momento en que la fiscalización concluya sin determinar el tributo realmente adeudado o el procedimiento coactivo resulte indebidamente paralizado.

Como la falta de pago de los tributos se mantiene en el tiempo, se plantea la cuestión de si se trata de un delito permanente, en el que el resultado lesivo (falta de pago del tributo) permanecería afectado en el tiempo por voluntad del autor[110]. Una respuesta afirmativa tendría importantes consecuencias en cuanto a la autoría y participación, así como en el cómputo de los plazos de prescripción. Por nuestra parte, sin embargo, no consideramos correcta esta posible interpretación del delito de defraudación tributaria, pues el delito se consuma al momento de vencimiento del pago del tributo que debió haberse pagado o que se pagó sólo parcialmente sin que haya una permanencia del resultado típico a lo largo del tiempo sujeto a la voluntad del autor. De hecho, puede ser que el autor haya gastado el dinero del que disponía en pagar otras deudas o en gastos personales (adquisición de propiedades, diversión, etc.), de modo que no se encuentre luego en posibilidad de pagar la deuda tributaria. El delito de defraudación tributaria no constituye, por tanto, un delito permanente, sino un delito instantáneo de efectos permanentes[111].

La tentativa de defraudación tributaria es punible con base en el artículo 16 del Código penal, lo que quiere decir que si el autor ha emprendido los actos necesarios para no pagar el tributo y el pago se realiza por causas ajenas a su voluntad, podrá responder por tentativa. Por ejemplo: el contribuyente declara un ingreso menor al efectivamente producido con la finalidad de bajar el monto del tributo a pagar, pero la administración tributaria se percata del engaño por un cruce de información, consiguiendo cobrar la deuda tributaria realmente adeudada. Si ante el descubrimiento del engaño

---

[110] El criterio de la dominabilidad del autor sobre la durabilidad del resultado ha sido utilizado por el Pleno Jurisdiccional de 1998 (tema 2, acuerdo segundo) para definir un delito permanente.

[111] Como un delito de estado lo ve, sin embargo, Hoff, *Das Handlungsunrecht*, p. 25.

el mismo obligado tributario realiza el pago del tributo antes de su vencimiento habrá igualmente tentativa, pues el autor no se ha apartado del hecho concreto de una manera a él imputable que permita fundamentar un desistimiento voluntario[112]. No obstante, habrá que concluir en este caso que la tentativa debe quedar exenta de pena por razones de equidad, pues si la regularización tributaria excluye la punibilidad del delito consumado, con mayor razón habrá que admitirla para la tentativa.

Para la configuración de la tentativa se requiere tanto una imputación objetiva como subjetiva. En el plano objetivo, la tentativa exige el comienzo de la ejecución de la conducta fraudulenta, lo cual, como ya lo indicamos, tiene lugar por lo general con las declaraciones o comunicaciones que se presentan a la administración tributaria para la determinación del tributo[113]. Es irrelevante, en nuestra opinión, si existe un plazo relativamente largo entre la declaración tributaria y el vencimiento del plazo de pago del tributo[114]. Por el contrario, los actos anteriores a la presentación de la declaración que buscan facilitar su realización constituirán actos preparatorios impunes (p.e. la falsificación de boletas de pago para respaldar gastos inexistentes)[115], salvo que caigan en el ámbito de otro tipo penal que adelanta las barreras de protección (p.e. alguna infracción de los deberes contables tributarios).

Si 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. Así, en la función de fiscalización se incluyen la inspección, investigación y el control

---

(112) Vid., en este sentido, la voluntariedad del desistimiento, JAKOBS, *JZ* 1988, p. 520; EL MISMO, *Strafrecht*, AT Apdo 26, n.m. 36; EL MISMO, en *Estudios*, p. 344 y s.

(113) Similarmente, HÖSER, *Vorbereitungshandlung*, p. 112.

(114) De otro parecer, JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 263a.

(115) Vid., HÖSER, *Vorbereitungshandlung*, p. 51; KUMMER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 18, n.m. 40.

del cumplimiento de obligaciones tributarias, de manera tal que la tentativa del delito comenzará aquí cuando la actuación fraudulenta se dirige a la administración tributaria en el marco de estos actos de fiscalización. A la administración tributaria le compete también la recaudación de los tributos, para lo cual podrá celebrar acuerdos con entidades del sistema bancario y financiero o con otras instituciones. En la medida que la defraudación tributaria en este momento no afecta la determinación de los tributos, sino el pago de los tributos correctamente determinados, la actuación fraudulenta del autor se presentará al momento de realizar el pago, por ejemplo, utilizando dinero falsificado o girando fraudulentamente un cheque sin los fondos suficientes.

En la etapa de la ejecución coactiva, la administración tributaria procura la cobranza coactiva de la deuda tributaria mediante el ejecutor coactivo. Este procedimiento es iniciado por el ejecutor coactivo mediante la notificación al deudor tributario de la resolución de ejecución coactiva, que contiene un mandato de cancelación de las órdenes de pago o resoluciones en cobranza, dentro de siete días hábiles, bajo apercibimiento de dictarse medidas cautelares o de iniciarse la ejecución forzada de las mismas, en caso que éstas ya se hubieran dictado. La tentativa se iniciará aquí cuando la actuación fraudulenta se dirija al ejecutor coactivo en el marco del procedimiento de cobranza coactiva.

En la doctrina y jurisprudencia alemana se ha discutido sobre el comienzo de la tentativa del delito de defraudación tributaria en el caso de la autoría mediata[116], sobre todo cuando la declaración fraudulenta es presentada ante al administración tributaria por un instrumento de buena fe. En estos casos, se afirma que la tentativa comienza con la entrega de la declaración tributaria al instrumento para que éste lo presente inmediatamente a la administración tributaria[117], no

[116] Vid., al respecto con mayores referencias, Höser, *Vorbereitungshandlung*, p. 68 y ss.

[117] Incluso Höser, *Vorbereitungshandlung*, p. 71, considera, en contra de lo resuelto por el BGH, que no interesa si el instrumento actuará inmediatamente o no.

siendo necesario esperar a la entrega efectiva de dicha declaración tributaria. Con independencia de los diversos argumentos esgrimidos para respaldar este parecer, hay que indicar que nuestra regulación de la tentativa no coincide con la alemana, en la medida que el artículo 16 del Código penal exige el comienzo de los actos de ejecución, mientras que para la regulación alemana basta con disponerse a realizar el tipo penal. Desde esta particularidad de nuestro ordenamiento, hay que concluir que el comienzo de la tentativa del delito de defraudación tributaria en caso de autoría mediata requiere igualmente que el instrumento presente a la administración tributaria la declaración tributaria fraudulenta.

En cuanto a la imputación subjetiva en la tentativa, el autor debe tener el dolo requerido por el tipo penal de defraudación tributaria. En el ámbito del delito tributario se discute especialmente la distinción entre tentativa y delito putativo. La doctrina dominante recurre a una aplicación inversa del criterio de distinción de error de tipo y error de prohibición[118]. En consecuencia, la creencia errónea de que se configura un elemento del tipo penal constituirá una tentativa, mientras que si la creencia errónea se refiere a la prohibición penal de la conducta se tratará de un delito putativo. Este criterio general presenta problemas, sin embargo, en delitos de omisión en los que la infracción del deber de actuar está incorporada en el tipo penal, pues el error sobre la existencia del deber tendría que ser siempre una tentativa del delito[119]. Por esta razón, resulta más adecuado utilizar un criterio menos vinculado a la eventual redacción de los elementos típicos. En este sentido, preferimos definir el delito putativo como el supuesto en el que el autor amplía en su cabeza el ámbito de regulación de la norma (un error sobre la norma penal). Los errores referidos a la subsunción del hecho concreto en la prohibición penal constituyen, por el contrario, casos de tentativa (un error sobre el hecho).

---

(118) Vid., así, SAMSON, en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.), p. 110.

(119) Vid., así la discusión que se presenta en el delito de defraudación tributaria en el Derecho penal alemán, en donde el tipo penal recoge la contrariedad al deber (*pflichtwidrig*), JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 256.

La tentativa puede presentarse también mediante conductas que se expresan naturalísticamente como una omisión. En estos casos, los elementos de la imputación objetiva y subjetiva de la tentativa no tienen por qué ser distintos. El obligado tributario debe haber omitido cumplir con un deber de aseguramiento o salvamento, en virtud de los cuales debió corregir o rectificar la información falsa que disponía la administración tributaria para la determinación y cobro del tributo. No obstante, la falsa información se corrige o rectifica por medios independientes a la voluntad del deudor tributario, de manera que la administración tributaria llega a cobrar la deuda tributaria correspondiente. El comienzo de la tentativa por omisión se presentará desde el momento en que el obligado tributario está en posición de rectificar la información de la administración tributaria mediante la sustitución o rectificación de la declaración tributaria sobre la que se sustenta la determinación o el cobro del tributo.

En la medida que la falta de consumación del delito puede también presentarse por causas atribuibles al autor, es posible aplicar en estos casos la figura del desistimiento conforme al artículo 18 del Código penal[120]. De manera especial, el desistimiento del autor podría tener lugar entre su declaración fraudulenta y el vencimiento del plazo de pago del tributo que debió haberse pagado o que se pagó sólo parcialmente. El desistimiento puede presentarse en sus dos formas: como tentativa inacabada, por ejemplo cuando el autor realiza declaraciones falsas cuyo respaldo documentario con documentos fraguados desiste luego de presentar, o como tentativa acabada, por ejemplo cuando hace una declaración fraudulenta para no pagar los tributos y luego decide corregir esa declaración y pagar los tributos realmente adeudados. En caso de una tentativa fracasada, el desistimiento sobre el acto posterior de ejecución no podrá exonerar de responsabilidad penal sobre el primer acto ya concluido. En este sentido, si la falsa declaración tributaria del deudor no logra engañar a la administración tributaria, el desistimiento de seguir con los actos de engaño en la etapa de fiscalización, recaudación o ejecución coactiva no alcanzará a la tentativa de defraudación

[120] Igualmente, García Navarro, *Actualidad Jurídica*, T. 147, febrero 2006, p. 99.

tributaria realizada con la declaración tributaria. Se trata de un acto que se encuentra ya extinguido y que no puede ser revocado mediante un desistimiento[121].

g) Autoría y participación

Las reglas generales de la autoría y participación encuentran perfecta aplicación en el delito de defraudación tributaria. El hecho que hayamos catalogado a este delito como un delito especial trae como consecuencia dogmática que solamente podrán responder como autores quienes reúnen la calidad especial requerida por el tipo penal, a saber, la calidad de obligado tributario como contribuyente o responsable. Por el contrario, cualquier persona podrá responder como inductor o cómplice del delito de defraudación tributaria, pudiéndose aquí mencionar especialmente a los asesores fiscales, contadores, abogados y auditores que de alguna manera han determinado o auxiliado a los obligados tributarios a dejar de pagar fraudulentamente los tributos[122].

Para poder delimitar la autoría de la participación en sentido estricto hay que recurrir al criterio del dominio del riesgo, pues, tal como lo hemos indicado, el delito de defraudación tributaria se constituye materialmente como un delito de dominio. En consecuencia, la autoría puede presentarse en las tres formas previstas en el artículo 23 del Código penal, determinándose la pena dentro del marco penal previsto por el tipo penal[123]. Un supuesto especialmente problemático se presenta respecto de la posibilidad de hacer responsable como autor mediato al asesor tributario que mediante el manejo pleno de la información técnica lleva a error al contribuyente para

---

[121] Por el contrario, considera que los engaños en todo el proceso de pago de los tributos constituyen una sola tentativa, HÖSER, *Vorbereitungshandlung*, p. 137 y s.

[122] Vid., así, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario*, p. 54; CHOCLÁN MONTALVO, *Responsabilidad de auditores*, p. 174, respecto de los asesores fiscales.

[123] Igualmente en el Derecho penal alemán, KUMMER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 18, n.m. 56 y ss.

que defraude a la administración tributaria[124]. Si bien puede decirse que el asesor ha tenido el dominio de la decisión del hecho, le falta la calidad de obligado tributario para poder responder como autor[125]. Bajo estas circunstancias, la única vía para poder sustentar una imputación penal al asesor a título de autor, sin una penalización expresa de su conducta, sería admitiendo una interpretación fáctica de la calidad de obligado tributario, de manera tal que pueda entenderse al asesor fiscal también como posible sujeto activo del delito. Si bien no cabe duda que el asesor tributario tiene el dominio del hecho propio del autor[126], la imputación de responsabilidad como autor ofrece serias dudas respecto del tenor literal del tipo penal[127].

La pena para los partícipes se determina con base en el marco penal establecido en el tipo penal del delito de defraudación tributaria, pues al ser el rol general de ciudadano común a todos los intervinientes en el hecho, se mantiene una unidad del título de imputación. En el marco de la participación se discute especialmente si la realización de una prestación profesional socialmente adecuada que favorece la comisión de una defraudación tributaria puede dar pie a una participación punible[128]. Siguiendo los criterios generales de la

---

(124) En la medida que en el Derecho penal alemán la defraudación tributaria es un delito común, no hay problema para en estos casos considerar al asesor fiscal autor mediato. Vid., así, Danzer, en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.), p. 85; Tiedemann, *Wirtschaftstrafrecht*, BT, § 4, n.m. 106.

(125) Por ello, García Navarro, *Actualidad Jurídica*, T. 147, febrero 2006, p. 99, considera en estos casos una estafa o un delito de falsificación.

(126) Sobre lo que se basa Choclán Montalvo, *Responsabilidad de auditores*, p. 177 y ss., para sustentar la responsabilidad como autor del delito fiscal de los asesores fiscales.

(127) Así, Silva Sánchez, *El nuevo escenario*, p. 65 y s., al señalar que si se considera el delito tributario un delito de dominio no serían consideraciones dogmáticas, sino formales las que impedirían el castigo del *extraneus* con dominio del hecho.

(128) Vid., sobre esta discusión, Reaño Peschiera, *Actualidad Jurídica*, T. 147, Febrero 2006, p. 87 y ss.

prohibición de regreso, se parte de la idea de que una conducta que objetivamente se muestra como socialmente adecuada no puede dar pie a una participación punible[129]. Esta afirmación no debe entenderse, sin embargo, en el sentido general de que toda prestación profesional es neutral, pues si se incorpora en un contexto marcadamente delictivo, pierde su neutralidad y se convierte, ya en el plano objetivo, en una participación punible[130].

En el ámbito de la prohibición de regreso por conductas profesionales socialmente adecuadas, resulta necesario responder a la cuestión de qué sucede con la imputación penal cuando al autor de la prestación profesional le eran conocidos con certeza los designios delictivos del beneficiario de su actuación. A diferencia de las interpretaciones subjetivistas que ven una participación punible cuando existe un conocimiento cierto sobre el empleo delictivo de la prestación[131], consideramos que los conocimientos especiales sólo podrán generar una responsabilidad penal si se trata de ámbitos de actuación en los que se manejan riesgos especiales. Así, por ejemplo, en el ámbito de la asesoría tributaria los informes ajustados a los estándares profesionales no incorporan objetivamente riesgos especiales para la recaudación tributaria, de manera que el conocimiento especial sobre el uso futuro de la información para

---

[129] Vid., así, respecto de los funcionarios bancarios, PHILIPOWSKI, en *Strafverfolgung*, Kohlmann, (Hrsg.), p. 142 y ss.; LÖWE-KRAHL, *Steuerhinterziehung*, p. 29. Respecto de los asesores financieros, REAÑO PESCHIERA, *Actualidad Jurídica*, T. 147, Febrero 2006, p. 90.

[130] Sobre el contexto marcadamente delictivo, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 164. Anteriormente JAKOBS, en *Estudios*, p. 260, hizo referencia a los criterios de "la definición del comportamiento como parte un plan delictivo" y "la adaptación del comportamiento únicamente al plan de otro". Similarmente, DERKSEN, *Handeln*, p. 84; LESCH, *JR* 2001, p. 387; PÉREZ MANZANO, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 831 y s.

[131] Vid., así, las líneas jurisprudenciales del Tribunal Supremo Federal y del Tribunal Constitucional alemanes, JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 247a.

una defraudación tributaria no tendría que dar lugar a una participación punible del asesor en este delito[132].

Posiblemente otra sea la conclusión en el caso del sector bancario, en donde el uso del sistema informático de transferencias a nivel mundial junto con el secreto bancario lo constituyen en un lugar idóneo para la defraudación tributaria[133]. Esta disposición especial respecto a los riesgos de defraudación tributaria, trae como consecuencia que los conocimientos especiales del funcionario bancario puedan considerarse a efectos de la imputación penal como partícipe en el delito de defraudación tributaria realizado por el cliente del banco[134]. No obstante, si la administración tributaria reglamenta supuestos en los que los funcionarios bancarios tienen que informar sobre transacciones u operaciones sospechosas, esta reglamentación del conocimiento o de la sospecha limitará la imputación penal, de manera tal que los conocimientos fuera de los casos previstos por la normativa administrativa no podrán dar pie a una participación punible[135].

h) Concursos

Dadas las particularidades típicas del delito de defraudación tributaria, resulta de especial importancia precisar qué tipo de concurso se presenta entre este delito y el delito de estafa. Como primera cuestión hay que recordar que si bien ambos tipos penales esta-

---

[132] Igualmente, Silva Sánchez, *El nuevo escenario*, p. 91; Reaño Peschiera, *Actualidad Jurídica*, T. 147, Febrero 2006, p. 90.

[133] Vid., los casos de transferencias de bancos alemanes a paraísos fiscales como Luxemburgo o Suiza, Kummer, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 18, n.m. 65; Lohmar, *Steuerstrafrechtliche Risiken typischer Bankgeschäfte*, p. 32 y ss.

[134] Además de la defraudación tributaria, la actuación del funcionario bancario podría dar pie a delitos de encubrimiento o lavado de activos. Sobre las posibilidades de incriminación, Lohmar, *Steuerstrafrechtliche Risiken*, p. 52 y ss.

[135] Igualmente, Reaño Peschiera, *Ius et Veritas* 26, p. 307.

blecen las mismas modalidades fraudulentas para la conducta típica, el resto de elementos no coinciden necesariamente, de manera tal que, por ejemplo, no es indispensable un engaño del funcionario competente para que exista una defraudación tributaria. Esta afirmación no puede, sin embargo, soslayar que usualmente la defraudación tributaria se produce por un engaño del autor, por lo que la conducta concreta podría subsumirse igualmente en el tipo penal de estafa, siempre que pueda afirmarse una disposición patrimonial prejudicial del Estado. La cuestión es precisar qué tipo de concurso existiría en los casos en los que la defraudación tributaria reúne los elementos constitutivos de la estafa, es decir, si se trata de un concurso de leyes o un concurso de delitos.

Si bien los bienes jurídicos protegidos en ambos delitos son distintos –por un lado, patrimonio del particular y, por el otro, interés recaudatorio del Estado–, no puede negarse que la lesión del interés recaudatorio de la administración tributaria implica en el plano particular una afectación al patrimonio estatal, en donde se incluyen sin duda los créditos que surgen en virtud de las normas tributarias. Bajo estas circunstancias, el tipo de concurso que se presenta en el caso planteado será el de un concurso de leyes, el cual deberá resolverse con base en el principio de especialidad[136]. En la medida que el tipo penal de defraudación tributaria protege de manera específica los intereses patrimoniales del Estado, habría que aplicar este tipo penal, desplazando, por tanto, el tipo penal de estafa[137].

---

(136) Aunque HOFF, *Das Handlungsunrecht*, p. 28, señala que si se admite que el delito de defraudación tributaria no contiene todos los elementos típicos de la estafa, habría que negar la aplicación del principio de especialidad. No obstante, hay que precisar que el delito de defraudación tributaria tiene una descripción típica que incluye la actuación propia de la estafa, pero que también admite otras formas de realización. En este sentido, es posible que la regulación de la defraudación tributaria en el aspecto coincidente con la estafa constituya una ley especial.

(137) Igualmente en el Derecho penal alemán, JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 317; KUMMER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 18, n.m. 78.

Entrando ya en la configuración típica del delito de defraudación tributaria, hay que resaltar que en determinados tributos el delito puede presentarse como un tipo penal de realización sucesiva, en la medida que el contribuyente realiza sucesivas declaraciones falsas ante el órgano recaudador del tributo con la finalidad de reducir la deuda tributaria respecto de un mismo tributo. En estos casos, habría una única realización típica[138], encontrando esta conclusión respaldo en el propio tenor del artículo 3 de la ley penal tributaria que establece el tributo defraudado en función de los ejercicios gravables y la forma de liquidación (anual, mensual o instantánea). La situación cambia si, por ejemplo, la falsa declaración lleva a la falta de pago de varios tributos. En el caso de una sola declaración fraudulenta sobre diversos tributos, habrá que precisar primeramente si la acción ha producido un solo delito o si se trata de varios delitos en unidad de acción. La respuesta a esta cuestión depende de si se entiende que el ingreso tributario afectado es uno solo o se diferencia en cada tipo de tributo[139]. En nuestra opinión, se trata de pretensiones tributarias distintas que dan lugar a distintos delitos en función de cada clase de tributo, por lo que habría un concurso ideal de delitos[140]. Por el contrario, si el delito de defraudación tributaria sobre diversos tributos se materializa mediante diversas declaraciones tributarias, estaremos ante un concurso real de delitos[141].

En el caso de varias conductas que defraudan diversos delitos se ha discutido sobre la posibilidad de un delito continuado. El debate gira concretamente en torno a la cuestión de si estos supuestos constituyen una pluralidad de delitos o solamente un delito tributario continuado. La negativa a considerar un delito continuado en estos casos puede tener lugar por dos razones: o porque se entiende que la defraudación de distintos tipos de tributos constituyen hechos

---

(138) Intenta en estos casos recurrir a la figura del delito continuado, Joecks, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 309.

(139) Sobre esto, Vid., Joecks, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), Einleitung, n.m. 8a.

(140) Vid., Kummer, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 18, n.m. 75.

(141) Vid., Kummer, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 18, n.m. 75.

distintos que no tienen una relación de continuidad[142], o porque se rechaza en general la utilidad dogmática del delito continuado[143]. Frente a esta interpretación, se opone el parecer que sostiene, por el contrario, que en caso de defraudación de distintos tributos existe una relación de continuidad que permite castigar el hecho como un delito continuado[144]. La pretensión tributaria del Estado resulta la misma en todos los tributos.

Para resolver esta disputa debemos atender a la regulación positiva. En nuestra opinión, no existe mayor dificultad para aceptar que en la defraudación tributaria de distintos tributos puedan presentarse los requisitos legalmente establecidos del delito continuado. La aceptación de este parecer no justifica, sin embargo, tratar todos los actos de defraudación al fisco como un único delito, sino solamente aquéllos en los que están presentes los requisitos del delito continuado. Así, por ejemplo, no podrá afirmarse una relación de continuidad entre el incumplimiento de los deberes contables y la omisión de entrega de las retenciones efectuadas, pues ambas conductas lesionan de manera distinta el interés recaudatorio del fisco. Una especial dificultad se presenta en la determinación del elemento subjetivo de la relación de continuidad en los delitos tributarios, sobre todo por la reducida posibilidad de acreditar en estos

---

(142) Vid., así, la sentencia del BGH del 21 de marzo de 1985 (*wistra* 1985, p. 189 y s.). Vid., sobre esto, KNIFFKA, *wistra* 1986, p. 90; JÄHNKE, *GA* 1989, p. 384. En nuestro país, la Corte Suprema en el Exp. 038-98 Lima de 14 de abril de 1998 (PRADO SALDARRIAGA, *Derecho penal*, p. 266 y s.), se ha pronunciado también pór la realización de delitos independientes.

(143) Vid., en este sentido en el Derecho penal alemán, ZSCHOCKELT, *NStZ* 1994, p. 362; RUPPERT, *MDR* 1994, p. 973, apoyados en el rechazo antes mencionado de la sala plena del BGH a la figura del delito continuado. Esta situación no ha impedido, sin embargo, que en algunos casos, con base en otros criterios, se puede hablar de una unidad de varias acciones del contribuyente. Vid., así, por ejemplo, BITTMANN/DREIER, *NStZ* 1995, pp. 105 y ss., 109.

(144) Vid., en este sentido, KNIFFKA, *wistra* 1986, p. 90 y ss., si bien afirma una unidad de acción. Niegan el nexo de continuidad en la defraudación tributaria, ZSCHOCKELT, *NStZ* 1994, p. 362; PUPPE, *NK* § 52, n.m. 28.

casos un dolo global del autor[145]. Por esta razón, en la doctrina penal se ha intentado disminuir las exigencias de conocimiento, ya sea reduciendo el grado de conocimiento requerido respecto de los hechos futuros[146], ya sea admitiendo la existencia de un "sistema institucionalizado" que excluiría la necesidad de sucesivas tomas de decisión criminales[147]. La exigencia de un conocimiento exacto de los futuros actos defraudatorios constituiría una exigencia demasiado rigurosa que excluiría prácticamente la relevancia del delito continuado en los delitos tributarios[148].

i) La penalidad

La pena prevista por el tipo penal básico del delito de defraudación tributaria acumula dos clases de pena distintas. Por un lado, una pena privativa de libertad no menor de cinco años y no mayor de ocho años, y, por el otro, una pena de multa de trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa. Esta acumulación de penas produce un problema interpretativo para la determinación del plazo de prescripción, pues el artículo 80 del Código penal se pone separadamente en el caso de una pena privativa de libertad y en el caso de otras penas, sin establecer cómo se computa el plazo de prescripción en los delitos que prevén cumulativamente varias clases de penas. Por un lado, podría asumirse una lógica cumulativa también en el plazo de prescripción y aumentar en dos años el plazo de prescripción ordinario determinado por la pena privativa de libertad.

---

(145) Críticamente ante el dolo global en los delitos tributarios, Göhler, *NStZ* 1981, p. 55.

(146) Vid., así, Fleischer, *NJW* 1979, p. 250; Kniffka, *wistra* 1985, p. 92 y s. Críticamente, Bongartz, *Der Fortsetzungszusammenhang*, p. 143 y ss.

(147) Vid., sobre el llamado "sistema institucionalizado", Bittmann/Dreier, *NStZ* 1995, p. 108 y s.; Schmitz, *wistra* 1993, p. 129; Brähler, *Die rechtliche Behandlung*, p. 140 y ss.; Kummer, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 18, n.m. 77.

(148) La jurisprudencia alemana se ha encargado de precisar los distintos tipos de tributos en los que procede por lo general una ampliación del dolo global. Vid., con detalle, Schmitz, *wistra* 1993, p. 129 y ss.

No obstante, consideramos que en la prescripción no se opera necesariamente con criterios acumulativos, como lo demuestra la determinación de los plazos en los casos de concurso de delitos. En este sentido, somos del parecer que el plazo de prescripción del delito debe determinarse con base en la pena más grave, es decir, la pena privativa de libertad, siempre que no sea menor al plazo de prescripción de dos años previsto para las otras clases de penas.

B. Modalidades especiales de defraudación tributaria

El artículo 2 de la ley penal tributaria regula las llamadas modalidades especiales de defraudación tributaria, las cuales se sancionan con la misma pena que el delito básico de defraudación tributaria. Si bien este artículo indica que se trata de modalidades de defraudación tributaria, una simple lectura de las conductas previstas resulta suficiente para poder concluir que dichas modalidades especiales no reúnen necesariamente los elementos constitutivos del tipo básico de defraudación tributaria[149]. Bajo estas circunstancias, el único elemento común entre el tipo básico y las modalidades especiales termina siendo el contexto en el que se enmarcan estas conductas, esto es, una obligación jurídico-tributaria. Por lo demás, cada modalidad especial asume sus propios contornos normativos.

a. Ocultación y falsación de datos tributariamente relevantes

aa) Elementos constitutivos

La primera modalidad especial de defraudación tributaria consiste en ocultar total o parcialmente bienes, ingresos o rentas, o consignar pasivos total o parcialmente falsos con la finalidad de anular o reducir el tributo a pagar. Si bien esta modalidad especial asume una regulación abierta que permitiría incluir a cualquiera dentro del círculo de posibles autores del delito, resulta sistemáticamente deducible que solamente los obligados tributarios pueden cometer

---

[149] De otro parecer, PEÑA CABRERA, *Tratado*, T. IV, p. 295, aunque luego establece marcadas diferencias de las modalidades especiales con los elementos del tipo básico; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 446.

este delito en calidad de autores. Al tratarse de una modalidad especial de defraudación tributaria, la conducta típica debe contextualizarse en la obligación jurídico-tributaria, de manera tal que autor de esta modalidad especial solamente podrá serlo el obligado al pago de los tributos. En el caso de representantes o administradores de los contribuyentes, el artículo 16 del Código tributario les extienden a éstos la calidad de obligados tributarios, de manera que estarán directamente incluidos en el círculo de autores del delito.

La conducta típica está compuesta por dos formas de actuación[150]. En primer lugar, el delito se puede cometer mediante la ocultación de bienes, ingresos o rentas. Se trata aquí de impedir que la administración tributaria tome conocimiento de ciertos ingresos patrimoniales que resultan relevantes para la determinación de la obligación tributaria. Esta forma de actuación no debe limitarse a las declaraciones o informaciones que el obligado tributario debe dirigir a la administración tributaria, sino que puede tener lugar mediante la ocultación física, jurídica o documental de los bienes, ingresos o rentas en las labores de control o fiscalización de la administración tributaria[151]. Al mantener a la administración tributaria en una situación de desconocimiento sobre los incrementos patrimoniales, se le impedirá exigir en su momento el pago de los tributos realmente adeudados.

La segunda forma de realización de la modalidad especial de defraudación tributaria comentada se configura mediante la consignación de pasivos falsos en la información suministrada a la administración tributaria, lo que constituye una forma concreta de reducir la base imponible. Por pasivo debe entenderse las deudas, gastos o pérdidas que resultan tributariamente relevantes en relación a la determinación de las obligaciones tributarias. La falsedad del pasivo no debe limitarse a la consignación de un pasivo inexistente,

---

(150) Vid., igualmente, García Rada, *El delito tributario*, p. 185, en relación con la regulación anterior al Código penal de 1991.

(151) Similarmente, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 445.

sino que abarca también la consignación de un pasivo mayor al que realmente existe. La realización de esta conducta no requiere la presentación de documentos falsos o adulterados, de manera tal que se presentará una situación de concurso con el delito de falsificación de documento o uso de documento falsificado si es que se respalda la falsa consignación con documentación fraguada.

El tipo penal establece que las conductas anteriormente descritas deben apuntar a anular o reducir el tributo a pagar. Como puede fácilmente deducirse, la conducta típica se pone en una relación de medio-fin con la anulación o reducción de los tributos a pagar. No obstante, no es una exigencia del tipo penal que los tributos se lleguen realmente a anular o reducir, pues el delito se configura únicamente con la realización de la conducta de ocultación de ingresos o falsa consignación de pasivos, siempre que dicha conducta sea objetivamente idónea para alcanzar dicho fin. A partir de estas apreciaciones, puede concluirse que la efectiva anulación o reducción del tributo a pagar se constituye típicamente como un elemento subjetivo de tendencia del autor, de manera tal que su incidencia se presentará fundamentalmente en el tipo subjetivo.

Si se hace un paralelo de la modalidad especial que estamos analizando con el tipo básico de defraudación tributaria, se podrá comprobar que la modalidad especial constituye un adelantamiento de la barrera de protección penal, pues su conducta típica no se mueve en el plano de la recaudación tributaria, sino más bien en el plano previo de la pretensión tributaria. Bajo estas consideraciones, el delito de ocultación o falsación de datos tributariamente relevantes no requiere para su configuración que los tributos se dejen de pagar total o parcialmente, sino que basta con que se oculten o falsifiquen ciertos datos relevantes para determinar la base imponible o la cuantía del tributo con la finalidad de anular o reducir el tributo a pagar. Se trata, en consecuencia, de un delito de peligro respecto de la afectación a la recaudación tributaria. Por consideraciones de política-criminal y para poder marcar un límite adecuado con las infracciones tributarias contempladas en el Código tributario, resulta razonable exigir, para la configuración de este delito, un peligro concreto para la recaudación tributaria. En consecuencia, la ocultación

de ingresos o la falsa consignación de pasivos solamente podrán constituir delito si se ha puesto en peligro la recaudación tributaria.

La modalidad especial de defraudación tributaria bajo análisis puede cometerse también por omisión[152], siempre que exista un deber específico de suministrar información cierta sobre los bienes, ingresos, rentas o pasivos relevantes para la determinación de la obligación tributaria. La omisión se puede presentar como la infracción de un deber de aseguramiento o de salvamento. En este sentido, por ejemplo, si el obligado tributario no impide que terceros dependientes oculten al fisco información sobre sus bienes, ingresos o rentas o consignen pasivos falsos, se configurará igualmente la modalidad especial del delito de defraudación tributaria. Si la conducta se muestra naturalísticamente como una acción o como una omisión poco importa para la imputación penal. Lo relevante es que se haya infringido un deber de aseguramiento o de salvamento frente a la administración tributaria.

Un supuesto especialmente discutible es si el incumplimiento del deber de presentar declaraciones tributarias puede dar lugar también a una responsabilidad penal en comisión por omisión. En la lógica del simple incumplimiento de la obligación, podría decirse que si el incumplimiento del pago de los tributos no se castiga penalmente, con mayor razón no debería castigarse el incumplimiento de la obligación accesoria de declarar. Esta conclusión resulta, sin embargo, aparente, pues la gravedad del ilícito tributario no se encuentra en el incumplimiento del pago, sino en la situación en la que se pone a la administración tributaria. Mientras que en el incumplimiento del pago el Estado está en posición de recurrir a todos los mecanismos de ejecución forzosa para satisfacer su pretensión, la falta de información sobre la realización de hechos imponibles lo coloca en una situación de desventaja para poder exigir el cumplimiento del pago de los tributos[153]. En este sentido, la omi-

---

(152) Fundamentalmente como delitos de omisión, los consideró García Rada, *El delito tributario*, p. 185 y s., en la redacción vigente antes de la entrada en vigor del Código penal actual.

(153) Similarmente, Danzer, en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.), p. 73.

sión de declarar configura la modalidad especial de defraudación tributaria siempre que se trate de un deber específicamente establecido en la ley especial de un tributo que obliga a informar sobre ciertos bienes, ingresos o rentas relevantes para determinar el tributo a pagar[154], pues solamente en estos casos la omisión del obligado alcanza el carácter jurídico-penal de una ocultación.

La posibilidad de que bajo ciertas circunstancias la falta de declaración tributaria pueda configurar una modalidad especial de defraudación tributaria, no debe hacernos descuidar la exigencia de cierta idoneidad objetiva de la omisión de declaración para repercutir desfavorablemente en la recaudación tributaria[155]. Desde estas consideraciones, no se habrá producido una ocultación de datos para anular o reducir el tributo a pagar en los casos en los que la información omitida contenga datos que no resultan tributariamente relevantes. Así, por ejemplo, si una persona omite comunicar ingresos que no son suficientes para generar una obligación tributaria, el incumplimiento de la obligación de declarar no podrá configurar el delito de ocultación de datos para anular o reducir tributos. En esta misma línea, tampoco cabría considerar delictiva la falta de comunicación de datos relevantes que le son conocidos por otras vías a la administración tributaria, pues en estos casos no puede hablarse en sentido estricto de una ocultación[156]. Estas omisiones de presentación de declaración tributaria solamente podrán calificar como infracciones tributarias de carácter formal.

bb) La inexigibilidad del cumplimiento del deber de información

En la doctrina penal se plantea la cuestión de si puede exigirse a un contribuyente el cumplimiento del deber de informar ciertos datos

---

[154] Vid., igualmente, JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 174; KUMMER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 18, n. m. 26.

[155] Por ello, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/FERRÉ OLIVÉ, *Todo sobre el fraude tributario*, p. 61 y ss., consideran con razón que no toda omisión de declarar resulta penalmente relevante.

[156] Igualmente, aunque con otra fundamentación, HOFF, *Das Handlungsunrecht*, p. 121 y s.

tributariamente relevantes, aun cuando esta comunicación implique revelar la realización de cierta conducta delictiva. La discusión jurídica radica en la cuestión de si tal exigencia resulta compatible con el derecho de no autoincriminación (*nemo tenetur se ipsum accusare*)[157]. Si la comunicación a la administración tributaria de ciertos ingresos o rentas lleva necesariamente a revelar también su origen delictivo, no podrá exigírsele jurídicamente al contribuyente el cumplimiento del deber de información, pues, de lo contrario, se le estaría conminando con una amenaza penal a revelar el origen delictivo de sus ingresos o rentas. Bajo estas circunstancias, se ha intentado mantener el deber de información con base en una prohibición de valoración de la comunicación a efectos de determinar la responsabilidad penal por el delito anterior[158]. Por nuestra parte, entendemos que el deber de información debe decaer en cualquier caso de revelación de una conducta delictiva, pues el derecho a no autoinculparse no se limita a negar efectos jurídicos a declaraciones autoinculpatorias, sino que incluye el derecho a no declarar contra sí mismo.

cc) Concurso con el delito de infracción de deberes contables tributarios

Un tema que conviene aclarar es el referido a la posible situación de concurso con el delito de infracción de deberes tributarios contables. Una situación de concurso se presentará cuando la ocultación de ingresos o la falsa consignación de pasivos se hacen a través o en los libros contables. A primera vista, parecería que habría que aplicar el delito de infracción de deberes tributarios contables, pues su descripción de la conducta resulta más específica que la modalidad especial de defraudación tributaria que estamos analizando. Sin embargo, esta solución no resulta del todo satisfactoria en el plano político-criminal, pues beneficiaría al autor con una pena más benigna.

Un análisis detenido de la modalidad especial de ocultación o falsa consignación de datos tributariamente relevantes conduce a

---

[157] Vid., Fissenewert, *Der Irrtum*, p. 52 y s.

[158] Vid., en este sentido, Fissenewert, *Der Irrtum*, p. 53.

una solución distinta. La falsedad contable constituye el medio para realizar la ocultación o falsa consignación de datos, de manera tal que podría decirse que la modalidad especial de defraudación tributaria consume la infracción contable. Además de ello, hay que tener presente que la figura de ocultación o falsación de datos tributariamente relevantes requiere la generación de un peligro concreto, lo que la hace más específica que el incumplimiento de los deberes contables que se agotan en un peligro abstracto. Dentro de este orden de ideas, la pena aplicable en este concurso de leyes será el tipo penal que abarque de manera más completa el injusto de la conducta concreta, esto es, la modalidad especial de ocultación y falsación de datos tributariamente relevantes.

b. Incumplimiento de entrega de tributos percibidos o retenidos

La segunda modalidad especial del delito de defraudación tributaria se configura cuando no se entrega 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. Al igual que la modalidad especial anterior, el tipo penal no limita formalmente el círculo de autores, pero esta situación no es óbice para concluir que se trata de un delito especial. En efecto, el incumplimiento de entrega al acreedor tributario de tributos percibidos o retenidos presupone que previamente se han percibido o retenido los tributos, lo que solamente puede ser realizado por quien tiene la calidad de agente de retención o percepción[159]. Conforme a la normativa tributaria, son agentes de retención o percepción quienes en razón de su actividad, función o posición contractual están en posibilidad de retener o percibir tributos y entregarlos al acreedor tributario (artículo 10 del Código tributario). En este sentido, solamente quienes tienen la calidad de agentes de percepción o retención pueden realizar la modalidad especial de

[159] Vid., así, PEÑA CABRERA, *Tratado*, T. IV, p. 302 y s.; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 447. Igualmente en el Derecho penal argentino CATANIA, *Régimen Penal Tributario*, p. 155; CHIARA DÍAZ, en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), p. 373.

omisión de entrega de tributos percibidos o retenidos (p.e. los empleadores respecto del impuesto a la renta derivado del sueldo sus dependientes).

La consideración de la modalidad especial que ahora analizamos como un delito especial presenta un conjunto de consecuencias dogmáticas. No obstante, para abordar adecuadamente estas repercusiones dogmáticas resulta indispensable precisar si se trata de un delito especial de dominio o de infracción de un deber. La estrecha vinculación del tipo penal con el estatus especial de agente de percepción o retención parece llevar a entender este delito tributario especial como un delito de infracción de un deber[160]. En efecto, tal como lo hemos adelantado, sobre los agentes de percepción o retención recae un deber institucional derivado del cumplimiento de los fines del Estado, pues la administración tributaria requiere de ciertos particulares para poder realizar con éxito su labor de recaudación tributaria[161]. De esta manera, los particulares que son constituidos como agentes de percepción o retención se vinculan institucionalmente con el cumplimiento de los fines estatales[162], por lo que el incumplimiento del deber positivo de entregar los tributos percibidos o retenidos configura un delito de infracción de un deber. Como es usual en estos casos, la vinculación institucional se encuentra debidamente formalizada, de manera que una persona sólo puede ser constituida en agente de percepción o retención por ley, decreto supremo o designación expresa mediante resolución de la administración tributaria (artículo 10 del Código tributario).

Si el delito de incumplimiento de entrega de tributos percibidos o retenidos constituye un delito especial de infracción de un deber, la regulación del actuar en lugar de otro y las reglas de la autoría y participación asumen ciertas particularidades. Cuando el agente de

---

(160) De este parecer, Sánchez-Ostiz Gutiérrez, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 116.

(161) Así, Jäger, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 380, n.m. 4, habla de la prestación de un servicio de carácter público.

(162) De una relación cuasi-institucional habla Sánchez-Ostiz Gutiérrez, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 116.

retención o percepción es una persona jurídica, habrá que recurrir al artículo 27 del Código penal para poder sancionar penalmente como autor del delito al representante de la persona jurídica que no cumplió con el deber entregar los tributos retenidos o percibidos, aun cuando sobre éste no recaiga la calidad de agente de retención o percepción[163]. Si bien podría alegarse, como en la defraudación tributaria, que no es necesario recurrir al artículo 27 del Código penal, pues la normativa tributaria extiende la calidad de obligado tributario a los representantes y administradores de la persona jurídica, hay que indicar que en estos casos la calidad de agente de retención o percepción no se extiende a sus representantes, por lo que el recurso a la cláusula del actuar en lugar de otro resulta ineludible. En la medida que se trata de un delito de infracción de un deber solamente el representante de la persona jurídica podrá ser competente por el incumplimiento del deber positivo de entregar los tributos al acreedor tributario, aunque el encargado dentro de la empresa de hacer y entregar las percepciones o retenciones sea otra persona. Por otra parte, en cuanto a las formas de autoría se producen también ciertas particularidades. No cabrá, por ejemplo, una autoría mediata del *extraneus* que se vale de un *intraneus* como instrumento, mientras que los *extranei* que realizan conjuntamente con el *intraneus* o le auxilian a cometer el hecho delictivo no responderán por el delito especial, sino por el delito común de hurto o apropiación ilícita en función de las características del caso concreto.

La modalidad especial de defraudación tributaria que ahora analizamos está estructurada típicamente como un delito de mera conducta que se configura con el simple incumplimiento de entrega de los tributos percibidos o retenidos[164]. No se requiere de ningún acto de apropiación del autor para la configuración del delito. Simplemente basta con que no se cumpla con el deber de entrega dentro del plazo que fijen las leyes y reglamentos pertinentes. Desde estas particularidades del tipo penal, el delito se consuma tanto si el agente

---

(163) Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 447.

(164) Como delito de omisión pura, en el Derecho penal argentino, CATANIA, *Régimen Penal Tributario*, p. 146.

de percepción o retención se apropia de los tributos percibidos o retenidos, como si simplemente pospone injustificadamente su pago más allá del plazo legalmente previsto. Conforme a la redacción del tipo penal, podría abarcarse también la entrega sólo parcial de los tributos percibidos o retenidos, aunque es evidente que el monto de los tributos no entregados debe ser considerado a efectos de la individualización de la pena. La falta de dinero al momento de tener que entregar los tributos retenidos o percibidos provoca una falta de capacidad para cometer el delito, de manera tal que no podrá sustentarse en estos casos una responsabilidad del agente de retención o percepción, a no ser que dolosamente se haya puesto en situación de incapacidad (*omissio libera in causa*)[165].

En cuanto al plazo concreto para efectuar la entrega de los tributos percibidos o retenidos, el tipo penal se configura como una ley penal en blanco. Por lo tanto, la determinación de dicho plazo requiere remitirse a la normativa tributaria correspondiente. La falta de determinación legal del plazo de entrega haría que el incumplimiento de entrega de los tributos percibidos o retenidos a requerimiento de la administración tributaria no constituya una conducta típica, por lo que sólo podría recurrirse, dado el caso, al tipo penal de apropiación ilícita. El recurso que se hace a la técnica legislativa de la ley penal en blanco en esta modalidad especial de defraudación tributaria no es contrario al principio de legalidad, pues la conducta prohibida se encuentra definida por el tipo penal. En este sentido, la concreción del plazo mediante la remisión a normas extrapenales no constituye una afectación prohibida del mandato de certeza o determinación.

De la redacción del tipo penal puede concluirse también que la modalidad especial de defraudación tributaria no se configura cuando el agente de percepción o retención incumple dolosamente su deber de percibir o retener determinados tributos[166]. En este sentido,

---

[165] Vid., Catania, *Régimen Penal Tributario*, p. 150.

[166] Igualmente, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 429. En el Derecho penal argentino, igualmente, Catania, *Régimen Penal Tributario*, p. 146 y s.

si el agente de percepción o retención no entrega los tributos porque no los percibió o retuvo oportunamente, no se habrá realizado el tipo penal de defraudación tributaria especial[167], pues este tipo penal presupone que el agente de percepción o retención haya realizado las retenciones o percepciones de tributos. La falta de retención o percepción solamente podría sancionarse como una infracción tributaria en virtud del artículo 177 inciso 13 del Código tributario[168]. Pero lo que debe quedar claro es que únicamente el agente de percepción o retención que ha cumplido con percibir o retener los tributos está en capacidad de cometer la modalidad especial de defraudación tributaria de incumplimiento de entrega de tributos percibidos o retenidos. El simple registro de las retenciones o percepciones, sin haberlas realizado realmente, tampoco resulta suficiente para sustentar una imputación penal por este delito[169], aunque podría castigársele por algún delito de falsedad.

Respecto a la imputación subjetiva, el tipo penal requiere el dolo del autor, sea como dolo directo o como dolo eventual[170]. En este sentido, el autor debe conocer que se encuentra obligado a entregar dentro del plazo legal los tributos percibidos o retenidos. Una situación de error de tipo puede presentarse, por ejemplo, si el autor cree erróneamente que puede compensar un crédito fiscal con la entrega de los tributos retenidos. La vencibilidad o invencibilidad del error resulta irrelevante, pues en ambos casos el autor se libera de pena. No existe una figura culposa de este delito que permita imponer

---

(167) Similarmente en el Derecho de contravenciones tributarias alemán, JÄGER, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 380, n.m. 15.

(168) Igualmente, GARCÍA RADA, *El delito tributario*, p. 191, en relación con la situación jurídica antes de la entrada en vigencia del Código penal actual. En un análisis material, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 116, considera que esta conducta debe permanecer como infracción tributaria.

(169) Vid., CATANIA, *Régimen Penal Tributario*, p. 147 y s.

(170) Por el contrario, CHIARA DÍAZ, en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), p. 374, limita el delito en el Derecho argentino solamente al dolo directo.

una pena al autor que actúa en situación de error vencible. El error psicológico no resulta, sin embargo, del todo vinculante para el Derecho penal, de modo tal que si con base en criterios normativos se le imputa el conocimiento necesario al autor, la responsabilidad dolosa no decaerá.

C. Defraudación tributaria atenuada

El artículo 3 de la ley penal tributaria regula una atenuación de la defraudación tributaria en función del monto concretamente defraudado, a saber: cuando dicho monto no es mayor a cinco unidades impositivas tributarias. En estos casos, la pena privativa de libertad se reduce a no menor de dos años ni mayor de cinco años, mientras que la pena de multa se queda en ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. En la medida que la reducción de la pena se sustenta en la poca gravedad del monto defraudado, resulta indispensable determinar aquí la suma exactamente defraudada. En el caso de tributos determinados con base cierta, no habrá mayores inconvenientes para determinar la cuantía de los tributos defraudados[171]. Sin embargo, en el caso de determinaciones sobre base presunta no se puede dar relevancia penal a un nivel de exigencia de prueba tan ligero como el aceptado en el ámbito tributario[172]. En este sentido, el juez penal deberá determinar con las reglas de prueba propias del proceso penal los elementos consti-

---

(171) No obstante, en el Derecho penal alemán se reconoce que el juez penal no está vinculado a la suma determinada por la administración tributaria, de manera que debe determinar en el proceso la cuantía de lo defraudado. Así, Fissenewert, *Der Irrtum*, p. 67.

(172) Vid., igualmente, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 427; Bacigalupo Zapater, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 313 y s.; Jaén Vallejo, *Cuestiones actuales*, p. 110 y ss.; Merino Jara/Serrano González de Murillo, *El delito fiscal*, p. 29 y ss. Sobre la desvinculación de la determinación fáctica en el proceso penal respecto de las determinaciones tributarias, Joecks, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 55. Sobre la falta de vinculación de las presunciones legales (aunque admitan prueba en contrario) en el proceso penal, Bajo Fernández/Bacigalupo, *Delitos tributarios y previsionales*, p. 46.

tutivos del ilícito penal (p.e. monto de lo defraudado), no estando vinculado a las valoraciones hechas por la administración tributaria[173]. Lo único que se prohíbe es que el juez haga una libre valoración sin ningún punto de referencia suficiente.

El delito de defraudación tributaria atenuada se configura con los mismos elementos constitutivos de la defraudación tributaria básica o de sus modalidades especiales[174]. El único aspecto particular está constituido por la cuantía de los tributos dejados de pagar fraudulentamente. El dolo del autor no tiene que alcanzar este monto de los tributos defraudados para gozar de la atenuación de la pena, pues, tal como ya lo indicamos, no se trata de un elemento del tipo objetivo que deba ser abarcado por el conocimiento del autor, sino de una condición objetiva de punibilidad con la que se decide si el delito se castiga como defraudación tributaria básica o como defraudación tributaria atenuada.

D. Defraudación tributaria agravada

En el artículo 4 de la ley penal tributaria se regula dos supuestos agravados del delito de defraudación tributaria. Del tenor de la ley se puede deducir fácilmente que estas figuras agravadas tienen como base los elementos constitutivos de la defraudación tributaria común, de manera tal que debe verificarse la realización del tipo básico para poder determinar si se ha cometido la figura agravada ["La defraudación tributaria será reprimida (...)"][175]. Como supuestos

---

[173] Igualmente, JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 58.

[174] Por el contrario, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 472 y s., limita sin mayor argumentación la defraudación al momento de la falta de pago y no de la determinación de la obligación tributaria.

[175] Por el contrario, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 463, habla de supuestos diferentes, pues no tienen nada en común con el tipo básico. No compartimos esta opinión, ya que consideramos que tanto en la obtención fraudulenta de ventajas tributarias como en la insolvencia fraudulenta se consigue dejar de pagar los tributos realmente adeudados. En el primer caso, porque la ventaja tributaria redunda siempre en una tributación

agravados se contemplan, por un lado, la obtención fraudulenta de ventajas tributarias y, por el otro, la insolvencia patrimonial fraudulenta. En ambos casos la penalidad sufre un sustancial incremento. La pena privativa de libertad llega a ser no menor de ocho años ni mayor de doce años, mientras que la pena de multa va de setecientos treinta a mil cuatrocientos sesenta días-multa.

a) Obtención fraudulenta de ventajas tributarias

En el literal a) se tipifica como figura agravada de la defraudación tributaria la obtención de exoneraciones, inafectaciones, reintegros, saldos a favor, crédito fiscal, compensaciones, devoluciones, beneficios o incentivos tributarios, simulando la existencia de hechos que permitan gozar de los mismos. Se trata de la obtención fraudulenta de alguna ventaja que excluye o reduce el monto de la deuda tributaria a pagar según las disposiciones tributarias correspondientes[176]. Como se acaba de mencionar, este supuesto agravado presupone la realización de los elementos constitutivos de la defraudación tributaria básica, lo que significa que se ha utilizado algún tipo de engaño o actuación fraudulenta para dejar de pagar total o parcialmente los tributos que establecen las leyes. La particularidad del supuesto agravado está en que la actuación fraudulenta se manifiesta mediante una simulación respecto de la existencia de hechos que permiten gozar de una ventaja tributaria, alcanzándose la falta de pago total o parcial del tributo a través de la obtención injustificada de la ventaja tributaria. Desde la perspectiva del legislador penal, la defraudación tributaria realizada mediante la obtención fraudulenta de ventajas tributarias resulta especialmente reprochable, por lo que merecería una penalidad mayor. En nuestra opinión, no apreciamos un fundamento plausible para elevar sustancialmente la pena

---

menor o más ligera, mientras que en el segundo caso la situación de insolvencia debe llevar a la falta de pago de los tributos. En este sentido, los supuestos agravados deben contener los elementos del tipo básico de defraudación tributaria.

[176] Similarmente, Joecks, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 94.

a la exclusión o reducción del tributo que se consigue por medio de la obtención indebida de ventajas tributarias[177].

Un aspecto particular del tipo penal de obtención fraudulenta de ventajas tributarias que debe tenerse en cuenta es que el tipo penal hace una enumeración cerrada de las ventajas tributarias que constituyen objeto del delito, de manera que la obtención fraudulenta de alguna otra ventaja tributaria no prevista expresamente en el tipo penal tendrá que quedar al margen del ámbito de lo penalmente prohibido. Como es por todos conocido, el uso de la analogía para calificar el hecho como delito se encuentra expresamente prohibido por el Código penal en el artículo III del Título Preliminar, cuyas normas generales resultan aplicables supletoriamente a los hechos punibles previstos en leyes especiales (artículo X). En consecuencia, la obtención fraudulenta de cualquier otra ventaja tributaria no mencionada expresamente en el artículo 4 literal a) de la ley penal tributaria no podrá dar lugar a una sanción penal agravada, aunque dicha situación no impedirá el castigo con base en el tipo penal básico.

Entrando en el análisis del tipo penal agravado, puede decirse que para que la obtención de una ventaja tributaria sea típica es necesario que dicha obtención sea injustificada, es decir, que de no haber mediado la simulación del autor la ventaja tributaria no se habría alcanzado. En este sentido, resulta necesaria una vinculación objetiva entre la conducta de simulación del autor y el resultado de obtención de la ventaja tributaria. La conducta del autor no consiste en cualquier tipo de simulación o falsificación, sino que el tipo penal la reduce a la simulación de la existencia de hechos que permiten gozar de las ventajas tributarias. Como puede verse, el tipo penal de defraudación agravada se limita a la simulación de los presupuestos fácticos para la obtención de una ventaja tributaria, de manera tal que la simulación de otros requisitos (p.e. la falsificación de

[177] Igualmente, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 464. En la normativa española, por ejemplo, la obtención de beneficios se regula como una forma de la defraudación tributaria básica, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Delitos tributarios y previsionales*, 79 y ss.

determinados documentos requeridos para demostrar hechos realmente acaecidos) o la alegación de valoraciones jurídicas incorrectas, no configurará el tipo penal agravado.

En cuanto a la consumación del tipo penal agravado, la redacción típica parecería requerir solamente la obtención injustificada de la ventaja tributaria[178], sin que sea necesario que ésta se haya efectivamente deducido de la deuda tributaria o se haya recibido el dinero (por ejemplo, en el caso de las devoluciones)[179]. Sin embargo, hay que recordar que el tipo penal agravado se constituye sobre la base del tipo básico de defraudación tributaria, por lo que resultará necesario que también en la figura agravada se presente el resultado típico de dejar de pagar total o parcialmente los tributos mediante el goce o cobro de alguna ventaja tributaria[180]. En este sentido, las ventajas tributarias indebidamente obtenidas deben afectar la recaudación tributaria, reduciendo o eliminando el pago de los tributos. Si no se produce la falta de pago, la conducta podrá castigarse solamente como un caso de tentativa acabada.

La circunstancia agravante de obtener fraudulentamente ventajas tributarias puede entrar en concurso con la circunstancia atenuante determinada por el monto no mayor de 5 UITs. Siguiendo las reglas generales del concurso de leyes, puede decirse que en estos casos la solución no debe ir por el concurso ideal[181], pues afectaría la

---

(178) Así es, por ejemplo, como se interpreta la obtención indebida de ventajas tributarias en la defraudación tributaria regulada en el Derecho penal alemán (Vid., VON DER HEIDE, *Tatbestands- und Vorsatzprobleme*, p. 151 y ss.) y en el Derecho penal argentino [CATANIA, *Régimen Penal Tributario*, p. 131; RIQUERT, *Cuestiones*, p. 41 y s.; CHIARA DÍAZ, en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), p. 369].

(179) Esta cuestión es discutida también en la normativa penal española, tal como lo ponen de manifiesto BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Delitos tributarios y previsionales*, p. 80.

(180) Igualmente, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 467 y s., aunque recomienda de *lege ferenda* que este delito se consuma solamente con la solicitud fraudulenta de la ventaja.

(181) Así lo hace, GRACIA MARTÍN, *Delitos*, p. 144 y ss.

prohibición de doble valoración de los elementos constitutivos del tipo básico[182]. En nuestra opinión, la solución de estos supuestos de concurso debe encontrarse recurriendo al marco penal del delito más grave. El recurso al marco penal del delito más grave no impide, sin embargo, la posible influencia del tipo penal privilegiado desplazado en la medición de la pena.

Una cuestión particular que resulta necesario analizar es la remisión inversa que hace el artículo 13 del Decreto Supremo Nº 103-99-EF (Reglamento de las disposiciones tributarias contenidas en la Ley de promoción de la inversión en la amazonía) a la figura agravada de obtención fraudulenta de ventajas tributarias. En este dispositivo tributario se señala que la persona que adquiera bienes con exoneración del impuesto general a las ventas y posteriormente los venda o consuma fuera de la amazonía, incurrirá en la causal del delito de defraudación tributaria por obtención indebida de beneficios tributarios, a que se refiere el literal a) del artículo 4 de la ley penal tributaria. Para evaluar esta remisión inversa, hay que indicar de manera general que una remisión de este tipo no genera mayores problemas si la conducta puede subsumirse completamente en el tipo penal remitido[183], pues no sólo no se desnaturalizaría el tipo penal, sino que se ofrecería una mayor seguridad jurídica[184]. Por el contrario, la remisión resulta cuestionable si la conducta prevista en la ley extra-penal desborda el ámbito de regulación del tipo penal correspondiente.

En el presente caso, la conducta que se remite inversamente al delito tributario agravado de obtención indebida de beneficios tributarios, está constituida por la venta o consumo fuera de la amazonía de bienes adquiridos con exoneración del impuesto general a las ventas. Si se tiene en consideración las particularidades de esta con-

---

[182] Vid., así, GARCÍA ALBERÓ, *Non bis in idem*, p. 379 y s.

[183] En la doctrina penal se reconoce que se trata de una cláusula de carácter declarativo. Vid., así, TIEDEMANN, *Einführung*, p. 60 y s.

[184] Vid., así, el juicio positivo que reciben las llamadas cláusulas de remisión inversa, BACIGALUPO ZAPATER, *Sanciones administrativas*, p. 29 y ss.; DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites*, p. 205.

ducta podrá llegarse a la conclusión de que no reúne necesariamente los elementos constitutivos del delito tributario al que se remite, pues el autor podría haber decidido vender o consumir los bienes fuera de la amazonía con posterioridad a su adquisición bajo el régimen tributario especial. En este orden de ideas, si se quiere mantener incólume el principio de legalidad y especialmente la reserva de ley (pues el reglamento que hace la remisión inversa es un decreto supremo), resultará necesario limitar la remisión inversa al caso de bienes que desde el momento de su adquisición estaban destinados a venderse o consumirse fuera de la amazonía. De no presentarse esta particularidad, la conducta sólo podrá castigarse solamente como un delito de comercio clandestino de productos, conforme al artículo 272 inciso 3 del Código penal.

b) Insolvencia patrimonial fraudulenta

El literal b) del artículo 4 de la ley penal tributaria agrava la penalidad de la defraudación tributaria en la que se simule o provoque estados de insolvencia patrimonial que imposibiliten el cobro de tributos una vez iniciado el procedimiento de verificación o fiscalización. Como puede verse, la conducta defraudatoria de este supuesto agravado de defraudación tributaria se contextualiza en el estado de insolvencia patrimonial. En la medida que el tipo penal no se vincula accesoriamente a la normativa concursal, la insolvencia patrimonial simulada o provocada debe entenderse en un sentido económico, es decir, como incapacidad patrimonial permanente para poder hacer frente a las obligaciones exigibles[185]. Esta interpretación no implica, sin embargo, negar la posibilidad de que la situación de insolvencia pueda plasmarse en el caso concreto en un procedimiento concursal.

El tipo penal recoge dos formas de utilizar fraudulentamente la insolvencia patrimonial: la simulación o la provocación. En cuanto a la primera, el elemento defraudatorio se ve con mucha claridad, pues

[185] Similarmente, Buompadre, *Insolvencia fraudulenta*, p. 79; Catania, *Régimen Penal Tributario*, p. 192.

el obligado tributario aparenta una situación de insolvencia, inexistente en la realidad, para impedir el cobro de los tributos. De esta manera, el obligado tributario engaña a la administración tributaria sobre su capacidad de pago o se vale fraudulentamente de la protección patrimonial que podría concederle el inicio de un procedimiento concursal. La segunda forma de materialización de esta forma agravada de defraudación tributaria tiene lugar mediante la provocación de la situación de insolvencia patrimonial[186]. Está claro que no debe entenderse como tal cualquier causación de la situación de insolvencia, sino solamente aquella que puede considerarse fraudulenta, es decir, aquella que se provoca con la finalidad de frustrar el pago de los tributos correspondientes. En la medida que el tipo penal no circunscribe los medios de comisión, hay que entender que la simulación o provocación de la insolvencia puede alcanzarse con cualquier medio idóneo[187]. Está claro que al tratarse de un uso fraudulento de la insolvencia, la actuación del autor solamente podrá presentarse con dolo directo[188] quedando excluido el dolo eventual y evidentemente las actuaciones culposas.

El resultado típico está constituido, al igual que el tipo básico, por la frustración de la recaudación tributaria, es decir, por la falta de pago de los tributos[189]. En consecuencia, y en la medida que se trata de un delito de resultado, es necesario que se fundamente una relación de imputación objetiva entre el uso fraudulento de la situa-

---

[186] En la normativa argentina se alude adicionalmente a la agravación de la insolvencia (Vid., BUOMPADRE, *Insolvencia fraudulenta*, p. 78), pero si bien la normativa nacional no contempla este supuesto expresamente, no parece inconcebible subsumirlo en la provocación de la insolvencia.

[187] Igualmente, en el Derecho penal argentino, BUOMPADRE, *Insolvencia fraudulenta*, p. 83 y s.; CATANIA, *Régimen Penal Tributario*, p. 190; CHIARA DÍAZ, en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), p. 385.

[188] Así, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 470; BUOMPADRE, *Insolvencia fraudulenta*, p. 99; CHIARA DÍAZ, en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), p. 386. De otro parecer, CATANIA, *Régimen Penal Tributario*, p. 198.

[189] Vid., PEÑA CABRERA, *Tratado*, T. IV, p. 321; BUOMPADRE, *Insolvencia fraudulenta*, p. 94; CATANIA, *Régimen Penal Tributario*, p. 192 y s.

ción de insolvencia patrimonial y la falta de pago de los tributos. Para decirlo de modo más claro: la falta de pago de los tributos debe explicarse en el engaño realizado por el autor sobre su situación patrimonial o en la provocación manipuladora de la situación de insolvencia. Por el contrario, si pese al uso de estas formas fraudulentas, la administración tributaria logra cobrar los tributos que establecen las leyes por causas no atribuibles al obligado tributario, la responsabilidad penal quedará limitada a la tentativa del delito conforme al artículo 16 del Código penal[190].

Un aspecto relevante para la configuración de la conducta típica es la delimitación temporal que hace el tipo penal agravado[191]. En efecto, en su parte final, el tipo penal ubica temporalmente la realización de la conducta fraudulenta agravada luego de iniciado el procedimiento de verificación y/o fiscalización de las obligaciones por parte de la administración tributaria, conforme a lo establecido en el artículo 61 del Código tributario. En este sentido, la simulación o provocación fraudulenta de la situación de insolvencia solamente podrá configurar un delito de defraudación tributaria agravada una vez que la administración tributaria inicia un procedimiento de verificación y/o fiscalización, siempre que con la referida actuación fraudulenta se imposibilite el cobro de los tributos.

En la medida que la situación aparente o provocada de insolvencia puede llevar al inicio de un procedimiento concursal, el delito de defraudación puede presentarse en una situación de concurso con algún delito concursal. En concreto podría pensarse en el caso de la simulación de una situación de insolvencia patrimonial para impedir el pago de los tributos, lo cual se materializa mediante el inicio de un procedimiento concursal con el que se llega a obtener la suspensión de las obligaciones. Si el delito concursal de uso fraudulento de información falsa en un procedimiento concursal se consti-

---

(190) Sobre el castigo de la tentativa, Catania, *Régimen Penal Tributario*, p. 194 y s.

(191) Vid., Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 470. Una limitación temporal se hace también en la normativa penal argentina, como lo indican Buompadre, *Insolvencia fraudulenta*, p. 96 y ss.; Catania, *Régimen Penal Tributario*, p. 193.

tuye en un delito contra los acreedores, podría concluirse que el delito tributario constituiría no más que en una especificación de la protección penal (el acreedor tributario), de manera que se trataría de un concurso de leyes. No obstante habría que indicar que si se afecta además a otros acreedores, esta situación debería considerarse en la individualización de la pena.

El uso fraudulento de información falsa en un procedimiento concursal, sin embargo, no es un delito que se dirija contra los intereses patrimoniales de los acreedores concursales, sino contra el cumplimiento de la finalidad estatal de permitir una ordenada satisfacción de los acreedores de un deudor que ha entrado en una situación de insolvencia. En consecuencia, la veracidad como característica de la solicitud de inicio de un procedimiento concursal se constituye en el eje de la norma penal y, por lo tanto, se configura con independencia de la defraudación a los acreedores concretos. Bajo este panorama, hay que hablar en estos casos de un concurso ideal de delitos, cuya pena deberá determinarse con base en la regla establecida en el artículo 48 del Código penal.

E. La infracción de deberes contables tributarios

El artículo 5 de la ley penal tributaria regula el delito de infracción de deberes contables tributarios. Tal como lo adelantamos, se trata de un delito de dominio que adelanta la barrera de punibilidad a actos que crean las condiciones favorables para futuras defraudaciones tributarias[192]. Se castiga el incumplimiento de ciertos deberes contables indispensables para la labor de control de la administración tributaria, en la medida que con ello se aligera el camino para una posterior defraudación tributaria. Sin embargo, el tipo penal no requiere la afectación de la recaudación tributaria respecto del pago de algún tributo, pues en estos casos podría entrarse ya en

[192] Igualmente respecto de una contravención tributaria similar en el Derecho penal alemán, JÄGER, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 379, n.m. 5. Del mismo modo, la comprensión del delito de fraude contable-tributario en el Derecho penal español, CHOCLÁN MONTALVO, *Responsabilidad de auditores*, p. 55 y s.; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Delitos tributarios y previsionales*, p. 158.

el ámbito de la defraudación tributaria. Se trata, por lo tanto, de un delito de peligro abstracto[193] que se configura con el simple incumplimiento de los deberes contables tributarios especificados en el tipo penal.

a) Sujetos

El delito de incumplimiento de deberes contables tributarios solamente puede ser cometido por quien se encuentra obligado por las normas tributarias a llevar libros y registros contables[194]. En este sentido, no cualquiera puede cometer este delito, sino solamente los obligados por la normativa tributaria a llevar determinados libros o registros de carácter contable. Desde esta premisa, si una persona no obligada por las normas tributarias decide llevar contabilidad, p.e. una persona sometida al régimen único simplificado, no responderá por delito contable tributario aun cuando sus libros o registros sean incompletos o inexactos[195].

La obligación contable prevista por la normativa tributaria debe estar necesariamente referida a libros y registros contables. En este orden de ideas, el incumplimiento referido a otro aspecto de la contabilidad que no sea la llevanza de libros y registros contables quedará al margen del tipo penal (p.e. los inventarios). Por libros y registros contables deben entenderse todos aquéllos vinculados a los asuntos tributarios que exige la administración tributaria[196], dentro de los cuales deben incluirse también los libros y registros contables electrónicos (*E-gob*), cuyo uso vaya autorizando la administración tributaria conforme al artículo 62 inciso 16 del Código tributario.

---

[193] Igualmente, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 453.

[194] Vid., Peña Cabrera, *Tratado*, T. IV, p. 337. A diferencia de la normativa española (Sánchez-Ostiz Gutiérrez, *El delito contable tributario*, p. 63 y ss.; Chioclán Montalvo, *Responsabilidad de auditores*, p. 59; Bajo Fernández/Bacigalupo, *Delitos tributarios y previsionales*, p. 164), nuestro tipo penal se limita a los libros y registros contables, no incluyendo la contabilidad mercantil.

[195] Vid., en el mismo sentido, Jäger, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 379, n.m. 15; Sánchez-Ostiz Gutiérrez, *El delito contable tributario*, p. 50.

[196] Vid., Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 454 y s.

Por el contrario, la infracción de la obligación de llevar libros o registros con fines puramente tributarios sin ningún carácter contable, no podrá dar lugar al delito contable tributario, pues el tipo penal exige que los libros o registros tengan naturaleza contable.

Para determinar la obligación de llevar contabilidad, el tipo se remite a las normas tributarias[197], debiéndose entender por tales no sólo las leyes tributarias, sino también los reglamentos o resoluciones de la Sunat[198]. Por ejemplo, el artículo 65 tercer párrafo inciso b) de la ley del impuesto a la renta establece que las personas jurídicas están obligadas a llevar contabilidad completa, mientras que los otros perceptores de rentas de tercera categoría –salvo las personas naturales, sucesiones indivisas, sociedades conyugales que optaron por tributar como tales que obtengan exclusivamente las rentas a que se refiere el literal j) del artículo 28 de la ley–, están obligados a llevar contabilidad, de acuerdo a los siguientes tramos. Si tienen ingresos brutos anuales hasta 100 UITs, deberán llevar el registro de ventas e ingresos, registro de compras, libro de inventarios y balances, y el libro caja y bancos. Si generan ingresos brutos anuales mayores a 100 UITs, deberán llevar contabilidad completa. Conforme a la Resolución de Superintendencia Nº 234-2006/SUNAT, la contabilidad completa está integrada por los siguientes libros y registros: el libro caja y bancos, el libro de inventarios y balances, el libro diario, el libro mayor, el registro de compras y el registro de ventas e ingresos.

En el caso de personas jurídicas obligadas a llevar la contabilidad, la responsabilidad penal por el incumplimiento de los deberes contables recaerá sobre los representantes competentes por el cumplimiento de estos deberes. Para poder realizar esta imputación de responsabilidad penal no resulta necesario recurrir a la cláusula del actuar

---

[197] En este sentido, como ley penal en blanco, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Delitos tributarios y previsionales*, p. 160.

[198] Críticamente, en comparación con la normativa penal española, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 452, que se limita a las leyes tributarias, lo que excluiría normas jurídicas de inferior jerarquía. Vid., al respecto, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El delito contable tributario*, p. 52 y s.

en lugar de otro establecida en el artículo 27 del Código penal[199], pues la calidad de obligado a llevar contabilidad se puede atribuir directamente a los representantes legales o designados de la persona jurídica. En efecto, el artículo 16 inciso 2 del Código tributario establece que éstos están obligados a cumplir con las obligaciones formales en calidad de representantes de la persona jurídica. El fundamento dogmático por el cual se haría responsable penalmente a los representantes de una persona jurídica reside en que su posición en la empresa les hace competentes por el dominio del riesgo constituido por la falta de transparencia de la información económica y financiera. Con esta misma fundamentación puede explicarse también la ampliación de la calidad de obligado tributario que la normativa tributaria hace a los administradores o quiénes tengan la disponibilidad de los bienes de los entes colectivos que carecen de personería jurídica (artículo 16 inciso 3 del Código tributario).

b) Conducta típica

La conducta típica de incumplimiento de deberes contables tributarios está conformada por cuatro formas distintas de realización, cada una capaz de configurar por sí misma el delito[200]. En la medida que estamos ante un delito de peligro abstracto[201], no será necesario que estas conductas afecten la recaudación tributaria, lo que excluye la posibilidad de un castigo en grado de tentativa. Esta afirmación, sin embargo, no debe entenderse en el sentido de que no interesa la idoneidad de la infracción contable para afectar la recaudación tributaria[202], pues si centrásemos el injusto penal en la mera

---

(199) De otro parecer, Peña Cabrera, *Tratado*, T. IV, p. 339.

(200) Igualmente en el delito contable tributario español, por lo que se considera que este delito está estructurado como un tipo alternativo. Vid., al respecto, Sánchez-Ostiz Gutiérrez, *El delito tributario contable*, p. 437.

(201) Críticamente, frente a esta posibilidad de interpretación dogmática, Peña Cabrera, *Tratado*, T. IV, p. 365 y s.

(202) Así, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 453, que incluye la "potencialidad lesiva" dentro de la interpretación. Por su parte, Peña Cabrera, *Tratado*, T. IV, p. 354, siguiendo a un sector de la doctrina española, requiere

infracción formal, se dejaría sin espacio a las infracciones tributarias previstas en el artículo 175 del Código tributario. En este orden de ideas, las infracciones de los deberes contables tributarios expresamente contempladas por el tipo penal deben ser objetivamente idóneas para afectar la recaudación tributaria, de manera tal que no basta con constatar una infracción formal de los deberes tributarios previstos en la ley penal[203]. Veamos cada una de estas infracciones contables.

aa) Incumplimiento total de la obligación de llevar contabilidad

El tipo penal sanciona, en primer lugar, el incumplimiento total de la obligación de llevar los libros y registros contables que establecen las normas tributarias correspondientes. En la medida que el tipo penal exige un incumplimiento total de este deber, la llevanza de los libros y registros contables exigidos aunque sea de forma desordenada o incompleta no podrá subsumirse en este supuesto típico[204], aunque hay que resaltar que dicha actuación podrá configurar otra forma de realización del delito de incumplimiento de deberes contables tributarios como, por ejemplo, el incumplimiento del deber de anotación en los libros y registros contables[205]. La falta total de cumplimiento del deber de llevar contabilidad debe ser objetivamente idónea para afectar la determinación de las obligaciones tributarias, pues se trata de un delito de peligro abstracto que no se equipara al simple incumplimiento formal de la obligación. Bajo esta forma de realización del delito contable tributario entran fundamentalmente los agentes que operan informalmente en la administración o gestión de un negocio.

---

que la infracción contable esté conectada con la infracción del deber de declarar frente a la administración tributaria, lo cual lo pone en el terreno propiamente de un delito de peligro concreto.

(203) Del mismo parecer, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 453 y s.

(204) Igualmente, en el Derecho penal español, CHOCLÁN MONTALVO, *Responsabilidad de auditores*, p. 62; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Delitos tributarios y previsionales*, p. 161.

(205) Así, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 457

bb) Incumplimiento del deber de anotación

El incumplimiento de los deberes contables tributarios puede tener lugar también no anotando actos, operaciones o ingresos en los libros y registros contables. En la medida que se trata de un delito omisivo[206], resulta necesario que exista un deber de anotación, es decir, que los actos, operaciones o ingresos no anotados debieron anotarse o registrarse conforme a las normas contables. En la Resolución de Superintendencia Nº 234-2006/SUNAT se establece la información mínima que deben contener los distintos libros y registros contables (artículo 13), así como los plazos máximos de retraso en la anotación de libros y registros contables relacionados con asuntos tributarios (anexo II). En consecuencia, hay que recurrir a estas disposiciones tributarias para concretar la infracción del deber de anotar actos, operaciones o ingresos en los libros y registros contables. Si los libros y registros contables contienen la información requerida no se habrá infringido el deber de anotación, aun cuando no se haya seguido el orden o formato determinado por la administración tributaria[207].

Para imputar la responsabilidad penal, no interesa si el contador o alguna otra persona distinta al obligado tributario se encarga usualmente de hacer las anotaciones o registros contables. El obligado tiene que cumplir el deber de anotación por si mismo o disponer que la persona especializada o encargada lo haga efectivamente. A partir de estas consideraciones, puede concluirse que la delegación del deber de anotar no descarga la responsabilidad penal del obligado a llevar la contabilidad, de manera que a éste no sólo le corresponde un deber de vigilancia sobre el delegado de la función de anotación, sino incluso un deber de constatación del cumplimiento efectivo de las anotaciones o registros[208]. Está claro que este deber

---

[206] Aunque Sánchez-Ostiz Gutiérrez, *El delito contable tributario*, p. 114 y s., considera que la no anotación se hace como parte integrante de una conducta positiva: llevar contabilidad inadecuadamente.

[207] Igualmente, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 458.

[208] Vid., así, recurriendo a la figura de la comisión por omisión, Sánchez-Ostiz Gutiérrez, *El delito tributario contable*, p. 471 y ss.

de control y constatación del delegante no puede contemplar un control sobre aspectos especializados de la contabilidad, pues la contratación de un contador o asesor fiscal se sustenta precisamente en la carencia de los conocimientos contables suficientes para hacer las anotaciones o registros exigidos. Sólo en caso de una selección defectuosa del delegado (por ejemplo, un empírico), podría sustentarse, pese a todo, una imputación penal al obligado tributario.

Un aspecto muy importante para la consumación del delito es la determinación del momento en el que el obligado debe cumplir con el deber contable de anotación. La SUNAT establece mediante resolución de superintendencia los plazos para realizar la anotación de las operaciones. Ante esta situación, los obligados a llevar contabilidad deberán tener en cuenta lo dispuesto por la administración tributaria en cuanto a los plazos de anotación. Una infracción penalmente relevante del deber contable de anotación se consumará una vez superado el plazo máximo de atraso dentro del cual se debieron anotar las operaciones sin que se hayan efectivamente hecho.

cc) Incumplimiento del deber de veracidad

El deber contable de veracidad se infringe cuando el obligado a llevar contabilidad realiza anotaciones de cuentas, asientos, cantidades, nombres y datos falsos en los libros y registros contables. En la medida que se trata de un delito de dominio, no hay problema para aceptar una autoría mediata del obligado a llevar contabilidad cuando la anotación es realizada por un instrumento no cualificado. Si el que hace la anotación no actúa como instrumento, sino que conoce perfectamente la falsedad de la anotación, el obligado a llevar la contabilidad podrá responder en comisión por omisión si no impide la materialización de la falsa anotación o no la corrige una vez detectada ésta[209].

La falsedad de las cuentas, asientos, cantidades, nombres y datos anotados consiste en una incompatibilidad de lo anotado con la

[209] Igualmente, JÄGER, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 379, n.m. 20a.

realidad[210]. En este sentido, habrá falsedad cuando se anotan operaciones inexistentes o cuando siendo reales se alteran las cifras[211]. El tipo penal no abarca, por el contrario, la anotación indebida de datos ciertos, por ejemplo, la anotación de un gasto real de la empresa que conforme a la regulación tributaria correspondiente no califica como gasto tributariamente deducible. Muy distinto es el caso si es que se anotan, como gastos de la empresa, gastos personales de los socios o de los administradores, pues aquí la falsedad se encuentra en el dato objetivo de atribuir el gasto a la empresa.

Si la anotación falsa se respalda con un documento falsificado, habrá una situación de concurso de delitos y no de concurso de leyes. La infracción del deber de veracidad contable abarca solamente la anotación de cuentas, asientos, cantidades, nombres y datos falsos en los libros y registros contables, pero no la falsificación de los documentos que respaldan esa anotación. Si se trata de un concurso ideal o real de delitos, depende de qué delito de falsedad de documento se atribuye al obligado a llevar contabilidad. La infracción del deber de veracidad contable se presentará en una situación de unidad de acción en relación con el delito de uso de documento falsificado, mientras que habrá una pluralidad de acciones en relación con la falsificación de documento.

dd) Incumplimiento del deber de conservación

El delito de infracción de deberes contables tributarios se presenta también cuando el obligado a llevar contabilidad oculta, hace desparecer o destruye total o parcialmente los libros y/o registros contables o los documentos relacionados con la tributación, como, por ejemplo, los documentos que respaldan ciertas operaciones realizadas (facturas, boletes de pago, etc.). Se trata de una infracción al deber de conservación de la contabilidad, el cual se encuentra limitado temporalmente conforme a la normativa tributaria, pues

---

[210] Vid., similarmente, Jäger, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 379, n.m. 20.

[211] Así, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 459.

resulta poco funcional imponer un deber de conservación indefinido de la documentación relacionada con la tributación. En este sentido, el artículo 87 inciso 7 del Código tributario establece que la obligación de conservar los libros y registros, llevados en sistema manual, mecanizado o electrónico, así como los documentos y antecedentes de las operaciones o situaciones que constituyan hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias o que estén relacionadas con ellas, dura mientras el tributo no esté prescrito[212].

c) Elemento subjetivo

En aplicación supletoria del artículo 12 del Código penal, el delito de incumplimiento de deberes contables tributarios solamente se castiga si el obligado a llevar contabilidad actúa con dolo[213]. Para poder afirmar el dolo, resulta necesario imputarle al autor el conocimiento de que se encuentra obligado por las normas tributarias a llevar determinados libros y registros contables. En principio, el dolo del autor no requeriría el conocimiento de las particularidades de las normas extrapenales a las que la ley penal se remite. Sin embargo, cuando el tipo penal utiliza un concepto indeterminado de remisión a normas complementarias, como es aquí el caso, la imputación del conocimiento sólo desde la ley penal llevaría consigo un amplio margen de discrecionalidad judicial. Por esta razón, la imputación subjetiva requiere en este caso también la atribución de conocimiento de los aspectos regulados específicamente por las leyes complementarias.

Para poder imputar el conocimiento al autor resulta fundamental atender a su actividad regular. Si se trata de un sujeto que se desenvuelve ordinariamente en el sector sometido a regulación tributaria, la imputación del conocimiento de las leyes tributarias complementarias podrá hacerse sin mayores

---

[212] Vid., GARCÍA RADA, *El delito tributario*, p. 190.

[213] Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 460, aunque lo limita al dolo directo, dejando al margen de lo penalmente relevante los casos de dolo eventual.

inconvenientes[214], salvo algún supuesto especial como la existencia de un informe especializado defectuoso. Pero con independencia de los supuestos de excepción, sólo la existencia de un caos regulativo de la administración tributaria podría sustentar la falta de los presupuestos para la imputación del dolo a los sujetos del sector regulado, en tanto el defecto de conocimiento de la normativa pertinente resultará atribuible al propio sistema tributario.

En cuanto a cada forma típica de realización del delito de incumplimiento de los deberes contables tributarios, el dolo requiere el conocimiento del deber contable específicamente infringido[215]. El autor debe conocer, por ejemplo, la forma y condiciones para el cumplimiento de la obligación de llevar contabilidad según lo establecido por las normas tributarias correspondientes. En caso de la infracción del deber de anotación, es necesario el conocimiento de los actos, operaciones o ingresos que deben anotarse en los libros y registros. La infracción del deber de veracidad contable exige el conocimiento del autor de la falsedad o incorrección de las anotaciones realizadas en los libros o registros. Finalmente, el obligado a llevar contabilidad debe conocer el deber de conservar los libros, así como el plazo legalmente previsto de cumplimiento de este deber de conservación.

d) Autoría y participación

El delito de infracción de deberes contables tributarios está configurado como un delito especial de dominio, de manera tal que el criterio para determinar la autoría se encuentra en la competencia por el dominio del riesgo[216]. El autor del delito debe

---

[214] Vid., en este sentido, para delitos cometidos en el ámbito de la actividad profesional, Lüderssen, *wistra* 1983, p. 223.

[215] Se trata de un dolo específico, tal como lo explica Sánchez-Ostiz Gutiérrez, *El delito tributario contable*, p. 480, frente al dolo general de conocimiento del deber de llevar contabilidad.

[216] Así, recurre a la teoría del dominio del hecho, Sánchez-Ostiz Gutiérrez, *El delito contable tributario*, p. 387.

reunir la calidad especial exigida por el tipo penal (estar obligado por la normativa tributaria a llevar libros y registros contables), pero además debe dominar suficientemente el hecho. Este dominio se puede manifestar en las tres formas de autoría[217]. En el caso de la coautoría interesa fundamentalmente que el aporte sea esencial, pudiendo incluso consistir en una conducta omisiva[218]. Respecto de la autoría mediata, el autor puede valerse incluso de un instrumento doloso no cualificado para la comisión del delito, siempre que pueda afirmarse la competencia por el dominio del riesgo[219].

Los sujetos no cualificados que intervengan en el hecho podrán responder como partícipes[220]. El grado cuantitativo de dominio no interesa a efectos de sustentar la imputación penal, pues al carecer de la calidad especial exigida por el delito de infracción de deberes contables tributarios, su responsabilidad penal se limitará siempre a la participación en sentido estricto. A una solución distinta se podría llegar si es que se contase con una norma que permitiese una actuación penalmente relevante en lugar de otra persona natural que reúne la calidad especial exigida por el tipo penal. En estos casos, el *extraneus* podría responder como autor del delito especial por tener el mismo dominio social exigido por el tipo penal sin afectar el límite establecido por el principio de legalidad.

e) Concursos

Una situación de concurso se presenta usualmente con el delito de defraudación tributaria. Habrá que considerar un concurso de leyes cuando el incumplimiento de los deberes contables tributarios

---

(217) Vid., igualmente, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El delito contable tributario*, p. 384 y ss.

(218) Vid., al respecto, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El delito contable tributario*, p. 392 y s.

(219) Similarmente, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El delito contable tributario*, p. 401 y s.

(220) Vid., PEÑA CABRERA, *Tratado*, T. IV, p. 338; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 455; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El delito contable tributario*, p. 392.

constituye la actuación fraudulenta para dejar de pagar los tributos que establecen las leyes (defraudación tributaria básica) o la forma específica de ocultar los ingresos o consignar los pasivos falsos para anular o reducir el tributo a pagar (defraudación tributaria especial)[221]. Conforme al principio de subsidiariedad, el tipo penal que contempla la lesión o el peligro concreto del bien jurídico desplaza al tipo penal que castiga solamente el peligro abstracto[222]. Por el contrario, habrá un concurso de delitos cuando no existe relación entre el incumplimiento de los deberes contables tributarios y la defraudación tributaria posterior, por ejemplo, por tratarse de dos tributos distintos. En estos casos, habrá un concurso de delitos que se presentará, por lo general, como una pluralidad de acciones, es decir, como un concurso real de delitos.

f) Penalidad

La pena prevista para el delito de infracción de deberes contables tributarios contempla la aplicación conjunta de una pena privativa de libertad y una pena de multa. En cuanto a la pena privativa de libertad, la pena es no menor de dos años ni mayor de cinco años. Por su parte, la pena de multa va de ciento ochenta hasta trescientos sesenta y cinco días multa. El juez penal tendrá que individualizar la pena dentro de ambos marcos penales. De forma abstracta, queda claro que hay ciertas infracciones más graves que otras, como es el caso del incumplimiento total de la obligación de llevar contabilidad. No obstante, la determinación de la pena es un procedimiento que se realiza con vista en un hecho concreto, frente al cual habrá que utilizar los criterios especiales contemplados en los artículo 45 y 46 del Código penal.

F. Las consecuencias jurídicas de los delitos tributarios

Con independencia de la penalidad que cada tipo penal contempla, la normativa penal tributaria establece penas adicionales,

---

[221] Similarmente, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 483.

[222] Como un concurso de leyes, pero con base en el principio de consunción, Bajo Fernández/Bacigalupo, *Delitos tributarios y previsionales*, p. 165.

así como ciertas consecuencias jurídicas específicas para los delitos tributarios en general. Por ello, vamos a realizar, en lo que sigue, una breve exposición de estas consecuencias jurídicas de los delitos tributarios.

a) La pena

Con la finalidad de incrementar el carácter preventivo de los delitos tributarios, el artículo 6 de la ley penal tributaria establece que en los delitos de defraudación tributaria la pena debe incluir, además, una inhabilitación no menor de seis meses ni mayor de siete años para ejercer por cuenta propia o por intermedio de un tercero, profesión, comercio, arte o industria. La pena de inhabilitación se contempla como pena principal conjuntamente con la pena privativa de libertad y la pena de multa en cada delito de defraudación tributaria[223]. Como puede verse, en todos los delitos de defraudación tributaria se aplicarían cumulativamente tres clases de pena a los responsables, lo que podría dar pie a plantear, en general, algunas objeciones respecto de la proporcionalidad de la pena en los delitos tributarios.

La cuestionable situación anteriormente descrita se agrava si se tiene en cuenta que a la acumulación de las sanciones penales, la legislación tributaria añade la aplicación de las sanciones administrativas a que hubiere lugar (artículo 190 del Código tributario)[224]. Bajo estas circunstancias, la comisión de un delito tributario llevaría aparejada cumulativamente no sólo una pena privativa de libertad, una multa penal y una penal de inhabilitación, sino también diversas sanciones administrativas como, por ejemplo, la multa, el comiso, el internamiento temporal de vehículos, el cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes, la suspensión

---

(223) Por el contrario, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 442, considera que la pena de inhabilitación es accesoria.

(224) Vid., GARCÍA CANTIZANO, *Gaceta Jurídica*, T. 70-B, septiembre 1999, p. 67. Resaltaba ya esta acumulación en relación con el *non bis idem*, GARCÍA RADA, *El delito tributario*, p. 107 y s.

de licencias, permisos, concesiones o autorizaciones vigentes. La sobrerreacción por el hecho cometido resulta aquí manifiesta.

Está claro que la desproporcional reacción contemplada para los delitos tributarios resulta apenas conciliable con la Constitución Política. Con independencia de la discutible acumulación de las sanciones penales, resulta patente que se procede a una indebida acumulación de la reacción penal y administrativa por un mismo hecho. Siguiendo la doctrina constitucional sobre el *non bis in idem*, la existencia de la triple identidad (hecho, sujeto y fundamento) entre la sanción penal y la sanción administrativa debería llevar a desplazar la sanción administrativa e imponer al autor únicamente la sanción penal, que es la normativamente más grave[225]. Por esta razón, una lectura constitucional de la normativa tributaria obliga a entender que en caso de un delito tributario la sanción administrativa solamente resulta aplicable si se sustenta en un hecho distinto o si, respetando la base fáctica fijada en la imputación penal[226], se impone una sanción administrativa a un sujeto distinto (por ejemplo, sólo a la persona jurídica[227]). A esto hay que agregar que la reciente reforma tributaria ha modificado el artículo 171 del Código tributario, instituyendo como un principio de la potestad sancionatoria el principio de proporcionalidad y el principio del *non bis in idem*, lo que en buena cuenta llevaría a rechazar la acumulación legalmente prevista de la sanción administrativa (p.e. multa) y la sanción penal.

b) Las consecuencias accesorias

Como otra consecuencia jurídica del delito tributario, el artículo 17 de la ley penal tributaria regula de manera específica la posibilidad de que el juez penal imponga ciertas consecuencias accesorias a

---

(225) Similarmente, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 491; Virgolini/Silvestroni, en *Derecho penal tributario*, Galván (coord.), p. 123 y s.

(226) Sobre la vinculatoriedad de los hechos probados en sede judicial para la imputación administrativa en la legislación española y argentina, Bajo Fernández/Bacigalupo, *Delitos tributarios y previsionales*, p. 28 y s.

(227) Vid., igualmente, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 493.

personas jurídicas o negocios unipersonales que hayan sido utilizados para la comisión de delitos tributarios. Sobre las cuestiones generales de las consecuencias accesorias no vamos a entrar, pues éstas ya han sido tratadas en la exposición de la parte general, por lo que aquí vamos a limitarnos a las particularidades de la regulación penal tributaria. En primera línea, llama la atención la ampliación del ámbito de aplicación de las consecuencias accesorias en los delitos tributarios, pues no se limita a las personas jurídicas, sino que contempla la posibilidad de aplicarlas también a los negocios unipersonales, es decir, a aquellas empresas unipersonales que no tienen personería jurídica independiente[228]. Por otra parte, la regulación especial de los delitos tributarios solamente contempla un supuesto de vinculación de la persona jurídica (o negocio unipersonal) con el hecho punible, a saber, la utilización de su organización para la ejecución del delito tributario. La regulación general de las consecuencias accesorias es, por el contrario, más extensiva, pues reconoce como supuestos de vinculación adicionales que el delito se haya cometido en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica o que se haya utilizado su organización para encubrir el delito.

Tres son las consecuencias accesorias que el juez penal puede imponer, siempre que se cumplan los presupuestos materiales y procesales generales, a una persona jurídica o negocio personal cuya organización ha sido utilizada en la ejecución del delito. En primer lugar, se contempla el cierre temporal o clausura definitiva del establecimiento, oficina o local en donde la persona jurídica o el negocio unipersonal desarrolle sus actividades. En segundo lugar, la normativa penal tributaria prevé una medida que, tal como está redactada, no está contemplada en el artículo 105 del Código penal. Se trata de la cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas. No obstante, no puede desconocerse que está consecuencia accesoria tiene cierta relación con la medida de suspensión de actividades de la regulación general del artículo 105 del Código penal. Finalmente, se contempla como consecuencia accesoria en los delitos tributarios la disolución de la personas jurídica, lo que

[228] Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 488.

excluiría del ámbito de aplicación de esta consecuencia jurídica a los negocios unipersonales.

La regulación específica de ciertas consecuencias accesorias para las personas jurídicas en los delitos tributarios no impide que se puedan aplicar otras consecuencias accesorias previstas en el Código penal, como el caso del decomiso de instrumentos y efectos del delito o del decomiso de las ganancias obtenidas ilícitamente por la persona jurídica. La normativa penal tributaria contiene reglas especiales solamente respecto de las consecuencias accesorias previstas en el artículo 105 del Código penal, el cual, por otra parte, deberá aplicarse supletoriamente en lo no previsto por la regulación tributaria especial.

c) La reparación civil

En lo que respecta a la consecuencia jurídica de la reparación civil, hay que señalar que ésta está constituida en los delitos tributarios por la deuda tributaria impaga tal como se desprende del tenor del artículo 191 del Código tributario. En este caso se produce la llamada "mutación del título", en virtud de la cual la realización del hecho delictivo hace responsable a los partícipes de una obligación legal preexistente[229]. Esta mutación, sin embargo, puede encubrir una forma de doble punición por un mismo hecho, pues el Código tributario incluye dentro de la deuda tributaria las multas (artículo 28). Si el autor de un delito tributario es sancionado penalmente y obligado además a pagar la reparación civil (pago de la deuda tributaria), la inclusión de las multas administrativas impuestas por la administración tributaria, constituirían una doble punición por un mismo hecho, siempre, claro está, que las multas se sustenten el mismo hecho que ha dado pie al proceso penal. En consecuencia, solamente las multas impuestas por otros hechos o infracciones podrán incorporarse dentro de la deuda tributaria exigida como reparación civil.

---

[229] Vid., con mayores referencias, Silva Sánchez, *InDret* (julio de 2001), www.indret.com (consulta: 13/04/06). Con consideraciones críticas en los delitos tributarios, Silva Sánchez, *LH-Cobo del Rosal*, p. 919 y ss.

Si bien la mutación del título hace que la reparación civil en los delitos tributarios incorpore aspectos que no se derivan del hecho delictivo, también hay que resaltar que excluye otros aspectos lesivos que sí podrían derivarse de la conducta delictiva. Esta apreciación se desprende del propio tenor del artículo 191 del Código tributario, en donde se señala que no habrá lugar a reparación civil en los delitos tributarios cuando la administración tributaria haya hecho efectivo el cobro de la deuda tributaria correspondiente. La lógica de este artículo se explica en la medida que la administración tributaria puede realizar los actos dirigidos a conseguir el pago de la deuda tributaria, pues el juez penal no se ocupa de determinar si tal deuda existe o no, sino, más bien, si se ha cometido un delito tributario[230]. En este sentido, si la administración tributaria ha logrado cobrar la deuda tributaria no resulta correcto que consiga un nuevo pago mediante la reparación civil[231]. Esta solución legal produce, sin embargo, un efecto contraproducente, pues la satisfacción de la deuda tributaria excluiría la reparación civil derivada del delito tributario, no habiendo lugar para la compensación de daños de carácter extrapatrimonial. En cualquier caso, esta limitación de la reparación civil debe entenderse solamente respecto de los delitos tributarios que se traducen en una falta de pago de la deuda tributaria, pues en el caso de otros delitos tributarios como el incumplimiento de deberes contables tributarios, la reparación civil tendrá que determinarse con base en el daño producido.

G. La regularización tributaria

a) Definición

Conforme al artículo 189 del Código tributario, no procede el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, ni la formulación de denuncia penal por delito tributario por parte del órgano administrador del tributo cuando se regularice la situación

---

(230) Vid., así, GARCÍA RADA, *El delito tributario*, p. 155.

(231) Vid., GARCÍA RADA, *El delito tributario*, p. 150 y s.; SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, T. II, p. 1321.

tributaria, en relación con las deudas originadas por la realización de algunas de las conductas constitutivas de delito tributario contenidas en la ley penal tributaria. Por regularización tributaria se entiende el pago de la totalidad de la deuda tributaria o, en su caso, la devolución del reintegro, saldo a favor o cualquier otro beneficio tributario obtenido indebidamente. En ambos casos la deuda tributaria incluye el tributo, los intereses, así como las multas impuestas[232]. Hay que tener presente que la regularización tributaria no exige el pago de toda la deuda tributaria derivada de diversos tributos o producida en diversos períodos, sino solamente la deuda originada por la realización de una conducta constitutiva de delito tributario[233]. Por ello, resulta recomendable que quien hace el pago especifique a qué deuda tributaria debe la administración tributaria imputar dicho pago[234], pues de lo contrario se seguirán las reglas supletorias de imputación al pago contenidas en el artículo 31 del Código tributario.

b) Fundamento

Para comprender y determinar el alcance de la regularización tributaria resulta necesario establecer antes que nada su fundamento. Lo primero que salta a la vista con la creación de la regularización tributaria es una finalidad de política fiscal, en la medida que con este mecanismo se procura conseguir que los tributos dejados de pagar efectivamente se recauden[235]. Intentar, sin embargo, fundamentar la regularización en los delitos tributarios desde el plano de la política fiscal resultaría plenamente

---

[232] En el Derecho alemán, por el contrario, la regularización tributaria (o autodenuncia) no incluye el pago de los intereses (Vid., Joecks, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 371, n.m. 12).

[233] En el mismo sentido, Joecks, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 371, n.m. 103.

[234] Vid., igualmente, Joecks, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 371, n.m. 123.

[235] Vid., Joecks, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrg.), § 371, n.m. 19.

insatisfactorio[236], pues no sólo dejaría de lado los principios de ordenación del sistema penal, sino que tampoco podría explicar los presupuestos legalmente establecidos[237]. En especial, el requisito temporal de la regularización tributaria no tendría sentido alguno, pues si lo que interesa es la percepción del pago de los tributos adeudados, no habría que limitar la regularización hasta antes de que se inicie la investigación fiscal correspondiente. Desde estas consideraciones, no sorprende que los estudios especializados emprendan en la actualidad la tarea de determinar el fundamento de la regularización tributaria con base en criterios de carácter penal.

En el plano político-criminal se ha ensayado justificaciones para el reconocimiento de una regularización tributaria como supuesto de exclusión de pena. Las razones alegadas son de diversa índole. Por un lado, se dice que la administración tributaria, con los recursos de los que dispone, no estaría en posibilidad de poder descubrir los artificiosos mecanismos de defraudación utilizados por los deudores tributarios, de manera tal que se encontraría en una situación de necesidad para investigar las conductas defraudatorias. Ante esta situación la regularización tributaria se muestra como una medida político-criminal razonable, pues fomentaría la indispensable contribución del ciudadano para detectar la defraudación de los impuestos[238]. A esta justificación de la regularización tributaria cabría objetarle que no explicaría porqué es necesario el pago de la deuda tributaria. Si de lo que se trata es de detectar las defraudaciones tributarias, bastaría con exigir una autodenuncia del defraudador. Por otro lado, se ha intentado fundamentar la regularización tributaria dentro de la lógica del "puente dorado", a través del cual se permite al autor del delito de defraudación tributaria una vuelta a

---

[236] Sobre los intentos de fundamentar la regularización tributaria (o autodenuncia) en fines fiscales, Vid., con apreciaciones críticas, HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche Selbstanzeigeprivileg*, p. 48 y ss.

[237] En el mismo sentido, KRATZSCH, en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.), p. 287; HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche Selbstanzeigeprivileg*, p. 49 y s.

[238] Vid., FREES, *Die steuerrechtliche Selbstanzeige*, p. 130.

la sinceridad tributaria[239]. También esta justificación político-criminal ha sido objeto de críticas, siendo la más extendida aquella que cuestiona que luego de la regularización tributaria el contribuyente vuelva realmente a la sinceridad tributaria[240].

Sin desconocer la finalidad político-criminal que pueda haber inspirado la creación de la figura de la regularización tributaria, debe tenerse en cuenta que la adecuada ordenación de este mecanismo de exclusión de la pena en la imputación penal solamente puede conseguirse si cuenta con una fundamentación dogmática de carácter penal. Los intentos para dotar de una base dogmática a la regularización tributaria han sido diversos. En el nivel del injusto penal, por ejemplo, se ha propuesto ver la regularización tributaria como una compensación del injusto de la defraudación tributaria[241], de manera que el mal del delito se elimina con el bien del pago del tributo adeudado. A esta comprensión se le cuestiona ya la posibilidad dogmática de compensar el injusto de un delito con otras buenas acciones, como si se tratara de simples deudas particulares. Pero, sobre todo, se le ha criticado a esta comprensión de la regularización tributaria el hecho de no aplicar este mismo principio de la compensación a otros delitos similares, como sería el caso de los delitos patrimoniales. Si una compensación del delito es posible, no hay una razón contundente para limitarla exclusivamente a los delitos tributarias.

En el plano de la exigibilidad se mueve la fundamentación que considera que la regularización tributaria constituye un camino necesario para evitar obligar al autor de una defraudación tributaria a acusarse a sí mismo bajo amenaza de pena con el deber de comunicar a la administración tributaria nuevos hechos imponibles derivados

---

(239) Vid., Blumers, *wistra* 1985, p. 86; Breyer, *Der Inhalt der strafbefreienden Selbstanzeige*, p. 127 y ss.

(240) Vid., así, la crítica de Hunsmann, *Das steuerstrafrechtliche Selbstanzeigeprivileg*, p. 62; Iglesias Río, *La regularización*, p. 216 y s.

(241) Vid., en este sentido, Lütt, *Das Handlungsunrecht der Steuerhinterziehung*, p. 60 y s.

de una defraudación tributaria anteriormente cometida[242]. El flanco débil de esta interesante argumentación estaría en el hecho de que la regularización tributaria tendría que exigir como requisito que los hechos imponibles a declarar se deriven de un hecho originalmente ocultado a la administración tributaria, lo que no se desprende al menos de la regulación positiva. Al beneficio de la regularización tributaria se puede acceder incluso en caso de defraudaciones tributarias que de ninguna manera van a generar algún otro hecho futuro tributariamente relevante.

Un sector importante de la doctrina penal considera que la regularización tributaria puede ordenarse perfectamente en la sistemática del desistimiento, por lo que habría que justificarla penalmente con el mismo fundamento del desistimiento[243]. Este parecer no resulta conciliable, sin embargo, con la línea de pensamiento, seguida por nosotros, que ordena el desistimiento en el marco de conductas cuyo sentido social resulta todavía revocable, ya que la regularización tributaria se ejerce respecto de hechos plenamente consumados[244]. Por otra parte, del tenor de la ley tributaria no se desprende que la regularización tributaria deba ser voluntaria para gozar de efectos exoneratorios[245], de modo tal que podría proceder

---

[242] En esta línea, HOFFMANN, *Die Ausschlusstatbestände*, p. 25; BREYER, *Der Inhalt der strafbefreienden Selbstanzeige*, p. 62.

[243] Como una ley especial frente a la norma general del desistimiento, MÖSBAUER, *Steuerstraf- und Steuerordnungswidrikeitenrecht*, p. 52. Recurren al fundamento del desistimiento, BRAUNS, *wistra* 1987, p. 237 y ss.; LÖFFLER, *Grund und Grenzen*, p. 104 y ss.; GRÖTSCH, *Persönliche Reichweite*, p. 21 y ss.; HOFFMANN, *Die Ausschlusstatbestände*, p. 64 y ss. Críticamente, MERINO JARA/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *El delito fiscal*, p. 132 y ss.

[244] Igualmente, la crítica de REAÑO PESCHIERA, *Ius et Veritas* 26, p. 294.

[245] Igualmente, en el Derecho alemán, HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche Selbstanzeigeprivileg*, p. 40 y ss. Sobre el cuestionamiento de la exigencia de la voluntariedad en el Derecho penal alemán desde el punto de vista de legalidad, JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 371, n.m. 17. Considera la voluntariedad como presupuesto de la autodenuncia en el Derecho alemán, KUMMER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 18, n.m. 118.

igualmente aunque el obligado tributario haya pagado la deuda tributaria por temor a una eventual denuncia penal. En este orden de ideas, el fundamento de esta exención de pena no podría encontrarse en un arrepentimiento del autor.

En nuestra opinión, la regularización tributaria no puede encontrar su fundamento en alguna categoría dogmática del delito, pues la defraudación tributaria ya se encuentra completamente configurada. En este sentido, una fundamentación todavía jurídico-penal solamente podría alcanzarse en el nivel de la función de la pena[246], la cual, como ya lo hemos señalado en la exposición sobre los fundamentos del Derecho penal económico, se encarga de restablecer la vigencia de la norma defraudada. Desde este punto de partida, el efecto excluyente de pena de la regularización tributaria sólo podría justificarse penalmente si la conducta de regularización produce una recuperación de la confianza en la norma infringida sin que sea necesaria una comunicación adicional mediante la imposición de una pena. En este orden de ideas, la asunción de la culpabilidad por el hecho como primera expresión comunicativa de la regularización tributaria y la reparación efectiva del perjuicio causado a los intereses recaudatorios del Estado, en donde por lo demás se incluyen las multas administrativas, producirían el efecto restabilizador que haría innecesaria la imposición de la sanción penal[247]. Se trata de una reparación del daño que integra la orientación a la víctima en la lógica de la función del Derecho penal[248].

c) Naturaleza jurídico-penal

A diferencia de la regulación penal alemana, en donde la doctrina especializada es prácticamente unánime al considerar la autode-

---

(246) Utiliza la misma perspectiva, aunque con distinto contenido, Iglesias Río, *La regularización*, p. 259 y s.

(247) Similarmente, Kratzsch, en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.), p. 298 y s.

(248) Vid., igualmente, Roxin, *Strafrecht*, AT, § 3, n.m. 66; Silva Sánchez, en *Estudios de Derecho penal*, p. 224; Villavicencio Terreros, *Derecho penal*, PG, § 12, n.m. 174.

nuncia tributaria como una causa personal de supresión o levantamiento de la pena[249], consideramos que la regularización tributaria en nuestra legislación es una causa material de exclusión de la pena. Este parecer se sustenta fundamentalmente en dos argumentos. El primero es de carácter conceptual y está referido a la necesidad de diferenciar las causas de exclusión de la pena y las causas de supresión de la pena. El segundo se vincula a las características de nuestra regulación positiva respecto de los efectos de la regularización tributaria.

En cuanto al primer argumento, debemos reiterar, tal como lo hicimos en la exposición general sobre la punibilidad, que consideramos superflua la distinción entre una causa de exclusión de la pena y una causa de supresión de la pena en función de la circunstancia de si la causa se presenta al momento del hecho delictivo o después del mismo[250]. Todas las circunstancias ajenas a los elementos constitutivos del delito, sean concomitantes o posteriores, que levantan la necesidad de imponer una sanción penal, constituyen causas de exclusión de la punibilidad. En este sentido, la regulación tributaria, aun cuando se haya realizado con posterioridad a la defraudación tributaria, es una causa de exclusión de la punibilidad.

En segundo lugar, la regulación positiva de la regularización tributaria establece que no procede el ejercicio de la acción penal o la formulación de denuncia penal, lo cual vincula el efecto de la re-

---

[249] Vid., por todos, con amplias referencias bibliográficas, JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 371, n.m. 32. El consenso sobre la naturaleza jurídica del privilegio de la autodenuncia, sin embargo, se ha complicado a raíz de la modificación al § 370a S.3 AO, en la medida que la autodenuncia sólo producirá efectos atenuantes en el delito de defraudación tributaria cometido habitualmente o en banda. Vid., sobre esta última reforma, HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche Selbstanzeigeprivileg*, p. 18 y ss. En el Derecho penal español se sigue igualmente la idea de que la regularización tributaria constituye una causa personal de levantamiento de la pena (Vid., por todos, IGLESIAS RÍO, *La regularización*, p. 162 y ss.).

[250] No obstante, para HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche Selbstanzeigeprivileg*, p. 30 y s., esta distinción tendría consecuencias procesales.

gularización al delito y no a los intervinientes. En este sentido, la regularización tributaria que realice alguno de los intervinientes produce el efecto de exclusión de la pena para todos los intervinientes[251]. Por otra parte, así fue el sentido que le dio la Ley 27080 a la regularización tributaria, al establecer en su artículo 3 que el órgano jurisdiccional deberá declarar 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. Si bien podría considerarse inadmisible que un interviniente que no ha hecho nada por reparar el daño se beneficie de la regularización tributaria realizada por otro, hay que tener presente que la reparación se hace respecto de todo el delito y no sólo respecto de una parte. En este sentido, la recaudación tributaria se satisface con la regularización del pago de la deuda tributaria aunque sea hecha solamente por uno de los intervinientes. No aceptar esta conclusión significaría adoptar un sistema en el que el primero que paga se salva, mientras que el resto de intervinientes no tendrían esa posibilidad, pues para que el primero haya alcanzado la regularización debió haber pagado íntegramente la deuda tributaria.

d) Ámbito de aplicación

En cuanto a su ámbito de aplicación, la regularización tributaria puede tener lugar en todos los delitos tributarios contenidos en la ley penal tributaria, siempre que hayan significado una falta de pago de tributos o una obtención indebida de ventajas tributarias. En consecuencia, si el autor ha realizado únicamente un delito de incumplimiento de deberes contables tributarios, no tendría la posibilidad de excluir la pena mediante una regularización del pago de la deuda tributaria. Solamente si las irregularidades contables traen consigo

(251) De otra opinión, sin embargo, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 502. En el Derecho penal español, consideran la regularización tributaria una causa objetiva de exclusión de la pena, Bajo Fernández/Bacigalupo, *Delitos tributarios y previsionales*, p. 108; Sánchez-Ostiz Gutiérrez, *La exención*, p. 122 y s.

la falta de pago de un tributo, la regularización del pago de esta deuda tributaria podrá producir también el efecto eximente respecto de estas irregularidades. El artículo 189 del Código tributario es, en este sentido, muy claro, al señalar que la improcedencia de la acción penal por regularización de la deuda tributaria alcanza igualmente a las posibles irregularidades contables y otras falsedades instrumentales que se hubieran cometido exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización. Esta interpretación no resulta, sin embargo, coherente con el sentido de la regularización tributaria, pues de lo que se trata es de una rectificación que lleva a cuestionar la falta de necesidad de pena. En este orden de ideas, la regularización de la situación contable-tributaria tendría que producir el mismo efecto exonerador que el pago de la deuda tributaria defraudada[252], aun cuando esto no fluya expresamente del texto de la normativa tributaria.

Conforme al tenor de la ley, el efecto eximente de la regularización no alcanza, sin embargo, a delitos estructuralmente similares como los delitos aduaneros o a delitos que pudieran cometerse con los efectos del delito de defraudación tributaria, como, por ejemplo, el delito de lavado de activos. No obstante, en cuanto a la falta de previsión de la aplicación del beneficio de la regularización tributaria a los delitos aduaneros conviene precisar que esta ausencia de cobertura legal no impide una labor de integración de la ley penal que permita extender el mencionado beneficio a los delitos aduaneros. En efecto, la analogía que se encuentra penalmente prohibida es aquella que resulta perjudicial para el reo, pero no aquella que le favorece. En este sentido, si puede determinarse en los delitos aduaneros una identidad estructural con los delitos tributarios, no tendría que haber ningún inconveniente para aplicar analógicamente el beneficio de la regularización tributaria a los delitos aduaneros[253]. En nuestra opinión, se puede apreciar con claridad una identidad estructural entre el delito de defraudación tributaria y el delito de defraudación de rentas de aduanas, de manera tal que el pago íntegro

[252] Igualmente, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *La exención*, p. 81.

[253] De similar opinión, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *La exención*, p. 75 y s.

de los tributos y derechos aduaneros dejados de pagar puede tener el mismo efecto exonerador de responsabilidad penal que tiene el pago del tributo interno respecto del delito de defraudación tributaria.

e) Requisitos

El artículo 189 del Código tributario establece que solamente el pago íntegro de la deuda defraudada o la devolución completa del beneficio fraudulentamente recibido puede dar pie a una regularización tributaria que excluya la pena[254]. La exclusión de la pena no se producirá, por lo tanto, con una simple rectificación o corrección de la información o declaración fraudulenta presentada ante la administración tributaria y ni tan siquiera con un pago parcial de la deuda tributaria defraudada o una devolución parcial del beneficio tributario indebidamente recibido. Si bien el texto del dispositivo tributario no lo establece expresamente, parece claro que el monto que debe pagarse para la regularización debe ser determinado previamente por la administración tributaria. En consecuencia, el autor del delito debe realizar primeramente una autodenuncia sobre la defraudación tributaria cometida a efectos de que la administración tributaria determine el monto de la deuda tributaria a regularizar. Está claro que la sola autodenuncia es insuficiente para gozar del beneficio de la regularización tributaria.

Por otra parte, el tenor legal no requiere que la regularización tributaria se haga por el propio obligado o beneficiario tributario, de manera tal que también los partícipes *extranei* podrían alcanzar la exclusión de la pena con el pago de la deuda o la devolución del beneficio tributario[255]. Un tema por resolver es si estos *extranei* pueden repetir luego el pago ante el obligado tributario o el beneficiario de la ventaja tributaria. Lo que, sin embargo, no parece de recibo es

---

[254] De igual opinión, en el Derecho penal español, Iglesias Río, *La regularización*, p. 329, a pesar de que la normativa positiva no establece expresamente este requisito. De otro parecer, Sánchez-Ostiz Gutiérrez, *La exención*, p. 104.

[255] Igualmente, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 502. En la normativa española, Sánchez-Ostiz Gutiérrez, *La exención*, p. 119 y ss.

que terceros no intervinientes en el delito tributario realicen el pago de la deuda con el efecto de una regularización tributaria, pues de aceptarse esta posibilidad el delito tributario se reduciría en el fondo a un simple incumplimiento del pago de una deuda. Es necesario que junto con el pago de la deuda se presente una asunción de la responsabilidad penal por parte de alguno de los intervinientes en el delito(256), aunque el dinero para pagar la deuda tributaria provenga del patrimonio del autor o de un tercero. La exclusión de los terceros no se opone, sin embargo, a la posibilidad de que tercero no interviniente actúe como representante autorizado para hacer, por encargo del autor, la regularización tributaria(257).

El beneficio de la regularización tributaria no puede ofrecerse de manera permanente, pues se le restaría vigencia efectiva a la prohibición penal(258). En este sentido, el propio artículo 189 del Código tributario establece que la regulación tributaria procede solamente hasta antes de que se inicie la correspondiente investigación fiscal o, a falta de ésta, el órgano administrador del tributo notifique cualquier requerimiento en relación al tributo y período en que se realizaron las conductas delictivas(259). Como puede verse, se sigue la idea de que la regularización tributaria ya no es posible si el autor

(256) De otro parecer, KRATZSCH, en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.), p. 293 y s. En todo caso, si bien consideramos que la autodenuncia implica un reconocimiento de responsabilidad, no podrá utilizarse esta comunicación a la administración tributaria como una autoinculpación en caso no proceda la regularización, pues no se trata de un reconocimiento de culpabilidad hecho en un proceso penal con las garantías propias del *nemo tenetur*.

(257) Vid., sobre la actuación en representación, KUMMER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 18, n.m. 109. Por su parte, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *La exención*, p. 116, incluye también los casos en los que el deudor tributario ratifica *a posteriori* el pago de la deuda tributaria.

(258) Vid., KUMMER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 18, n.m.116.

(259) En la Vigésima Disposición final del Código tributario se admitió excepcionalmente hasta antes el 30 de junio 1999 una regularización tributaria a las personas que se encontraban sujetas a fiscalización por el órgano administrador del tributo o investigación fiscal a cargo del Ministerio Público, e incluso a las personas que se encontraban incursas en procesos penales por

conoce, o puede conocer, que su hecho ha sido descubierto o puede contar con ello[260]. La normativa tributaria intenta de alguna manera objetivar la espontaneidad de la regularización tributaria, pues no interesan los motivos internos que llevan al interviniente a pagar la deuda tributaria, sino un momento a partir del cual no se considera posible una regularización espontánea.

La determinación de un momento a partir del cual ya no es posible una regularización tributaria plantea la cuestión de si a partir de este momento se cierra definitivamente la posibilidad de regularizar la deuda tributaria. Si bien la regulación legal no dice nada sobre una reavivación de la posibilidad de realizar una regularización tributaria si luego la investigación fiscal se archiva o el órgano administrador del tributo no determina ninguna deuda tributaria impaga, no parece ilógico admitir esta posibilidad, más aun si se ha pasado con éxito el momento más crítico y no existen mayores razones para confesar el delito[261]. En este sentido, consideramos perfectamente posible que opere una regularización fiscal exoneratoria de responsabilidad penal cuando la investigación fiscal o la fiscalización administrativa concluyan sin haber determinado ninguna irregularidad de los obligados tributarios.

Los requisitos de la regularización tributaria deben estar objetivamente presentes[262]. En este sentido, la asunción errónea de que en el caso concreto concurren las condiciones para gozar de una regularización tributaria excluyente de pena, resulta irrelevante[263]. De alguna manera, puede decirse que los intervinientes en el delito tributario cargan con el riesgo de que no se cumpla con los requisi-

---

delito tributario, en los cuales no se hubiese formulado acusación por parte del Fiscal Superior.

(260) Vid., Kratzsch, en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.), p. 302.

(261) En la jurisprudencia española se considera incluso posible la regularización si la investigación administrativa se ha suspendido o caducado, tal como lo indica Merino Jara/Serrano González de Murillo, *El delito fiscal*, p. 142 y s.

(262) Vid., Hunsmann, *Das steuerstrafrechtliche Selbstanzeigeprivileg*, p. 31.

(263) Vid., Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PE, p. 502.

tos de la regularización tributaria[264]. En consecuencia, el error no desarrollará efectos eximentes. No obstante, el hecho de que a partir de la actuación del autor pueda desprenderse una confesión sincera o un acto de reparación del daño, podrá tenerse en consideración en el plano de la individualización de la pena[265].

f) Efectos

El artículo 189 del Código tributario establece que la regularización tributaria hace improcedente el ejercicio de la acción penal por delito tributario. Si bien la regulación positiva se refiere más al aspecto procesal que material, la improcedencia del ejercicio de la acción penal se sustenta, tal como ya lo hemos indicado en los apartados precedentes, en la falta de punibilidad de la conducta. Al tratarse de una causa objetiva de exclusión de la punibilidad, no podrá iniciarse un proceso penal por el delito tributario cuyo tributo defraudado ha sido pagado íntegramente por el autor o partícipe del delito, y si se ha iniciado incorrectamente un proceso penal, éste deberá sobreseerse una vez demostrada la regularización tributaria oportuna.

Un efecto de la regularización tributaria expresamente indicado en la normativa tributaria es que dicha causa de exclusión de la pena alcanza igualmente a las posibles irregularidades contables y otras falsedades instrumentales que se hubieran cometido exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización[266]. Esta extensión del efecto exoneratorio no debe entenderse como una decisión legislativa generosa, sino que es una condición necesaria para el efecto incentivador de la regularización tributaria[267]. Si el pago del íntegro de la deuda tributaria deja una

---

[264] Vid., así, HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche Selbstanzeigeprivileg*, p. 31.

[265] Similarmente, KOPACEK, *Strafbefreiende Selbstanzeige*, p. 118.

[266] Vid., en la regulación penal española, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Delitos tributarios y previsionales*, p. 106; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *La exención*, p. 129 y s.

[267] Vid., IGLESIAS RÍO, *La regularización*, p. 180 y ss.

responsabilidad penal residual por delitos contables o por delitos de falsificación de documentos, el autor o partícipe del delito tributario difícilmente procederá a autodenunciarse, pues puede que al final su conducta reparadora no le reporte ningún beneficio en cuanto a la pena a imponerle.

H. Cuestiones procesales

Con la dación de la ley penal tributaria se establecieron algunas cuestiones procesales especiales para la persecución y procesamiento de delitos tributarios. En cuanto al ejercicio de la acción penal, la redacción original de los artículos 7, 8 y 9 de la ley penal tributaria calificaba a los delitos tributarios como perseguibles a instancia de parte agraviada, asignando tal calidad al órgano administrador del tributo[268]. Si esta regulación se limitaba a cuestiones puramente procesales o si producía una alteración constitucionalmente inaceptable de la exclusividad del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal, fue el objeto de mayor discusión de este aspecto de la regulación tributaria especial. La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema (Cons. 2613-03 La Libertad), por ejemplo, declaró inconstitucional y, por tanto, inaplicable el artículo 9 del Decreto Legislativo 813 que exigía el ejercicio de la acción penal por parte del órgano administrador del tributo. Esta decisión se fundamentó en la exclusividad constitucionalmente establecida del Ministerio Público respecto del ejercicio de la acción penal. Por su parte, el Tribunal Constitucional no siguió este parecer, pues en la sentencia 3556-2003-HC/TC del 28 de junio de 2004 señaló que "si la ley dispone que es la SUNAT la que puede, o no, denunciar a los contribuyentes que pagan los tributos investigados, ello se debe al carácter de parte agraviada que tiene dicho órgano administrativo, mas no a un mecanismo de intimidación o de chantaje". Como puede verse, el Tribunal Constitucional consideró que se trataba de un tema fundamentalmente procesal.

---

[268] Vid., San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, T. II, p. 1321 y s.; Vega Billán, *Actualidad Jurídica*, T. 114, mayo 2003, p. 26 y s.

Con la entrada en vigencia del nuevo Código procesal penal se ha corregido la situación de incertidumbre que reinaba sobre la constitucionalidad del monopolio de la acción penal de la administración tributaria en los delitos tributarios, pues se le devuelve la autonomía al Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal, exigiendo únicamente un informe previo motivado del órgano administrador del tributo. Pese a este cambio importante en el plano del ejercicio de la acción penal, la regulación de los delitos tributarios mantiene una cierta prejudicialidad administrativa, ya que exige un informe previo del órgano administrador del tributo[269]. Una vez comunicado el hecho al Ministerio Público, la actual regulación reconoce a la administración tributaria como un órgano auxiliar del Ministerio Público, en la medida que éste puede ordenarle la ejecución de determinadas diligencias durante las investigaciones previas.

Otro aspecto procesal específico introducido por la ley penal tributaria es el referido a la caución que el juez debe imponer a los procesados en caso de dictar mandato de comparecencia o de conceder libertad provisional. En primer lugar se impone el deber al juez de establecer una caución en los casos antes mencionados, pero también se establecen porcentajes en función de la deuda tributaria para determinar la caución en los distintos delitos tributarios. En el fondo, con esta regulación especial se busca asegurar la percepción de los tributos dejados de recaudar por el Estado. Ahora bien, si estas disposiciones especiales resultan conciliables con la Constitución es una cuestión que aún se discute[270]. El Tribunal Constitucional parece inclinado a considerarlas compatibles con la Constitucional, tal como se desprende de la siguiente cita textual de la STC 3556-2003-HC/TC: "La obligación impuesta al contribuyente que es privado de su libertad de cumplir con el pago de una caución equivalente al monto del tributo objeto de investigación no significa una

---

[269] Distinta ha sido la reforma en el Derecho penal español, en donde se ha abandonado completamente la prejudicialidad administrativa en los delitos tributarios (Vid., al respecto, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/FERRÉ OLIVÉ, *Todo sobre el fraude tributario*, p. 15 y s.).

[270] Vid., al respecto, SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, T. II, p. 1326 y s.

trasgresión de la prohibición constitucional de encarcelamiento por deudas, ya que dicho pago obedece no a una obligación de carácter civil, sino a una garantía reparadora frente a una eventual condena por la comisión de un ilícito penal".

El tercer párrafo del artículo 192 del Código tributario contiene otra regulación de carácter procesal que resulta necesario interpretar de acuerdo a la Constitución, especialmente en relación con el *non bis in idem* procesal. En esta disposición, además de reconocerse la facultad discrecional de la administración tributaria para denunciar los hechos que considere constitutivos de delito tributario, se establece que pueden tramitarse en forma paralela los procedimientos penal y administrativo[271], e incluso se reconoce la posibilidad de que la administración tributaria se constituya en parte civil en el proceso penal respectivo. Las distintas facultades previstas en esta norma requieren de una interpretación sistemática. En primer lugar, si se abre un proceso penal, la administración tributaria no podrá abrir un procedimiento administrativo sancionador por el mismo hecho[272], por lo que solamente podrá continuar con el procedimiento administrativo de determinación y cobro de los tributos e intereses. Un procedimiento sancionatorio solamente podrá iniciarse en caso se archive el procedimiento penal, pero siempre respetando la base fáctica determinada en el proceso penal. Si la administración tributaria se constituye en parte civil en el proceso penal, podrá seguir paralelamente un procedimiento administrativo de determinación del tributo, pero no podrá exigir su cobro. La administración tributaria emitirá las resoluciones de determinación u órdenes de pago que correspondan, como consecuencia de la verificación o fiscalización, en un plazo que no exceda de 90 (noventa) días de la fecha de notificación del Auto de Apertura de instrucción a la administración tributaria. Esta determinación no es, sin embargo, vinculante en sede penal, pues el juez penal, en virtud de lo determinado en el proceso penal, decidirá finalmente el monto de la reparación civil a pagar en favor de la administración tributaria. En

---

[271] Vid., San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, T. II, p. 1315.

[272] Vid., Reaño Peschiera, *Ius et Veritas* 26, p. 294.

todo caso, la suspensión del procedimiento penal que prevé este mismo artículo para el caso de incumplimiento de la determinación del tributo por la administración tributaria resulta inaplicable por su carácter inconstitucional, ya que coloca a la jurisdicción penal a expensas de la actuación administrativa[273].

I. Derecho penal premial

En los delitos tributarios se ha buscado especialmente establecer un conjunto de beneficios para los intervinientes en el delito que ofrezcan voluntariamente información veraz, oportuna y significativa (Decreto Legislativo 815). En el caso de los partícipes en el delito se puede alcanzar la exclusión de pena, mientras que respecto de los autores se puede obtener una reducción de la pena hasta en sus dos terceras partes. La solicitud de beneficios se presenta ante el órgano administrador del tributo si no hay autoridad fiscal o judicial investigando el hecho, ante el fiscal durante la investigación preliminar o ante el juez durante el proceso penal. Para que se conceda el beneficio solicitado, la información debe alcanzar alguno de los siguientes objetivos:

- En el caso de delitos que se están ejecutando o cuyo resultado defraudador aún no se materializa, la información debe evitar la consumación del delito.
- Si el delito se encuentra ya consumado, la información debe promover el esclarecimiento del delito tributario en el que el solicitante del beneficio intervino, estableciendo especialmente la modalidad delictiva empleada para cometer el delito.
- Finalmente, la información debe permitir capturar al autor o autores de delito tributario, así como a los partícipes.

En el caso de los autores, la concesión del beneficio requiere adicionalmente que paguen previamente la deuda, por lo que su

[273] Destaca su carácter inconstitucional, SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, T. II, p. 1317.

colaboración eficaz sólo podrá presentarse dentro de una investigación preliminar o un proceso penal, pues antes de ello le resultará más conveniente la regularización tributaria.

La concesión del beneficio por colaboración eficaz en el esclarecimiento y persecución de los delitos tributarios es realizada por el órgano judicial con criterio de conciencia y previa opinión favorable del Ministerio Público. El juez debe comprobar fundamentalmente que la información suministrada es veraz y que se ha alcanzado los objetivos previstos en la ley. En la medida que la exclusión o la reducción de la pena implica un pronunciamiento jurisdiccional, la exclusividad de esta labor en el Poder Judicial obliga a limitar la concesión de los beneficios mencionados al Poder Judicial. El beneficio otorgado será revocado si es que el beneficiado comete nuevo delito tributario dentro de los diez años de habérsele otorgado el beneficio.

Hay que tener presente que el nuevo Código procesal penal regula el proceso de colaboración eficaz, incluyendo dentro de su ámbito de aplicación a los delitos tributarios (artículo 473). En este sentido, debe entenderse que el Decreto Legislativo 815 quedaría derogado tácitamente por la nueva normativa procesal, en la medida que ambas tendrían el mismo objeto de regulación, siendo que en este caso la ley posterior deroga a la anterior.

2. Elaboración y comercio clandestino de productos

Como delitos tributarios regulados en el Código penal permanecen los llamados delitos de elaboración y comercio clandestino de productos, los cuales cuentan con cierta tradición en la normativa penal tributaria[274]. Si bien el título utilizado por el Código penal resulta excesivamente amplio, mediante una interpretación sistemática puede concluirse que estos delitos no se refieren a la elaboración o comercio clandestino de cualquier producto, sino solamente de aquellos productos cuya producción o comercio se encuentran gravados con determinados tributos[275]. El bien jurídico penalmente

[274] Vid., García Rada, *El delito tributario*, p. 201 y ss.

[275] Vid., García Rada, *El delito tributario*, p. 202.

protegido en estos delitos no resulta distinto que el protegido en la defraudación tributaria[276], estando su particularidad solamente en la modalidad de ataque. Se trata de conductas defraudatorias de los tributos que se cometen en el marco de la producción y comercialización de productos gravados.

A. Elaboración clandestina de productos

El artículo 271 del Código penal tipifica el llamado delito de elaboración clandestina de productos gravados, estableciendo para este delito una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro, así como el decomiso, cuando proceda, de los bienes que constituyen instrumentos u objetos del delito. En cuanto a la pena, se ha discutido la necesidad de criminalizar esta conducta, pues por su falta de afectación a la recaudación tributaria algunos sostienen que debería haberse quedado en el plano únicamente de la infracción administrativa[277]. Si bien podría compartirse dicha opinión desde un plano político-criminal, el hecho es que estamos frente a un tipo penal vigente que no puede dejarse de aplicar por consideraciones de *lege ferenda*. Lo adecuado será, en todo caso, limitar en la medida de lo posible el ámbito de aplicación de este tipo penal. Respecto de la medida de decomiso, hay que indicar que en tanto se trata de hechos constitutivos de delito, la referencia se hace al decomiso regulado en el artículo 102 del Código penal[278].

Dentro del delito de elaboración clandestina de productos se diferencian tres conductas distintas, cada una capaz de realizar por sí mismo el tipo penal. El tipo penal no contempla algún elemento general para las distintas formas previstas de realización del delito. Esta omisión, sin embargo, no impide que se pueda llegar a ciertas conclusiones comunes respecto de las distintas formas de realiza-

---

[276] Igualmente, PEÑA CABRERA, *Tratado*, T. IV, p. 377.

[277] Así, por ejemplo, PEÑA CABRERA, *Tratado*, T. IV, p. 376.

[278] Vid., la discusión sobre si el decomiso era pena o medida administrativa en referencia a la regulación penal tributaria anterior a la vigencia del Código penal, GARCÍA RADA, *El delito tributario*, p. 116 y ss.

ción del delito. Así, por ejemplo, la aplicación de la regla general del artículo 12 del Código penal debe llevar a la conclusión de que las conductas previstas en el tipo penal sólo podrán sustentar una imputación penal si son realizadas dolosamente[279]. En cuanto a la consumación, el delito no requiere la obtención de beneficio por parte de los autores o de terceros[280] y ni tan siquiera la frustración de la recaudación tributaria. Si bien las conductas abarcadas por el artículo 271 del Código penal deben ser idóneas para frustrar las expectativas recaudatorias del Estado, la efectiva lesión de los intereses patrimoniales del Estado no constituye un requisito para la realización del tipo penal.

a) Elaboración clandestina de mercancías gravadas

El inciso primero del artículo 271 del Código penal tipifica la conducta de elaborar mercancías gravadas cuya producción sin autorización está prohibida. La redacción típica no es muy feliz, pues parece centrar la conducta típica en el hecho de elaborar mercancías gravadas cuya producción requiera autorización, con independencia de si en el caso concreto se ha contado o no con la autorización correspondiente. Está claro que hay que entender que el delito se comete cuando se elaboran las mercancías gravadas sin la autorización correspondiente, pero hay que reconocer que esta conclusión no se desprende del tenor literal, sino más bien de una consideración sistemática.

Para que la conducta de elaboración de las mercancías sea típica son necesarias dos condiciones. Por un lado, es necesario que las mercancías elaboradas estén gravadas con algún tributo[281]. Así, por ejemplo, puede citarse el caso del impuesto selectivo al consumo que recae sobre los productores de cerveza, licores, bebidas alcohólicas, bebidas gasificadas, jarabeadas o no, aguas minerales, naturales o artificiales, combustibles derivados del petróleo o cigarrillos.

---

(279) Vid., Peña Cabrera, *Tratado*, T. IV, p. 380.

(280) Vid., así, García Rada, *El delito tributario*, p. 205.

(281) Vid., Peña Cabrera, *Tratado*, T. IV, p. 378.

Por otra parte, es necesario que las mercancías gravadas se hayan elaborado sin contar con la autorización administrativa que su producción requiere. Con la exigencia de una autorización administrativa para la actividad productiva de las mercancías gravadas se persigue tener individualizados a aquellos productores de mercancías gravadas a efectos de poder exigir y controlar el pago de los tributos correspondientes.

El amplio margen de significación que tiene la conducta típica de elaboración de mercancías gravadas obliga a emprender una interpretación que se limite a la parte de la producción relevante para este tipo de delitos tributarios. En este sentido, habría que definir quién produce las mercancías desde el punto de vista del pago de los tributos que gravan dichas mercancías. Conforme al artículo 54 de la ley del impuesto general a las ventas, productor es la persona que actúa en la última fase del proceso destinado a conferir a los bienes la calidad de productos sujetos al impuesto, aun cuando su intervención se lleve a cabo a través de servicios prestados por terceros. En consecuencia, el tipo penal no debe abarcar cualquier fase del proceso productivo (elaboración de insumos o de partes individuales del producto), sino la fase final que confiere a las mercancías la calidad de producto gravado. Para la consumación del delito, por lo tanto, resulta necesario que los productos estén completamente acabados, pues solamente se puede hablar de elaborar un producto si es que se ha concluido con el proceso de producción. Si los productos no se han terminado, podría hablarse, en todo caso, de una tentativa del delito.

En cuanto a la forma de realización de la conducta típica, hay que señalar que el delito de elaboración clandestina de mercancías gravadas constituye un delito de realización típica sucesiva, en el que la comisión sucesiva de la conducta trae consigo un simple aumento cuantitativo del daño, pero no otros delitos[282]. En la medida que la conducta de elaboración de productos constituye un aumento homogéneo (más productos), el desarrollo continuado de la conducta

[282] Sobre los casos de realización típica sucesiva, Vid., HELLMER, *GA* 1956, p. 65; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 16; RISSING-VAN SAAN, *LK* preliminares al § 52, n.m 33.

no configurará varias veces el mismo tipo penal, sino que formará parte del resultado global del hecho[283]. Se trata, por tanto, de la misma realización típica y no de otra realización del mismo tipo penal.

La exigencia típica de actuar sin la autorización correspondiente plantea la cuestión de si se mantiene el injusto penal si es que el productor cuenta con todos los requisitos exigidos para la obtención de la autorización. La solución a este problema de imputación debe partir de la base de que un derecho a la autorización no constituye aún una autorización y, por ello, no podría negarse la imputación penal[284]. En todo caso, el cumplimiento de los requisitos para obtener la autorización podrá considerarse a efectos de individualizar la pena con base en la gravedad del injusto penal[285]. Solamente si se ha denegado de manera ilegal la autorización administrativa, podría admitirse una exclusión de la penalidad, pues en estos casos existe un deber de autorización por parte de la Administración[286]. Sobre el ciudadano no deben pesar las consecuencias de un acto arbitrario de la Administración.

b) Elaboración con maquinarias, equipos o instalaciones no comunicadas

El inciso segundo del artículo 271 del Código penal castiga a quien habiendo cumplido los requisitos establecidos para la elaboración de mercancías gravadas, realiza esta elaboración con maqui-

---

(283) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 17.

(284) En el mismo sentido, Rudolphi, *NStZ* 1984, p. 197; Tiedemann/Kindhäuser, *NStZ* 1988, p. 343; El Mismo, *Lecciones*, p. 186; Frisch, *Verwaltungsakzessorietät*, p. 54 y ss.; Roxin, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 51; Malitz, *Zur behördlichen Duldung*, p. 100 y ss. De un parecer distinto con base en el bien jurídico protegido, Terradillos Basoco, *Derecho penal de la empresa*, p. 37.

(285) Vid., en este sentido, Tiedemann, *Einführung*, p. 103 y s.

(286) Apoyados en diversos criterios, Rudolphi, *NStZ* 1984, p. 198; Winkelbauer, *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 65; Lenckner, *FS-Pfeiffer*, p. 39 y ss.; Roxin, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 51; Tiedemann, en *Temas*, p. 149. Muy restrictivo frente a esto, Rengier, *ZStW* 101 (1989), p. 902 y ss. Rechaza esta posibilidad, Hundt, *Die Wirkungsweise*, p. 119 y ss.

narias, equipos o instalaciones ignoradas por la autoridad o modificadas sin conocimiento de ésta. A diferencia del supuesto típico anterior, en este caso el círculo de autores se limita a aquellas personas que han obtenido la autorización administrativa para elaborar mercancías gravadas (delito especial). Por lo tanto, no se trata de identificar a los productores de mercancías gravadas, sino de controlar su producción y, por tanto, el pago correspondiente de los tributos. En la medida que este control se hace teniendo en cuenta la forma de producción (maquinarias, equipos e instalaciones), se considera una afectación grave a la labor de control tributario utilizar otros medios de producción o modificarlos sin comunicarlo a la autoridad correspondiente.

El supuesto típico de elaboración de productos gravados con maquinarias, equipos o instalaciones no comunicadas, contiene dos formas de realización. Por un lado, la elaboración puede realizarse utilizando maquinarias, equipos o instalaciones ignoradas por la autoridad correspondiente. Por el otro, esta elaboración puede tener lugar mediante la utilización de las mismas maquinarias, equipos o instalaciones, pero habiéndolas modificado sin ponerlo en conocimiento de la autoridad. Como puede verse, en ambos casos se afecta la función de control del órgano administrador del tributo, pues el desconocimiento de una nueva o distinta forma de producción de las mercancías gravadas, impediría determinar si los tributos que se pagan se corresponden realmente con las mercancías efectivamente producidas. Al igual que el supuesto típico anterior, se requiere la completa elaboración de las mercancías para que el tipo penal se entienda perfectamente realizado.

c) Encubrimiento de mercancías gravadas

En el inciso tercero del artículo 271 del Código penal se tipifica la conducta de ocultar la producción o existencia de mercaderías gravadas que se han producido clandestinamente conforme a los dos supuestos típicos anteriormente descritos. Se trata de una conducta específica de encubrimiento real, en la medida que se castiga la ocultación de los efectos de un delito, concretamente del delito de elaboración clandestina de productos gravados. No obstante, lo que

no resulta comprensible desde la lógica del legislador penal es que el marco penal mínimo en este supuesto específico de encubrimiento (no menor de un año) resulta inferior al previsto para el delito de encubrimiento real genérico (no menor de dos años). De esta manera, se estaría beneficiando a los autores del ocultamiento de las mercancías gravadas producidas clandestinamente con un tipo penal privilegiado, lo que evidentemente no parece ser el objetivo político-criminal de esta disposición.

La conducta típica está constituida por la ocultación de la producción o existencia de las mercaderías gravadas. La ocultación no debe entenderse solamente en un sentido físico, sino que se incluye la ocultación documental o jurídica, es decir, aquella que se realiza mediante el manejo fraudulento de la contabilidad o las formas jurídicas. El autor del delito previo de producción clandestina de productos no podrá responder por el delito de encubrimiento de mercancías gravadas, pues no se le puede exigir jurídicamente que evite ocultar los productos que ha elaborado clandestina o fraudulentamente. El tipo penal se dirige, más bien, a los terceros que mediante su conducta de ocultación real dificultan a la administración tributaria ubicar los productos clandestinamente elaborados para la determinación de la deuda tributaria, así como para el cobro de la misma.

B. Comercio clandestino de productos

El delito de comercio clandestino de productos gravados se encuentra regulado en el artículo 272 del Código penal. El tipo penal contempla tres formas de realización del delito, cada una suficiente para poder configurarlo. El único elemento común que el tipo penal contempla expresamente es la pena a imponer: pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y pena de multa de ciento setenta a trescientos cuarenta días-multa. No obstante, y aun cuando el tipo penal no establezca nada al respecto, hay que entender que las tres formas de realización del delito se circunscriben a actos de comercio sobre productos que se encuentran gravados con algún tributo, pues debe tenerse presente que estamos frente a delitos tributarios que requieren cuestionar de alguna manera la recaudación tributaria del Estado.

a) Comercio clandestino

El inciso primero sanciona a quien se dedique a una actividad comercial sujeta a autorización sin haber cumplido los requisitos que exigen las leyes o reglamentos. La lectura de este inciso permite fácilmente apreciar que el legislador penal ha recurrido a una formulación tan general que no sólo podría resultar cuestionable desde el punto de vista del mandato de certeza o determinación, sino que corre el peligro además de llevar a una interpretación sobrecriminalizadora del tipo penal, en la medida que se pudiese llegar a sancionar penalmente simples incumplimientos administrativos[287]. Para evitar estos fundados reproches resulta necesario que la interpretación judicial proceda a circunscribir adecuadamente el ámbito de la prohibición penal.

En el marco del principio liberal de la libertad de empresa, las actividades de comercialización no requieren, en principio, ninguna autorización administrativa. Sin embargo, puede que por diversas razones de interés público la administración condicione la realización de determinadas actividades de comercialización a una autorización previa que verifique el cumplimiento de ciertos requisitos legalmente impuestos. La modalidad delictiva de comercio clandestino requiere que la actividad de comercialización esté sujeta precisamente a una autorización de este tipo, de manera tal que quedarán fuera del ámbito de aplicación del tipo penal las actividades de comercialización que no requieran de una autorización previa de la administración.

Como segundo criterio de restricción, hay que señalar que la actividad comercial debe estar referida a productos cuya comercialización se encuentre gravada con tributos. Esta restricción interpretativa se sustenta en razones de orden sistemático, pues, por un lado, la denominación del capítulo en el Código penal utiliza la expresión "comercio clandestino de productos" y, por el otro, este delito se regula en el marco de los delitos tributarios, es decir, respecto de conductas que afectan la pretensión tributaria del Estado. A partir de estas consideraciones, resulta plenamente razonable que el co-

[287] Así, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 413, califica a estos delitos "mera infracción formal de intereses de la administración".

mercio clandestino de productos se limite a castigar la actividad informal de comercialización de productos cuya venta o transferencia se encuentre gravada con algún tributo.

La interpretación del tipo penal de comercio clandestino requiere de otro criterio de restricción. Para la configuración del delito no basta con que se incumpla cualquier requisito establecido por las leyes o reglamentos para autorizar administrativamente el comercio de los productos. El incumplimiento de los requisitos debe estar referido a aspectos necesarios para la determinación de los tributos que recaen sobre la comercialización de los bienes. Esta restricción interpretativa resulta plenamente razonable, pues evita caer un delito de mera desobediencia y, por otra parte, dota al injusto penal de un contenido tributario. No se trata de castigar la informalidad, sino la falta de pago de los tributos por la realización de actividades informales de comercialización de productos.

b) Comercio de productos sin acreditación del pago de tributos

El inciso segundo del artículo 272 del Código penal castiga a quien emplee, expenda o haga circular mercaderías y productos sin el timbre o precinto correspondiente, cuando deban llevarlo o sin acreditar el pago del tributo. Hay que advertir primeramente que la conducta típica no abarca cualquier acto de empleo, expendio o circulación de mercancía o producto, sino que estos comportamientos deben contextualizarse en las actividades de comercialización de dichos objetos. En consecuencia, el uso, la venta o la circulación de las mercancías o productos tienen que realizarse siempre con fines de comercialización. Esta restricción interpretativa se sustenta en el hecho de que los obligados a comercializar las mercancías o los productos con los mecanismos de control correspondientes o a acreditar el pago de los tributos son los comerciantes, mas no los consumidores.

De la lectura del tipo penal se desprende con facilidad que la conducta típica de comercio de productos sin acreditación del pago de tributos puede materializarse de dos formas. Por un lado, el comercio prohibido de los productos puede tener lugar por el hecho de emplearlos, expenderlos o hacerlos circular sin los timbres o precintos que acrediten el pago de los tributos que gravan estos pro-

ductos, siendo obligación de los comerciantes llevar estos mecanismos de control fiscal. Por timbre se entiende el sello del Estado para indicar que se ha abonado el impuesto correspondiente, mientras que precinto es una medida conservativa consistente en cerrar el recipiente para impedir que el contenido sea alterado[288]. En estos casos, la prohibición penal no se sustenta directamente en la defraudación de los ingresos fiscales, sino en la perturbación del mecanismo de control de pago de los tributos.

Por otro lado, el delito de comercio de productos sin acreditación del pago de tributos se puede configurar cuando no se acredita que se han pagado los tributos que gravan los productos que se comercializan sin necesidad de timbres o precintos de control. En estos casos, el injusto penal no se centra en la obligación de llevar timbres o precintos de control fiscal, sino en la obligación de acreditar el pago de los tributos que gravan las mercaderías o los productos. Se trata fundamentalmente de la circulación de mercancías o productos sin contar con la documentación sustentatoria del pago de los tributos que gravan su producción o comercio.

Las consideraciones hasta ahora realizadas parecen llevar a la conclusión de que el tipo penal analizado centra el injusto penal en el comercio de productos gravados sin acreditación del pago de los tributos correspondientes, no siendo relevante el hecho de si los impuestos realmente se han pagado o no. Esta conclusión resulta, en nuestra opinión, un tanto excesiva, pues convertiría una infracción formal en un delito tributario. Por esta razón, el delito de comercio de productos gravados sin acreditación del pago de los tributos solamente podrá justificar una sanción penal si no hay manera de demostrar el pago de los tributos. En este sentido, si el que emplea, expende o hace circular mercaderías o productos gravados puede demostrar mediante cualquier otro medio que pagó los tributos correspondientes, el delito no se habrá configurado, sino a lo sumo una infracción administrativa.

---

[288] Sobre estos conceptos, Vid., GARCÍA RADA, *El delito tributario*, p. 207 y s.; PEÑA CABRERA, *Tratado*, T. IV, p. 382 y s.

c) Aprovechamiento indebido de la exoneración tributaria de productos

El supuesto de aprovechamiento indebido de la exoneración tributaria de productos está regulado en el inciso 3 del artículo 272 del Código penal. Este supuesto típico tiene un tipo básico, así como diversas circunstancias de agravación de la pena.

aa) Modalidad básica

La modalidad básica del delito de aprovechamiento indebido de exoneración tributaria de productos se configura con la utilización de mercaderías exoneradas de tributos en fines distintos de los previstos en la ley exonerativa respectiva. Un primer aspecto a resaltar es que el tipo penal limita su ámbito de aplicación a la exoneración tributaria de productos, de manera tal que no se comprenden otras ventajas tributarias que podrían recaer sobre los productos o mercancías. En segundo lugar, el delito se configura con la simple utilización de los productos exonerados en fines distintos a los previstos en la ley tributaria exonerativa, lo que significa que no es necesario que la exoneración tributaria de los productos se haya obtenido de forma fraudulenta. El injusto penal se sustenta esencialmente en la contravención de los fines de la exoneración tributaria de productos.

La remisión a la ley tributaria para poder precisar los fines de la exoneración tributaria de los productos o mercancías, hace que el tipo penal en comentario asuma los rasgos de una ley penal en blanco. En la normativa tributaria debe establecerse la obligación del beneficiario a someterse a ciertas condiciones para disfrutar de la exoneración tributaria. Si el beneficiario de la exoneración tributaria de los productos decide utilizarlos en fines incompatibles con el disfrute de la exoneración, tendrá que comunicarlo a la administración tributaria y pagar los tributos diferenciales o dejados de pagar[289], recuperando de esta manera la absoluta disponibilidad de las mercancías.

---

(289) Vid., así, García Rada, *El delito tributario*, p. 210.

bb) Agravantes

En la última parte del artículo 272 del Código penal se contemplan tres circunstancias agravantes para el supuesto de aprovechamiento indebido de la exoneración tributaria de productos. La penalidad se incrementa tanto en la pena privativa de libertad como en la pena de multa. En cuanto a la primera, la pena es no menor de 5 (cinco) ni mayor de 8 (ocho) años, mientras que respecto de la segunda se prevé una pena de 365 (trescientos sesenta y cinco) a 730 (setecientos treinta) días-multa. Los supuestos de agravación son los siguientes:

- *Cuando el delito sea cometido por el consumidor directo de acuerdo con lo dispuesto en las normas tributarias*: Como puede verse, se trata de una agravante que recurre a la especial posición que tiene el autor respecto del producto que goza de los exoneración tributaria, lo que significa que se trata de un delito especial impropio. El consumidor directo no se define, sin embargo, en un sentido económico, sino de acuerdo a la normativa del tributo correspondiente. En este sentido, se tratará de una ley penal en blanco que requiere acudir a la normativa tributaria para precisar quiénes reúnen la calidad especial exigida por la circunstancia agravante. Así, por ejemplo, respecto de las exoneraciones tributarias que se obtienen por la ley de fomento de inversión en la amazonía se define al consumidor directo como la persona natural o jurídica ubicada en la zona del beneficio, que perciba rentas de tercera categoría por actividades distintas a la comercialización de combustible, que cumpla con los requisitos establecidos en las Normas Reglamentarias, y con lo dispuesto en el Reglamento para la Comercialización de Combustibles.
- *Cuando se utilice documento falso o falsificado*: La agravación de la pena se produce en este caso por el medio fraudulento utilizado. Si bien el uso del documento falso o falsificado constituye un delito autónomo, la agravante en comentario absorbería su desvalor, de manera que, por principio de consunción, debería aplicarse solamente la pena agravada del delito de aprovechamiento indebido de la exoneración tributaria de productos. Sin

embargo, esta solución no resulta satisfactoria si el documento falso utilizado fuese un documento público, pues la pena por la falsificación del documento podría alcanzar los diez años, lo que resulta superior al máximo de la pena prevista por la agravante en comentario (ocho años). Con vista a este problema, podría interpretarse que la agravante sería aplicable solamente en caso de documento privado, mientras que en caso de documento público, debería considerarse un concurso de delitos del tipo básico con el delito de falsificación de documentos. Esta solución implica, sin embargo, hacer una distinción que no se desprende del tenor de la ley, además de no tener en cuenta que, respecto de la pena de multa prevista juntamente con la pena privativa de libertad, la agravante del delito de aprovechamiento indebido de la exoneración tributaria de productos prevé una pena mayor que la establecida para la falsificación de documento público.

- *Cuando es cometido a través de una organización delictiva*: La agravación por la intervención de una organización delictiva se sustenta en la permanencia de la organización, lo que significa la realización futura de nuevos delitos. La existencia de esta agravante trae consigo la consunción del delito de asociación ilícita para delinquir, de manera tal que solamente resultará aplicable la pena agravada del delito de aprovechamiento indebido de la exoneración tributaria de productos.

CAPÍTULO II
LOS DELITOS ADUANEROS

I. INTRODUCCIÓN

El Estado regula las condiciones para el ingreso, la salida o el paso de personas u objetos en el territorio nacional. Las razones por las que lleva a cabo esta regulación pueden ser muy diversas. En el caso de las personas, la regulación puede estar fundada en razones de seguridad (saber quiénes entran o salen del territorio nacional), de apoyo judicial (evitar la salida de procesados con impedimento de salida o de personas con orden de captura) o económicas (por ejemplo, tráfico de mano de obra ilegal). En el caso de los bienes, la regulación puede sustentarse en razones sanitarias (transmisión de enfermedades para personas, animales o plantas), de seguridad interior (tráfico de armas o explosivos), de protección cultural (tráfico de obras de arte) impositivas (pago de tributos) o económicas (protección del mercado interno). Para asegurar el cumplimiento de las disposiciones estatales en el tráfico internacional de personas y bienes, el Estado establece controles de carácter obligatorio. Estos controles no se ejercen de forma concentrada, sino que se encuentran repartidos en diversas instituciones. Por ejemplo, el control de las personas recae sobre la Oficina de Migraciones, el control de animales y plantas sobre el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (SENASA) y el comercio exterior de mercancías sobre la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (concretamente la Superintendecia

Nacional Adjunta de Aduanas). El reparto de los diversos controles se toma con base en criterios de especialidad y organización administrativa.

La observancia de las condiciones para la entrada, salida o tránsito en el territorio nacional de personas o bienes, así como el sometimiento a los mecanismos de control antes mencionados resultan reforzados en muchos casos por dispositivos de carácter penal. En este capítulo vamos a ocuparnos solamente de los delitos que afectan la labor que desarrolla Aduanas en el marco del comercio exterior. Dicha labor se sustenta fundamentalmente en la llamada potestad aduanera, la cual se define en la Ley General de Aduanas como "el conjunto de facultades y atribuciones para controlar el ingreso, permanencia, traslado y salida de personas, mercancías y medios de transportes, hacia y desde el territorio aduanero, así como para aplicar y hacer cumplir las disposiciones legales y reglamentarias que regulan el ordenamiento jurídico aduanero". En términos más claros, podría decirse que la potestad aduanera apunta a controlar la observancia de prohibiciones y restricciones para el tráfico internacional de mercancías, así como a asegurar la recaudación de los derechos y gravámenes arancelarios[1].

Los delitos aduaneros constituyen afectaciones graves a la regulación del comercio exterior de mercancías y al ejercicio de la potestad aduanera. Se trata del cuestionamiento de un conjunto de condiciones esenciales del tráfico internacional de bienes. Por el contrario, las infracciones cometidas contra el control o la prohibición de entrada, salida o paso de personas u objetos que no se sustentan propiamente en el control aduanero, no podrán constituir infracciones de carácter aduanero[2]. Así, por ejemplo, las infracciones a las prohibiciones penales sobre el tráfico ilegal de personas, de objetos como las drogas o el dinero falso, constituirán delitos autónomos

---

(1) Igualmente sobre el control aduanero, WAMERS, HbWiStR, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 20, n.m. 23.

(2) Vid., así en el Derecho penal alemán, JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 369, n.m. 9. En el Derecho penal argentino igualmente VIDAL ALBARRACÍN, *Delitos aduaneros*, p. 103 y ss.

sin incidencia respecto del control aduanero. Está claro que si estos objetos se intentan introducir o sacar del país, ocultos en mercancías o medios de transportes sometidos al control aduanero, los funcionarios están obligados a denunciar estos hechos a los órganos de persecución penal, pero no podrá afirmarse la realización de un delito aduanero.

II. LA LEGISLACIÓN ADUANERA

En la legislación especial sobre aduanas se regulan los llamados servicios aduaneros, los cuales tienen la finalidad de facilitar el comercio exterior y proteger también los intereses económicos nacionales. El servicio aduanero se presta a través de todas las dependencias que conforman Aduanas, así como por los agentes de comercio exterior que actúan por delegación. En lo que respecta a los servicios de Aduanas, este organismo se encarga de administrar, recaudar, controlar y fiscalizar el tráfico internacional de mercancías, medios de transporte y personas dentro del territorio aduanero. Por territorio aduanero se entiende el territorio nacional que incluye el espacio aéreo y acuático dentro del que es aplicable la legislación aduanera[3], dividiéndose este territorio en circunscripciones territoriales según la jurisdicción de cada aduana (zona primaria y zona secundaria). El paso de personas y/o mercancías por las fronteras de la República, por sus aguas jurisdiccionales y aeropuertos, así como de los vehículos utilizados para su transporte, debe ajustarse a los procedimientos aduaneros sometidos a la autoridad y control de Aduanas. El ejercicio de esta función debe hacerse de conformidad con las disposiciones legales aduaneras, así como con los tratados y convenios internacionales suscritos por el Perú.

Para comprender las particularidades de los delitos aduaneros resulta conveniente hacer brevemente una descripción general del procedimiento aduanero para el tráfico internacional de mercancías. En primer lugar hay que indicar que el ingreso o salida de mercancías

(3) Por ello, MUÑOZ MERINO, *El delito de contrabando*, p. 256; AROCENA, en *Derecho penal económico*, Parte especial, T. 2, Balcarce (dir.), p. 78, precisan que territorio aduanero y territorio nacional no necesariamente coinciden.

no puede hacerse por cualquier lugar del territorio, pues existen lugares específicamente habilitados para dichos fines: puertos marítimos, fluviales y lacustres, aeropuertos, vías y terminales terrestres, etc. El establecimiento de estos lugares de entrada o salida permiten evidentemente un mejor control sobre el tráfico internacional de mercancías. En el caso de los transportistas, éstos están obligados a dirigirse directamente a la aduana competente para obtener la autorización de carga o descarga de las mercancías, mientras que las personas que ingresen o salgan del territorio aduanero con sus propios medios de transportes deberán presentar directamente su declaración a la autoridad aduanera del lugar de ingreso o de salida. En ambos casos, la autoridad aduanera está facultada para ejercer labores de control sobre lo ingresado o sacado del territorio aduanero, disponiendo las medidas que sean necesarias para ello.

La carga y descarga de mercancías constituye un procedimiento regulado detenidamente por la Ley General de Aduanas y su reglamento. Esta carga y descarga debe hacerse en la zona primaria, es decir, en la parte del territorio aduanero habilitado por la autoridad aduanera para que los agentes económicos del comercio exterior puedan realizar las operaciones de recepción, carga, descarga, almacenamiento y movilización de mercancías. Para la recepción de mercancías es necesario que el transportista presente, entre otros documentos, el manifiesto de carga, en donde se detalla la relación de las mercancías que constituyen carga del medio o unidad de transporte y se expresa los datos comerciales de las mercancías. Las mercancías se entregarán a los almacenes aduaneros, salvo que se autorice excepcionalmente su recepción directa a los dueños o consignatarios. Los almacenes aduaneros son locales abiertos o cerrados destinados a la colocación temporal de las mercancías mientras se gestiona su despacho, cuya administración puede estar a cargo de la autoridad aduanera, de otras dependencias públicas o de personas privadas, entendiéndose como tales a los terminales de almacenamiento y depósitos aduaneros autorizados. Aduanas se encarga de hacer el reconocimiento, inspección y fiscalización de las mercancías en los almacenes aduaneros.

Recibidas las mercancías en los almacenes aduaneros, se procede al despacho aduanero de las mercancías. Los despachadores de aduanas (esto es, los dueños o consignatarios, los despachadores oficiales o los agentes de aduanas) deberán presentar la declaración de mercancías físicamente o por medios informáticos a la aduana bajo cuya jurisdicción se encuentran las mercancías. Existe incluso la posibilidad de hacer un sistema anticipado de declaración de mercancías antes de la llegada de las mercancías embarcadas al territorio aduanero. En la declaración de mercancías se determina la destinación aduanera de las mercancías. Por destinación aduanera se entiende la manifestación de voluntad del dueño, consignatario o remitente de la mercancía que indica el régimen, operación y/o destino aduanero que debe darse a las mercancías que se encuentran bajo la potestad aduanera. El régimen aduanero puede ser definitivo, temporal, suspensivo, de perfeccionamiento, la operación puede ser de reembarque y el destino aduanero puede contemplar un destino aduanero especial o de excepción. Las particularidades de cada uno de estos supuestos de destinación aduanera se encuentran reguladas por la Ley General de Aduanas y su reglamento. El despacho aduanero de las mercancías se consigue cuando se han cumplido con todas las formalidades para importar o exportar las mercancías o someterlas a otros regímenes, operaciones o destinos aduaneros.

En el marco del procedimiento aduanero para la entrada de mercancías en el territorio aduanero, Aduanas cumple también la labor de determinar, verificar y fiscalizar la obligación tributaria aduanera. La determinación de la obligación tributaria se hace a partir de la declaración de mercancías aceptada por Aduanas. La deuda tributaria aduanera está constituida por los derechos arancelarios y demás tributos, y cuando corresponda, por las multas y los intereses. El pago de la deuda tributaria aduanera se debe hacer, salvo los casos permitidos por la ley, al contado antes del levante, es decir, antes de la autorización a los interesados para disponer de las mercancías despachadas. La entrega de las mercancías sólo procederá previa comprobación por el almacén aduanero que se ha cancelado o garantizado la deuda tributaria aduanera y concedido el levante

o, de ser el caso, que se ha dejado sin efecto la inmovilización dispuesta por la autoridad aduanera.

III. LA LEY DE LOS DELITOS ADUANEROS

Con la dación del Código penal de 1991 se regularon de manera amplia en el título XI de la Parte Especial los delitos tributarios, entre los que se incluyó el delito de contrabando y el delito de defraudación de rentas de aduanas[4]. Estos dos delitos tributarios fueron posteriormente agrupados en una ley penal especial mediante la ley 26461 del 8 de junio de 1995, derogándose, por consiguiente, los tipos penales contenidos en el capítulo I y la sección I del capítulo II del Título XI del Código penal. Con esta decisión legislativa no sólo se le otorgó a los delitos aduaneros una autonomía regulativa frente a los otros delitos tributarios, sino que se optó también por una ley penal especial para regular estos delitos. Si bien la ley 26461 ha sido derogada luego por la ley 28008 del 19 de agosto de 2003, hay que señalar que esta nueva regulación mantiene los principios regulatorios de su predecesora y, en este sentido, lo único que ha hecho es tratar de perfeccionarlos para una lucha más eficaz contra delincuencia aduanera.

La ley de los delitos aduaneros actualmente vigente reúne tanto los delitos aduaneros como las infracciones administrativas enmarcadas también en la actividad aduanera. En la medida que no sólo existe una entidad diferente de las consecuencias jurídicas de cada una de estas formas de ilícito, sino que la entidad competente para imponer dichas sanciones no es la misma, resulta pertinente precisar el criterio de delimitación que permita orientar el procedimiento sancionatorio correspondiente[5]. La regulación nacional ha previsto dicho criterio en el artículo 33 de la ley de delitos aduaneros. Se

---

[4] Con anterioridad a la entrada en vigencia del Código penal, el contrabando fue considerado por el propio Código tributario como un delito tributario. Vid., al respecto, GARCÍA RADA, *El delito tributario*, p. 200.

[5] Vid., al respecto, AROCENA, en *Derecho penal económico*, PE, 2, Balcarce (dir.), p. 53 y ss.; VIDAL ALBARRACÍN, *Delitos aduaneros*, p. 141 y ss.

trata de un límite cuantitativo, según el cual a partir de dos unidades impositivas tributarias la infracción se convierte en delito aduanero. Una vez superado el límite cuantitativo establecido en la legislación penal aduanera habría que aplicar solamente la sanción penal, pues hacer lo contrario daría lugar a una infracción del principio del *non bis in idem*. En este orden de ideas, hay que enjuiciar críticamente lo dispuesto por el artículo 12 del reglamento de la ley de delitos aduaneros que permite imponer la pena por delito de defraudación de rentas de aduanas *sin perjuicio* de las multas administrativas. Si la conducta concreta constituye un delito aduanero solamente podrá imponerse al autor una sanción penal, dejándose de lado la sanción administrativa que pudiera corresponderle por ese mismo hecho.

El criterio de distinción asumido por la regulación especial de los delitos aduaneros plantea una cuestión teórica y un problema práctico. En cuanto a la primera, el tenor de la ley parecería abogar por una diferencia meramente cuantitativa entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, pues las conductas previstas difieren solamente en la entidad económica del objeto material del delito[6]. Esta conclusión resultaría incompatible con el punto de partida que considera que la distinción entre delito e infracción administrativa no se limita a una cuestión puramente cuantitativa. A pesar de la aparente contradicción de la regulación positiva de los delitos aduaneros con el criterio de distinción cualitativo entre delito e infracción administrativa, no consideramos que el establecimiento de un criterio cuantitativo tire por la borda la posibilidad de una diferenciación cualitativa entre delito e infracción. Puede ser que por simples razones de seguridad jurídica se recurra a establecer una referencia cuantitativa entre el delito aduanero y la infracción aduanera, de la misma forma que se recurre a los 18 años como límite para la responsabilidad penal. La entidad del delito sigue siendo cualitativamente distinta a la infracción administrativa incluso también en los delitos aduaneros.

El problema práctico que genera el criterio de distinción entre delito aduanero e infracción aduanera radica en las consecuencias

---

(6) Así el parecer de Muñoz Merino, *El delito de contrabando*, p. 316.

interpretativas, no deseadas con seguridad por el legislador, que se derivan del tenor de la normativa correspondiente. Conforme al artículo 33 de la ley de delitos aduaneros, constituyen infracción administrativa los casos comprendidos en los artículos 1 (contrabando), 2 (modalidades especiales de contrabando), 6 (receptación aduanera) y 8 (tráfico de mercancías prohibidas o restringidas) cuando el valor de las mercancías no exceda de dos unidades impositivas tributarias. Si se sigue lo dispuesto por este artículo, la defraudación de rentas de aduanas y la financiación de delitos aduaneros constituirán siempre un hecho delictivo. Mientras el primero será un delito con independencia del monto defraudado a aduanas, la financiación de infracciones aduaneras quedará al margen de cualquier tipo de sanción. Posiblemente la falta de sanción administrativa a la financiación de infracciones aduaneras no genere mayor alarma social, pero resulta contraria a la lógica de la intervención mínima sancionar penalmente una defraudación de rentas de aduanas de unos pocos soles. Por esta razón, hay que recurrir a un criterio de carácter cualitativo que permita dejar en el plano administrativo aquellas defraudaciones que no adquieren la entidad delictiva suficiente. En este orden de ideas, por ejemplo, tendría que limitarse el delito de defraudación de rentas de aduanas a los supuestos dolosos y siempre que la cantidad defraudada alcance cierta relevancia para los intereses recaudatorios del Estado. Esta relevancia puede estar dada por aquellos montos superiores a los costos que implican para el Estado recuperar los tributos dejados de percibir.

Pero el mayor inconveniente práctico de la tipificación de las infracciones administrativas se encuentra en el hecho de que se remite a los tipos penales, lo que implica asumir los mismos elementos constitutivos. Así las cosas, las infracciones administrativas se limitarían a las conductas dolosas que no superen las dos unidades impositivas tributarias, quedando las conductas culposas al margen de las sanciones administrativas incluso en los casos en los que el valor de los objetos del delito supere el monto previsto como referencia de la infracción administrativa aduanera. Es evidente que esta restricción sancionatoria no resulta aceptable desde el fin de protección de la ley de los delitos aduaneros, por lo que hay que entender que se castigarán como infracción administrativa la realización culposa

de las conductas previstas como delitos aduaneros, así como la realización dolosa que, en las figuras previstas, no supere el límite de las dos unidades impositivas tributarias. Sin embargo, sobre las particulares infracciones administrativas no vamos a entrar, pues nuestra exposición se limita a los delitos aduaneros.

1. Bien jurídico penalmente protegido

El común denominador sobre el que se construye la sistemática de los delitos aduaneros es el ejercicio de la potestad aduanera. Como ya lo señalamos, la potestad aduanera está referida, por una parte, al control del ingreso, permanencia, traslado y salida de personas, mercancías y medios de transportes, hacia y desde el territorio aduanero, pero, por otra parte, también a la aplicación y cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que regulan el ordenamiento jurídico aduanero (en especial, la obligación tributaria aduanera)[7]. Los delitos aduaneros tienen lugar en el contexto de ambas manifestaciones de la potestad aduanera. Por ejemplo, el contrabando se presenta en relación con la potestad aduanera de control del ingreso, permanencia, traslado y salida de mercancías, mientras el delito de defraudación de rentas de aduanas en relación con la potestad de aplicar o hacer cumplir la normativa referida al pago de la obligación tributaria aduanera. Esta comprobación, sin embargo, no debe conducir a la conclusión equivocada de que los diversos delitos aduaneros constituyen infracciones contra la potestad aduanera, entendida como una forma especial del ejercicio del poder público[8]. Los delitos aduaneros comprenden, más bien, conductas que ponen gravemente en tela de juicio el ejercicio de la potestad aduanera como condición esencial del comercio exterior de mercancías.

---

(7) Vid., sobre estas dos funciones del servicio aduanero, con mayores referencias bibliográficas, Arocena, en *Derecho penal económico*, PE, 2, Balcarce (dir.), p. 63 y ss.

(8) Para evitar caer en esta situación, Vidal Albarracín, *Delitos aduaneros*, p. 90, considera que el "régimen de control aduanero" se constituye como bien jurídico intermedio para salvaguardar otros bienes jurídicos de distinta entidad.

En este sentido, no se trata de un delito contra la Administración Pública, sino, más bien, de un delito económico[9].

En virtud de las consideraciones anteriores, puede decirse que el bien jurídico protegido por los delitos aduaneros no es el poder de imposición del Estado y ni tan siquiera el patrimonio del Estado en relación con los ingresos que generan las operaciones de comercio exterior. Se trata de poner la mirada en la condición económica de la que se desprenden las expectativas de conducta que defraudan los delitos aduaneros. En este orden de ideas, hay que tener presente que en nuestro sistema económico el tráfico internacional de mercancías no es libre, sino que debe sujetarse a ciertas condiciones y controles con la finalidad de proteger o favorecer el desarrollo del mercado nacional. El bien jurídico protegido por los delitos aduaneros se materializa así en la expectativa normativa de conducta de que el comercio exterior de mercancías esté sometido a una regulación y control especiales para proteger los intereses económicos nacionales. Dentro de estas condiciones se incluye indudablemente la posibilidad del Estado de generarse ingresos mediante el establecimiento de tributos u otros derechos por la importación de los bienes, pero esto constituye solamente una de las condiciones del comercio exterior de mercancías que aseguran los delitos aduaneros.

2. Figuras delictivas

La ley de los delitos aduaneros regula cinco figuras delictivas diferentes, alguna de ellas incluso con sus propias modalidades especiales. Además de ello, esta ley contempla un conjunto de circunstancias de agravación de la pena aplicables, en principio, a todos los delitos aduaneros, aunque en algunos casos la aplicación de la agravante se limita por razones sistemáticas o lógicas solamente a algunos delitos aduaneros. En cuanto a las reglas de la Parte General, la

---

[9] Llegan a la misma conclusión, BRAMONT-ARIAS TORRES, *Actualidad Jurídica*, T. 116, julio 2003, p. 71; AROCENA, en *Derecho penal económico*, PE, 2, Balcarce (dir.), p. 70 y ss.; EL MISMO, en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), p. 190; MUÑOZ MERINO, *El delito de contrabando*, p. 120.

ley de delitos aduaneros regula de manera especial la tentativa y ciertas consecuencias jurídicas del delito (la pena de expulsión para extranjeros y las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas). En el resto de los elementos generales del delito, se aplican supletoriamente las normas del Código penal, pues los delitos aduaneros no constituyen un ámbito autónomo del Derecho penal[10].

A. Contrabando

El delito de contrabando se configura cuando una persona se sustrae, elude o burla el control aduanero. Se trata de un delito de dominio que castiga determinadas formas de organización que afectan gravemente las labores de control aduanero. En la medida que el delito de contrabando se configura como un delito común, cualquier persona que reúna las condiciones generales de imputabilidad penal podrá responder como autor del delito[11]. Sólo será necesario poderle atribuir la competencia por el dominio del hecho.

a) Conducta típica

El tipo penal especifica las conductas concretas que afectan el control aduanero. Estas conductas concretas son cuatro: El ingreso de mercancías del extranjero, la extracción de mercancías del territorio nacional, la no presentación de las mercancías para su verificación o reconocimiento físico en las dependencias de la administración aduanera o en los lugares habilitados para tal efecto, y la ocultación o sustracción de las mercancías a la acción de verificación o reconocimiento dentro de los recintos o lugares habilitados. La realización de cualquiera de estas formas de conductas que consiga sustraerse, eludir o burlar el control aduanero dará lugar a un delito de contrabando.

- En primer lugar, el autor puede realizar el tipo penal *ingresando mercancías del extranjero*. Por ingresar debe entenderse, en el

(10) Vid., así, VIDAL ALBARRACÍN, *Delitos aduaneros*, p. 44 y ss.

(11) Vid., en referencia a la legislación penal argentina, AROCENA, en *Derecho penal económico*, PE, 2, Balcarce (dir.), p. 70.

contexto del contrabando, llevar un objeto de un territorio extranjero al territorio nacional (territorio aduanero)[12]. El ingreso de las mercancías no sólo engloba el ingreso de carácter definitivo, sino también el ingreso de mercancías que se quieren llevar luego a otro país[13]. El autor debe haber dominado el ingreso de los bienes en el territorio aduanero, de manera que si los bienes entran en este territorio por razones fortuitas (p.e. animales que cruzan la frontera y alguien se los apropia) no podrá hablarse de un ingreso en el sentido del delito de contrabando[14]. Es evidente que esta afirmación no excluye del ámbito típico los casos en los que el autor se vale de otra persona como instrumento para realizar el ingreso de las mercancías, pues aquí se puede seguir hablando de dominio del autor.

- En segundo lugar, la conducta del autor puede consistir en *la extracción de mercancías del territorio nacional*. En unidad conceptual con la conducta típica anterior, por extracción debe entenderse llevar un objeto del territorio nacional a un territorio extranjero[15]. Al igual que el comportamiento típico de ingresar mercancías, la extracción de mercancías requiere un dominio del autor sobre la salida de las mercancías, sea mediante un dominio directo, sea mediante un dominio mediato. Está claro que tanto el ingreso como la extracción de mercancías requieren objetivamente una orientación a la sustracción, evasión o burla del control aduanero, pues de lo contrario se consideraría típica cualquier conducta de ingreso o salida de mercancías.

- El delito de contrabando puede realizarse también *no presentando las mercancías para su verificación o reconocimiento físico* en las de-

---

(12) Vid., similarmente en el Derecho penal alemán, Voß, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrg.), § 372, n.m. 9.

(13) De otro parece conforme a la regulación alemana del contrabando, Voß, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 372, n.m. 12a.

(14) Vid., en el mismo sentido, Voß, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 372, n.m. 13.

(15) Similarmente, Voß, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 372, n.m. 11.

pendencias de la Administración aduanera o en los lugares habilitados para tal efecto. Se trata de una modalidad que puede cometerse en el marco del ingreso o la extracción de mercancías en el territorio aduanero. Por reconocimiento físico se entiende la operación que consiste en verificar lo declarado mediante una o varias de las siguientes actuaciones: reconocer las mercancías, verificar su naturaleza y valor, establecer su peso y medida. En el caso del transporte de mercancías por terceros, la verificación o reconocimiento físico de la aduana se hace, por lo general, en los almacenes aduaneros, en donde se colocan temporalmente las mercancías mientras se gestiona su despacho. Como puede deducirse del contexto, esta forma de realización de la conducta típica del contrabando se presenta cuando se pasa por el control de la aduana correspondiente, pero sin presentar las mercancías para su reconocimiento físico, es decir, sin declarar su ingreso o salida del territorio aduanero[16].

- Como última forma de realización de la conducta típica de contrabando, el tipo penal equipara a la conducta de no presentación de mercancías la ocultación o sustracción de mercancías que se hace dentro de los recintos o lugares habilitados para la verificación o reconocimiento físico de la aduana con la finalidad de evitar esta verificación o reconocimiento. En estos casos, el comportamiento típico se contextualiza en mercancías que han sido declaradas y sometidas a la verificación o reconocimiento físico, pero que se ocultan o sustraen para impedir dicho reconocimiento. La evitación del reconocimiento no se hace por medio de la no presentación de las mercancías, sino de la frustración del control aduanero en los recintos o lugares habilitados.

Las conductas típicas descritas requieren además contextualizarse en ámbitos en los que hay que someterse a control aduanero. Quizá en las dos últimas formas de realización de la conducta típica, esta contextualización fluye inmediatamente. Sin embargo, en las

(16) Por el contrario, BRAMONT-ARIAS TORRES, *Actualidad Jurídica*, T. 116, julio 2003, p. 72, no exige el control de aduanas para la configuración de este supuesto.

conductas típicas de salida o entrada de mercancías esta exigencia del control aduanero no surge explícitamente. En cualquier caso, esta exigencia implícita o explícita repercute en la falta de punición de determinados supuestos. Por ejemplo, no podrá considerarse típica la conducta de ingreso o salida de mercancías de zonas francas, pues se trata de partes del territorio nacional debidamente delimitadas que no están sometidas al control habitual de Aduanas. El ingreso o salida de mercancías de estas zonas con la creencia errónea de que se burla el control aduanero podrá dar pie solamente a un tentativa absolutamente inidónea y, por tanto, impune. Tampoco puede configurar un delito de contrabando el paso de naves o aeronaves por el espacio aéreo o dominio marítimo con rumbo a otros países, pues este tránsito de medios de transportes tampoco está sometido al control aduanero.

b) Objeto material del delito

La conducta típica, en cualquiera de sus formas, debe recaer sobre el objeto material del delito calificado como mercancía. Conforme a la legislación aduanera, mercancías son bienes que pueden ser objeto de regímenes, operaciones y destinos aduaneros. Si bien el tipo penal utiliza el término en plural, esta situación no excluye un delito de contrabando en el caso de una sola mercancía. Es evidente que la afectación al control aduanero no requiere como elemento constitutivo que la conducta de contrabando se realice sobre dos o más mercancías. Si el tipo penal ha utilizado una enunciación en plural se debe a que, por lo general, el contrabando se hace sobre una pluralidad de mercancías.

La mercancía que constituye objeto material del delito de contrabando se puede delimitar aún más por razones sistemáticas y por el propio tenor del tipo penal. En el plano sistemático hay que precisar que la mercancía del delito de contrabando debe ser de lícito comercio exterior, pues si se trata de bienes cuyo comercio está prohibido o restringido, se configurará, más bien, el delito aduanero de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas. Por su parte, el tipo penal plantea una exigencia cuantitativa sobre el valor del objeto material del delito para que se configure un delito de

contrabando[17]. Según el artículo 1 de la ley de delitos aduaneros, el valor de las mercancías debe ser superior a dos unidades impositivas tributarias, de manera tal que el contrabando de mercancías por valor menor al indicado quedará en manos del Derecho administrativo sancionador. Pese a que esta exigencia cuantitativa se incluye en el tipo penal, no consideramos que se trate de un elemento típico, sino de una condición de punibilidad que busca limitar la reacción penal a los casos que adquieren una cierta gravedad cuantitativa[18].

Un aspecto operativo importante para establecer el valor de las mercancías es la determinación de los criterios que deben seguirse para hacer la valoración[19]. La ley de delitos aduaneros establece que la determinación del valor de las mercancías recae sobre la administración aduanera, aunque le impone ciertas reglas de procedimiento. En el artículo 15 de la ley de delitos aduaneros se precisa que para estimar o determinar el valor de las mercancías se considerará como momento de la valoración la fecha de comisión del delito y cuando esta fecha no pueda precisarse la fecha de su constatación (concretamente, la fecha de la formulación del acta de incautación correspondiente). Las reglas para establecer la valoración de las mercancías dependen de si se trata de mercancías extranjeras o de mercancías nacionales o nacionalizadas[20].

Dentro de las mercancías extranjeras se incluyen no sólo las mercancías provenientes del extranjero, sino también las provenientes de zonas francas, de zonas geográficas con un tratamiento tributario o aduanero especial o de cualquier zona geográfica nacional de tributación menor y sujeta a un régimen especial arancelario. Para determinar su valor se aplican de forma sucesiva y excluyente las siguientes reglas: a) El valor más alto de una mercancía idéntica o, en su defecto, similar a la que es objeto de avalúo, registrada en el banco de datos de la administración aduanera o en otras fuentes

---

(17) Vid., Bramont-Arias Torres, *Actualidad Jurídica*, T. 116, julio 2003, p. 72.

(18) De la misma opinión, Muñoz Merino, *El delito de contrabando*, p. 323.

(19) Así, Muñoz Merino, *El delito de contrabando*, p. 335 y ss.

(20) Vid., Bramont-Arias Torres, *Actualidad Jurídica*, T. 118, septiembre 2003, p. 82.

disponibles; b) Los valores en aduana mínimos determinados por la administración aduanera; o c) El precio más alto de venta al público minorista de una mercancía idéntica o similar comercializada en el mercado interno de la jurisdicción de la intendencia de aduana donde se incautó la mercancía o de la intendencia de aduana más cercana. La determinación del valor de las mercancías extranjeras deberá contener los gastos de flete y seguro pagados por el traslado de las mercancías a nuestro país. Si no se conoce el valor de estos conceptos, se aplicará las tarifas de flete normalmente aplicables y la tabla de porcentaje promedio de seguro. Cuando no se conozcan las tarifas de fletes mencionadas, se aplicará para su cálculo el 10% del valor estimado de la mercancía de acuerdo con las reglas antes señaladas.

Las mercancías nacionales o nacionalizadas son las extraídas del territorio nacional. Para su avalúo la ley de delitos aduanero considera el valor FOB, sea cual fuere la modalidad o medio de transporte utilizado para la comisión del delito. El reglamento de la ley de delitos aduaneros precisa las reglas de valuación, estableciendo dos criterios de determinación aplicables de manera sucesiva y excluyente: a) El valor de exportación más alto de una mercancía idéntica o, en su defecto, similar a la que es objeto de avalúo, registrada en el sistema de la administración aduanera o en otras fuentes con las que cuente; o b) El valor más alto de una mercancía idéntica o similar nacional o nacionalizada comercializada en el mercado interno, al que deben agregarse los conceptos que normalmente incluye un valor FOB.

Para que el contrabando constituya delito el valor de la mercancía debe superar, como ya lo indicamos, las dos unidades impositivas tributarias. Como puede verse, se recurre a un factor de referencia actualizable en función de los cambios en el valor de las cosas. El carácter dinámico de este factor de referencia plantea el problema de si su modificación puede aplicarse de forma retroactiva a favor del reo[21], es decir, si el aumento del valor de la unidad impositiva

[21] Vid., al respecto, en el Derecho penal argentino, VIDAL ALBARRACÍN, *Delitos aduaneros*, p. 258 y ss.

tributaria puede favorecer a aquéllos que realizaron contrabando sobre bienes cuyo valor superaba el límite de las dos unidades impositivas tributaria con el valor de referencia vigente en ese momento, pero que con el valor actual ya no se supera. En la medida que el delito de contrabando asegura el efecto de la regulación aduanera complementaria[22], somos de la opinión de que la modificación del factor de referencia no puede jugar a favor de quien en su momento ha afectado de manera cuantitativamente relevante el control aduanero.

c) Resultado típico

Para la configuración del tipo penal de contrabando resulta necesario que cualquiera de las conductas típicas descritas traiga como resultado imputable la sustracción, elusión o burla del control aduanero. La sustracción al control aduanero se produce cuando se consigue ingresar o sacar las mercancías por lugares distintos a los habilitados para dichos fines, no sometiéndose, por tanto, a ningún tipo de control aduanero. La elusión tiene lugar, por su parte, cuando el ingreso o salida se realiza por los lugares habilitados, pero consiguiendo mediante alguna conducta fraudulenta evitar el control aduanero. La burla del control aduanero se presenta finalmente cuando el autor se somete a un control aduanero, pero logra engañar de alguna forma a los funcionarios para que no detecten el ingreso o la salida de las mercancías.

La exigencia de un resultado de sustracción, elusión o burla del control aduanero no tiene nada que ver con el nacimiento de una obligación tributaria aduanera. En consecuencia, el delito de contrabando se configurará igualmente aunque las mercancías no sometidas a control aduanero no originen ninguna obligación de pago de tributos[23]. Hay que tener presente que la condición esencial del comercio

---

[22] Vid., sobre los tipos penales que aseguran el efecto de la regulación, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 70 y ss.

[23] Vid., Voß, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 372, n.m. 9. Hay que reconocerle, por ello, razón a Muñoz Merino, *El delito de contrabando*, p. 143, cuando señala que si bien el contrabando de géneros de lícito comercio evita, por lo general, el pago de los tributos y derechos aduaneros correspondientes,

exterior que se afecta con el delito de contrabando no es el cumplimiento de la obligación tributaria aduanera, sino el control del ingreso, permanencia, traslado y salida de personas, mercancías y medios de transportes, hacia y desde el territorio aduanero. Por eso, la falta de pago de los tributos, a diferencia del delito de defraudación de rentas de aduanas, no constituye un elemento constitutivo del tipo penal de contrabando.

d) Elemento subjetivo

El delito de contrabando se sanciona únicamente a título de dolo, conforme al artículo 12 del Código penal, aplicable supletoriamente a las leyes penales especiales conforme al artículo X del Título Preliminar del Código penal. En este sentido, al autor se le tiene que imputar el conocimiento de su conducta de introducir mercancías al territorio nacional, de extraer mercancías del territorio nacional, de no presentar las mercaderías al reconocimiento físico o de ocultación o sustracción a la acción del reconocimiento físico. Adicionalmente, el autor debe conocer el deber de sometimiento al control aduanero, así como la aptitud lesiva concreta de su comportamiento para sustraerse, eludir o burlar el control aduanero. Está claro que el dolo eventual cumple igualmente el requisito de imputación subjetiva requerido por el delito de contrabando[24], por ejemplo, cuando el autor no declara a la aduana un producto que lleva consigo, aunque conoce que muy probablemente debe ser declarado. El desconocimiento de alguno de los elementos del tipo requeridos para el dolo llevará a la impunidad, aunque el error sea vencible, pues el delito de contrabando no contempla una figura culposa[25].

---

la defraudación de las rentas de aduanas no resulta constitutiva del delito, pues el contrabando se comete incluso respecto de bienes que no están sujetos al pago de tributo o derecho alguno, simplemente por el hecho de evitar el control aduanero.

(24) Igualmente en el Derecho penal alemán, VOß, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 372, n.m. 30. De opinión distinta en el Derecho penal argentino, AROCENA, en *Derecho penal económico*, PE, 2, Balcarce (dir.), p. 84 y s.

(25) La misma situación se presenta en la legislación penal alemana, VOß, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 372, n.m. 30.

e) Consumación y tentativa

La consumación del delito de contrabando se produce cuando el autor logra sustraerse, eludir o burlar el control aduanero. En el caso de la sustracción del control aduanero, el delito de contrabando se consuma con la entrada en el territorio nacional por lugares no habilitados para ello[26]. En el caso de la elusión o burla del control aduanero, el delito de contrabando se consuma cuando se consigue el levante de la mercadería, es decir, cuando se autoriza la disposición de las mercancías despachadas. La realización de la conducta típica sin llegar al momento consumativo por razones ajenas a la voluntad del autor, se castigará como tentativa del delito de contrabando. La definición de la tentativa se sujeta a lo establecido en el artículo 16 del Código penal, aunque en cuanto a la pena la legislación especial de los delitos aduaneros contempla una regla especial a la que posteriormente se hará referencia.

La delimitación entre los actos preparatorios y la tentativa en el delito de contrabando resulta sumamente discutible. El aspecto que hay que precisar concretamente es cuándo comienzan a ejecutarse los actos contra la labor de control aduanero. En función del plan del autor, un sector de la doctrina considera que la tentativa comienza cuando el autor se pone en movimiento hacia la frontera para llegar de un solo tirón[27]. Por lo tanto, si el autor decide pasar la noche en un hotel antes de llegar a la frontera, no habrá aún un comienzo de la tentativa[28]. La completa relatividad de este criterio lleva a resultados diferentes para supuestos que no necesariamente son distintos. Por esta razón, otro sector de la doctrina recurre, más bien, a criterios de carácter objetivo, como aquéllos que consideran que el delito se comienza ejecutar recién cuando se alcanza el límite territorial o el puesto de aduana correspondiente[29].

---

[26] Vid., igualmente, Voß, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 372, n.m. 36.

[27] Vid., Voß, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 372, n.m. 31.

[28] Así, Höser, *Vorbereitungshandlung*, p. 77 y s.

[29] En esta línea, Joecks, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 265.

Este criterio produce, sin embargo, una insatisfactoria reducción del ámbito de lo punible, pues si se sigue su lógica no podrá argumentarse una tentativa sino, en todo caso, un acto preparatorio impune, cuando en un control de carretera anterior a la frontera o al control aduanero se encuentran ocultos debajo del tapiz de un vehículo productos que tendrían que declararse[30].

Ante el problema de impunidad descrito, TIEDEMANN consideró adecuado recurrir a los criterios político-criminales recogidos en el respectivo tipo penal para fijar el inicio de la tentativa[31]. Esta solución presenta, sin embargo, serios cuestionamientos desde la perspectiva de la seguridad jurídica, en la medida que los intereses a tomar en cuenta pueden terminar siendo los procedentes del ámbito previo de regulación (Derecho administrativo, por ejemplo) y no los propiamente jurídico-penales[32]. Por su parte, OTTO, aun cuando reconoce estos mismos problemas en el Derecho penal económico, considera que la idea de la peligrosidad del bien jurídico protegido sigue siendo útil para determinar la tentativa en los delitos económicos, en la medida que con la tentativa se crea un peligro inmediato de realización de la situación no deseada por el legislador[33]. No obstante, cabe replicar a esta reinterpretación de la idea de la peligrosidad que en el fondo abandona la idea de la peligrosidad y recurre a un criterio puramente formal.

---

(30) Vid., así, la solución de HARTUNG, *Steuerstrafrecht*, p. 93. De un parecer contrario, en el sentido de considerar este hecho ya una tentativa, TIEDEMANN, *JR* 1973, p. 413; MEINE, *GA* 1978, p. 325. En la legislación nacional cabe recordar el artículo 13 del D. Ley 20153 del 23 de septiembre de 1973 que, buscando sortear estas dificultades, penalizó como delito de contrabando el transportar productos o mercancías a menos de 50 kilómetros de la frontera sin la autorización correspondiente (Vid. HURTADO POZO, *Manual*, PG, 2ª ed., p. 160).

(31) *Vid*, TIEDEMANN, *JR* 1973, p. 413.

(32) Este peligro es reconocido por TIEDEMANN, *JR* 1973, p. 414, frente a lo cual pretende salir al paso mediante la exigencia de una objetivización del comienzo de la ejecución. Por el contrario, considera que es necesario en estos casos fundamentar la tentativa en un elemento subjetivo, MEINE, *GA* 1978, p. 327.

(33) OTTO, voz: Versuch, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3.

Para salir al frente al problema de determinación del inicio de la tentativa en el delito de contrabando hay que definir la tentativa a partir de los criterios de la imputación objetiva. Según estos criterios, la tentativa tiene lugar con la imputación del comportamiento, es decir, con la creación de un riesgo prohibido mediante el incumplimiento de los deberes derivados de las competencias por organización atribuidas al sujeto económico. En este sentido, no se necesita la creación de un peligro inmediato de realización de la situación de sustracción, elusión o burla del control aduanero, sino establecer si en el caso concreto ha tenido lugar una infracción de lo que al sujeto económico le era jurídico-penalmente exigible desde el punto de vista del control aduanero. El peligro prohibido se determina normativamente en el delito de contrabando por la infracción del rol general de ciudadano y es a partir de ese momento en el que puede hablarse del comienzo de la tentativa. La tentativa en el delito de contrabando no necesita ponerse en referencia con ningún objeto material, sino que se determina en función de las competencias por organización atribuidas al sujeto económico. En este sentido, llevar ocultos productos en un automóvil particular que va por la carretera a la frontera no parece permitir objetivamente la afirmación de una infracción de competencias de organización, pero en el caso de camiones de transporte internacional que se dirigen a la frontera, la situación objetiva cambia claramente.

f) Autoría y participación

Como cualquier delito de dominio, la autoría y la participación se determina con base en el dominio del riesgo típico. La autoría se puede presentar en cualquiera de sus formas. En el caso de una coautoría, no es necesario para ser coautor haber materializado el aporte al momento de la ejecución del delito[34]. La relevancia del aporte debe hacerse con independencia de la circunstancia empírica del momento en el que se materializa el aporte. Si cada coautor lleva mercancías cuyo valor no supera el límite de las dos unidades

(34) En el mismo sentido, Voß, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 372, n.m. 39.

impositivas tributarias, no hay varias infracciones aduaneras, sino un solo delito de contrabando cometido por todos los coautores.

En cuanto a la participación en sentido estricto, se pueden presentar tanto una instigación, como una complicidad (primaria o secundaria). El momento del agotamiento del delito resulta de suma importancia para poder delimitar la participación de la realización del delito de receptación aduanera. Una vez consumado el delito de contrabando, sólo los actos en unidad de acción que ayuden al agotamiento del contrabando podrían dar lugar a una participación punible[35]. Por el contrario, los actos posteriores que tiendan a favorecer la comercialización de las mercancías procedentes del delito constituirán un delito de receptación aduanera. Una complicidad en el delito de contrabando a través de una omisión resulta perfectamente posible, por ejemplo, en el caso del oficial del barco que tolera el contrabando de otros miembros de la tripulación. La aportación del partícipe debe enmarcarse en un contexto objetivamente delictivo, pues, de lo contrario, encontraría aplicación la prohibición de regreso para excluir la imputación objetiva[36].

g) Concursos

Si mediante la sustracción, elusión o burla del control aduanero se dejan de pagar los tributos u otro gravamen o los derechos antidumping o compensatorios que graven la importación, la acción de contrabando tendría que dar lugar también a un delito de defraudación de rentas de aduanas. No obstante, el delito de defraudación de rentas de aduanas requiere que la conducta se materialice mediante trámite aduanero, de manera que fuera de su ámbito de aplicación quedarían los casos de sustracción del control aduanero. Bajo estas particularidades de los tipos penales, una situación de concurso del delito de contrabando con el delito de defraudación de rentas de aduanas solamente podrá presentarse cuando el contrabando se

(35) Igualmente, WAMERS, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 20, n.m. 120.

(36) Sobre la adecuación social en la participación en el delito de contrabando, JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 245.

hace pasando por los lugares autorizados para la entrada de personas, mercancías y medios de transporte.

En los casos en los que resulta posible un concurso de delitos con el delito de defraudación de rentas de aduanas, se presentará una unidad de acción, por lo que habrá que aplicar la regla del concurso ideal de delitos. Una situación de concurso de delitos no podría cuestionarse alegando que el delito de contrabando se comete usualmente para dejar de pagar los tributos aduaneros, de manera que la defraudación de rentas de aduanas estaría incluida ya en el desvalor del contrabando. Esta argumentación no resulta de recibo desde el punto de vista típico, pues la defraudación de las rentas de aduana no se presenta típicamente como un elemento constitutivo del delito de contrabando. Si bien se trata de dos delitos aduaneros, no hay una identidad en la condición del comercio exterior que cada uno de los delitos protege, por lo que no existirá un concurso de leyes, sino un concurso de delitos.

Una situación de concurso ideal de delitos se presenta también cuando en la ejecución del delito de contrabando se realiza alguna otra conducta penalmente relevante para facilitar su comisión, como, por ejemplo, atropellar al funcionario de fronteras que ordena detenerse al vehículo o la falsificación de cualquier tipo de documentos para eludir o burlar el control aduanero sobre determinadas mercancías. En estos casos, la pena debe determinarse conforme a la regla general establecida en el artículo 48 del Código penal para el concurso ideal de delitos.

Un supuesto de unidad de delito legalmente determinada se presenta en el llamado delito de contrabando fraccionado tipificado en el artículo 3 de la ley de los delitos aduaneros[37]. Conforme a esta regulación, cometerá un delito de contrabando sancionado con las penas previstas en los tipos penales correspondientes quien con unidad de propósito realice el contrabando en forma sistemática por cuantía superior a dos unidades impositivas tributarias en forma

[37] Vid., sobre esta figura de tradición española y que ha sido objeto de críticas, Muñoz Merino, *El delito de contrabando*, p. 323 y ss.

fraccionada, en un solo acto o en diferentes actos de inferior importe cada uno que aisladamente serían considerados infracciones administrativas vinculadas al contrabando. Esta consideración legal de una unidad de delito se sustenta en razones político-criminales, en la medida que intenta evitar el fraude a la ley penal aduanera mediante la realización fraccionada del contrabando, de manera que aisladamente se consideren cada conducta de contrabando meras infracciones aduaneras. Esta regulación especial solamente puede tener sentido si se entiende que la figura del delito continuado normada en el artículo 49 del Código penal no resulta aplicable a conductas que aisladamente constituyan una simple infracción administrativa, sino solamente si constituyen un delito[38].

h) Penalidad

El delito de contrabando prevé una pena privativa de libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años, así como una pena de multa de trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Esta acumulación de penas produce, al igual que los delitos tributarios, un problema interpretativo para la determinación del plazo de prescripción, pues el artículo 80 del Código penal se pone separadamente en el caso de una pena privativa de libertad y en el caso de otras penas, sin establecer cómo se computa el plazo de prescripción en los delitos que prevén cumulativamente varias clases de penas. Por un lado, podría asumirse una lógica cumulativa también en el plazo de prescripción y aumentar en dos años el plazo de prescripción ordinario determinado por la pena privativa de libertad. No obstante, consideramos que en la prescripción no se opera necesariamente con criterios acumulativos, como lo demuestra la determinación de los plazos en los casos de concurso de delitos. En este sentido, somos del parecer que el plazo de prescripción del delito debe determinarse con base en la pena más grave, es decir, la pena privativa de libertad.

---

(38) Así, por ejemplo, BRAMONT-ARIAS TORRES, *Actualidad Jurídica*, T. 116, julio 2003, p. 72.

i) Modalidades especiales

El artículo 2 de la ley de los delitos aduaneros regula ciertas modalidades especiales del delito de contrabando, los que se sancionan con la misma pena que el delito común de contrabando. Una revisión de las distintas conductas prohibidas muestra que no se tratan necesariamente de supuestos específicos del delito de contrabando, sino de conductas enmarcadas ciertamente en el control aduanero, pero con elementos constitutivos propios[39].

aa) Disposición de mercancías en la zona primaria

Como modalidad especial del delito de contrabando se castiga la conducta de extraer, consumir, utilizar o disponer de las mercancías de la zona primaria delimitada por la ley general de aduanas o por leyes especiales sin haberse autorizado legalmente su retiro por la administración aduanera. Esta modalidad del delito de contrabando se configura con la realización de cualquiera de los verbos típicos previstos. En primer lugar se menciona la extracción de las mercancías de la zona primaria, lo que significa sacarlas fuera de esta zona, sea para introducirlas en el territorio nacional, sea para llevarlas al extranjero. El consumo de las mercancías en la zona primaria se refiere, por su parte, al uso de las mercancías fungibles, es decir, de aquéllas que se consumen con su uso. Por el contrario, la utilización de las mercancías en la zona primaria se refiere al uso de las mercancías no fungibles. Finalmente, la disposición es un concepto más general que permite abarcar cualquier acto realizado sobre las mercancías que impliquen apartarlas del procedimiento aduanero correspondiente como, por ejemplo, la venta de artículos a bordo en la zona primaria.

La modalidad especial del delito de contrabando que ahora analizamos contextualiza las diversas formas de conducta típica reali-

---

[39] Igual situación se presenta en la regulación argentina de los delitos aduaneros, Vid., así, Vidal Albarracín, *Delitos aduaneros*, p. 165; Arocena, en *Derecho penal económico*, PE, 2, Balcarce (dir.), p. 92 y s., con mayores referencias.

zadas sobre las mercancías en la llamada zona primaria. Para delimitar esta zona, el propio tipo penal se remite a las leyes aduaneras. Conforme a la Ley General de Aduanas, la zona primaria comprende los recintos aduaneros, espacios acuáticos o terrestres destinados o autorizados para las operaciones de desembarque, embarque, movilización o depósito de las mercancías; las oficinas, locales y dependencias destinadas al servicio directo de una aduana; los aeropuertos, predios o caminos habilitados y cualquier otro sitio donde se cumplen normalmente operaciones aduaneras. Cuando las mercancías entran en la zona primaria, quedan sometidas al control de la aduana correspondiente, de modo tal que los actos de uso o disposición no autorizada sobre las mercancías constituyen una grave afectación al cumplimiento de las labores de la aduana.

Como un requisito negativo del tipo se configura la falta de autorización de retiro expedida legalmente por la autoridad aduanera. En este sentido, no podrán considerarse típicos los actos de uso o disposición sobre mercancías en la zona primaria si es que cuentan con la autorización de retiro de la autoridad aduanera. Hay un aspecto específico de este elemento negativo del tipo que resulta importante precisar. El tipo penal requiere que el autor haya actuado sin haberse autorizado *legalmente* el retiro de las mercancías por la autoridad aduanera. Con esta fórmula, el tipo penal le otorga al juez la posibilidad de someter a un control de legalidad la decisión de la autoridad aduanera, de manera que si conforme a su análisis de los hechos llega a la conclusión de que la autorización de retiro expedida por la autoridad aduanera era ilegal y que esta situación era conocida por el autor, podrá afirmar la tipicidad de la conducta aunque exista formalmente una autorización de retiro.

bb) Disposición de mercancías en el traslado a otra zona primaria

La segunda modalidad especial del delito de contrabando se configura cuando sin el previo pago de los tributos o gravámenes se consume, almacena, utiliza o dispone de las mercancías cuyo traslado de una zona primaria a otra ha sido autorizado para su reconocimiento físico. Como puede verse, esta modalidad del delito de contrabando se contextualiza en el traslado de las mercancías de una

zona primaria a otra para su reconocimiento físico, por lo que la extracción de las mercancías de la zona primara en la que se encuentra resulta perfectamente lícita. El delito tiene lugar, más bien, con el consumo, almacenamiento, utilización o disposición de estas mercancías, cuando tuvieron que haber sido llevadas a otra zona para su reconocimiento físico. Por ejemplo, el artículo 42 de la Ley General de Aduanas contempla la posibilidad de que la autoridad aduanera autorice el almacenamiento de mercancías en locales situados fuera de la zona primaria, cuando la cantidad, volumen, naturaleza de las mercancías o las necesidades de la industria y comercio así lo ameriten. El delito de contrabando se cometerá en este contexto si las mercancías, en lugar de ser llevadas a los locales autorizados, se consumen, se utilizan, se disponen o se almacenan en otro lugar.

El tipo penal requiere también en esta modalidad especial un elemento negativo: sin el pago previo de los tributos o gravámenes. Por lo tanto, si previamente se han pagado los tributos o gravámenes correspondientes, entonces el delito de contrabando no se habrá configurado. El requisito negativo exigido produce adicionalmente otra consecuencia dogmática importante: Si las mercancías no deben pagar tributo o gravamen alguno (p.e. por estar exoneradas), esta modalidad del delito de contrabando no podrá cometerse, aun cuando se haya afectado el control aduanero al no permitir el reconocimiento físico. El tipo penal parte de la premisa de que las mercancías tienen que pagar tributos y gravámenes, de manera que quedarán fuera del ámbito típico las conductas realizadas sobre mercancías que no están sujetas al pago de tributo o gravamen alguno.

cc) Internamiento de mercancías provenientes de zonas de tratamiento especial

Otra modalidad especial del delito de contrabando se presenta cuando se interna mercancías de una zona franca o zona geográfica nacional de tratamiento aduanero especial o de alguna zona geográfica nacional de menor tributación y sujeta a un régimen especial arancelario, hacia el resto del territorio nacional sin el cumplimiento de los requisitos legales o el pago de los tributos diferenciales. Presupuesto para la realización de esta modalidad especial del contra-

bando es que las mercancías se encuentren en una zona franca o en una zona geográfica con un tratamiento aduanero especial. Por zona franca se entiende el lugar dentro del territorio nacional que se considera fuera del territorio aduanero en lo que respecta al pago de derechos y tributos aduaneros, como sucede en el caso de la zona franca de Tacna creada por ley 27688. Dentro de las otras zonas de tratamiento aduanero especial se incluyen todas las zonas geográficas en las que la legislación aduanera establece un conjunto de beneficios tributarios o un tratamiento especial como sucede, por ejemplo, con los CETICOS (Centro de exportación, transformación, industria, comercialización y servicios), las zonas de tráfico fronterizo, el llamado almacén libre (Duty free), entre otros.

Para que las mercancías que se encuentran en alguna de las zonas privilegiadas antes mencionadas puedan introducirse al resto del territorio nacional resulta necesario cumplir con un procedimiento aduanero establecido, en el que se prevé, como regla general, el pago de los tributos no pagados o los llamados tributos diferenciales. En esta línea, el artículo 13 del reglamento de la Ley General de Aduanas establece que para introducir a zonas de tributación común mercancías que han sido importadas a una zona de tributación especial, se deberá pagar los tributos diferenciales correspondientes, es decir, la diferencia entre los tributos aplicables en la zona de tributación común y aquéllos que hayan sido pagados para el ingreso de la mercancía a la zona de tributación especial. Si se internan las mercancías sin haber seguido el procedimiento establecido para la salida de mercancías de las zonas francas o de las zonas de tratamiento especial, el delito se habrá configurado. Una tentativa de este delito resulta perfectamente posible si las mercancías no llegan a entrar en el territorio nacional.

dd) Participación en el agotamiento del delito

En el literal d) del artículo 2 de la ley de delitos aduaneros se regula un supuesto especial del delito de contrabando consistente en participar en el agotamiento de un delito de contrabando. En concreto, se prevé como conducta punible conducir en cualquier medio de transporte, hacer circular dentro del territorio nacional,

embarcar, desembarcar o transbordar mercancías sin haber sido sometidas al ejercicio del control aduanero. Como puede verse, la conducta típica recae sobre mercancías que ya han sido sustraídas del control aduanero, por lo que el delito común de contrabando ya se habrá previamente consumado[40]. Por lo tanto, el momento en el que tiene lugar este supuesto especial de contrabando es evidentemente el agotamiento del delito. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la participación en el delito solamente resulta posible en el agotamiento que se encuentra en unidad de acción con el delito consumado, pues de lo contrario se entrará en el terreno propio de la receptación (aduanera) y el encubrimiento. En este orden de estas ideas, la participación en el delito de contrabando que se regula como modalidad especial solamente podrá abarcar los comportamientos de cooperación que se encuentren en unidad de acción con el delito de contrabando.

La modalidad especial del delito de contrabando se configura con determinados actos de ayuda o cooperación posterior a la consumación del delito de contrabando. En primer lugar, se contempla la conducta de conducir en cualquier medio de transporte mercancías que no se han sometido al control aduanero. El tipo penal incluye además a quienes hacen circular dentro del territorio nacional las mercancías. Esta precisión resulta innecesaria en términos dogmáticos, pues con las normas generales de autoría podría haberse incluido este último supuesto como una autoría mediata del primer supuesto. En cualquier caso, la regulación específica de esta forma especial de contrabando convierte en autor también al instigador o inductor, pues dentro del término "hacer circular" pueden incluirse tanto al autor mediato como al instigador de la persona que realiza efectivamente la conducta de conducir las mercancías por el territorio nacional. La segunda forma de participación posterior que se contempla como modalidad especial de contrabando es embarcar, desembarcar o transbordar las mercancías no sometidas al control aduanero. Esta prestación no se refiere al servicio de transporte, sino

(40) Vid., así, Bramont-Arias Torres, *Actualidad Jurídica*, T. 116, julio 2003, p. 73.

a la carga, descarga o trasbordo de las mercancías en los medios de transportes utilizados para trasladarlas.

ee) Fraude documental aduanero

Como modalidad especial del contrabando se castiga también la introducción o el intento de introducción al territorio nacional de mercancías con la elusión o burla del control aduanero utilizando cualquier documento aduanero ante la administración de aduanas. La particularidad de esta modalidad especial del delito de contrabando se encuentra en su configuración típica como delito de emprendimiento, en el que se castiga la tentativa del delito como un delito consumado. En este sentido, se castiga con la pena prevista para el delito de contrabando consumado no sólo la efectiva introducción de mercancías en el territorio nacional mediante el uso fraudulento de un documento aduanero, sino también el intento de hacerlo. Este adelantamiento de la punición se explica en el hecho de que las labores de control de aduanas tienen lugar fundamentalmente en el momento de la introducción de las mercancías, por lo que su detección beneficiaría siempre al autor con una pena en grado de tentativa[41]. En la medida que el desvalor de la conducta gira en torno al uso indebido de la documentación aduanera, la efectiva introducción de la mercancía no aumenta cualitativamente el injusto del delito.

Si bien la elusión o burla del control aduanero en esta modalidad del delito de contrabando se hace, por lo general, mediante el uso de documentación aduanera falsificada (material o ideológicamente), el tipo penal no exige la falsedad del documento aduanero utilizado, por lo que también podrá englobarse en el tipo penal el uso de documentos aduaneros verdaderos que en determinadas situaciones puedan llevar a error a los funcionarios encargados del control. En este caso, el contrabando no se sustentará en la falsedad

(41) Así se argumentó en la exposición de motivos de la regulación penal aduanera argentina para equiparar la pena de la tentativa con el delito consumado, Vid., ALBARRACÍN, *Delitos aduaneros*, p. 286.

de los documentos, sino en el uso fraudulento que le ha dado el autor del delito para introducir al territorio nacional las mercancías con elusión o burla del control aduanero. No obstante, el uso de documentación falsificada se engloba típicamente como posible forma de comisión, de manera que si en el caso concreto la documentación aduanera es falsificada, no se presentará un concurso de delitos con el delito de falsificación de documento, sino un concurso de leyes que se resolverá a favor de la aplicación de la modalidad especial del delito de contrabando.

B. Defraudación de rentas de aduanas

En el Derecho penal peruano se regulan de forma separada la defraudación tributaria y la defraudación de rentas de aduanas[42]. En consecuencia se trata de tipos penales con distinto ámbito de aplicación. Para los tributos internos se aplica el tipo penal de defraudación tributaria, mientras que para los tributos y gravámenes aduaneros se utiliza el delito de defraudación de rentas de aduanas. Esta distinción artificial no cambia en nada la situación de que ambos delitos de defraudación reúnen prácticamente los mismos elementos constitutivos y se configuran como delitos de dominio. En este sentido, la exposición sobre el delito de defraudación de rentas de aduanas no pretende entrar en los mismos aspectos tratados en el delito de defraudación tributaria, sino destacar, más bien, sus particularidades.

a) Sujetos

Al igual que el delito de defraudación tributaria, el delito de defraudación de rentas de aduanas no hace una delimitación expresa del círculo de autores del delito, de manera que parecería estar configurado como un delito común. Sin embargo, queda claro que quien comete el delito es quien realiza una actividad de comercio

---

(42) A diferencia del Derecho penal alemán, en donde no se contiene una regulación especial para los delitos aduaneros. Vid., así, Joecks, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 220a.

exterior por la que tiene que pagar ciertos tributos y derechos aduaneros. A partir de esta delimitación de la conducta delictiva, puede concluirse que la defraudación de rentas de aduanas sólo podrá ser cometido como autor por quien se encuentre obligado al pago de la obligación tributaria aduanera, así como de los derechos antidumping o compensatorios. Conforme a la legislación aduanera, dicha obligación recae en los dueños o consignatarios de las mercancías en calidad de contribuyentes, así como en los agentes de aduanas y los concesionarios postales en calidad de responsables solidarios. El delito de defraudación de rentas de aduanas constituye, por tanto, un delito especial que produce limitaciones en la autoría y que, en caso de personas jurídicas, requerirá de la aplicación de la cláusula del actuar en lugar de otro.

b) Conducta típica

Conforme al artículo 4 de la ley de delitos aduaneros, se castiga por delito de defraudación de rentas de aduanas a quien mediante trámite aduanero, valiéndose de engaño, ardid, astucia u otro forma fraudulenta deja de pagar en todo o en parte los tributos u otro gravamen o los derechos antidumping o compensatorios que gravan la importación, o aproveche ilícitamente una franquicia o beneficio tributario. Como puede verse, el tipo penal engloba dos formas distintas de defraudar las rentas de aduanas. Por un lado, se encuentra la falta de pago fraudulenta de las rentas de aduanas y, por el otro, el aprovechamiento ilícito de franquicias o beneficios tributarios[43]. Estas variantes, sin embargo, no se diferencian en cuanto al carácter fraudulento de la conducta típica, pues en ambos casos resulta necesario el uso del engaño, ardid, astucia u otra forma fraudulenta en el trámite aduanero. La diferencia se encuentra, más bien, en el punto de incidencia de la conducta fraudulenta.

En cuanto a la conducta fraudulenta, el tipo penal menciona como mecanismos fraudulentos el engaño, el ardid, la astucia u otra

(43) Vid., igualmente, BRAMONT-ARIAS TORRES, *Actualidad Jurídica*, T. 116, julio 2003, p. 73.

forma fraudulenta. Con esta amplia descripción se consigue abarcar el amplio universo de posibles mecanismos fraudulentos para eludir el pago de los tributos y derechos aduaneros. Así, por ejemplo, podrán abarcarse sin ningún inconveniente los llamados casos de subfacturación que se caracterizan por la presentación de facturas falsas con precios menores a los reales con la finalidad de reducir la base imponible de los tributos y gravámenes arancelarios[44], así como los casos de incorrecta descripción de las características del producto para conseguir el pago de derechos arancelarios más bajos. Con la cláusula indeterminada de "otra forma fraudulenta", se pone a disposición del juez penal un tipo penal capaz de adaptarse a la evolución de las formas de criminalidad aduanera.

El tipo penal circunscribe el uso del engaño, ardid, astucia u otra forma fraudulenta al trámite aduanero, de manera tal que si la actuación fraudulenta se materializa fuera de dicho trámite, la conducta quedará al margen de este tipo penal, aunque se produzca igualmente una falta de pago de los tributos y derechos aduaneros o el aprovechamiento ilícito de una ventaja tributaria aduanera. En este sentido, no podrá sancionarse como defraudación de rentas de aduanas la introducción de mercancías sujetas al pago de derechos arancelarios por lugares no autorizados del territorio nacional (las llamadas "fronteras verdes"), en donde no se hace ningún trámite aduanero. Sólo el fraude cometido en un trámite ante la aduana correspondiente puede dar pie a un delito de defraudación de rentas de aduanas.

Por trámite aduanero se entiende toda solicitud o procedimiento administrativo de comercio exterior iniciado ante la autoridad aduanera para la salida o entrada de mercancías. Tal como lo establece el artículo 4 de la Ley General de Aduanas, la base de todo trámite aduanero de comercio exterior reside en los principios de buena fe y de presunción de veracidad, por lo que el desvalor de la conducta de defraudación de rentas de aduanas se constituye precisamente por la afectación a estos principios de la actividad aduanera.

---

(44) Vid., sobre este supuesto, Joecks, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 221.

Como puede verse, el legislador penal ha centrado el injusto penal de la defraudación penal no sólo en la falta de pago de los tributos o derechos aduaneros, sino también en la vulneración del principio de buena fe y de la presunción de veracidad que informan los trámites aduaneros.

Al igual que lo precisado en el delito de defraudación tributaria, la conducta fraudulenta puede ser cometida también por omisión, siempre que sobre el omitente recaigan deberes de aseguramiento o salvamento respecto de la información incorrecta que llega a la autoridad aduanera. En la medida que pueda sustentarse en el omitente estos deberes, la falta de pago de los tributos y derechos aduaneros provocada por la información incorrecta podrá imputarse al comportamiento omisivo del autor. La infracción de un deber de aseguramiento se presenta, por ejemplo, cuando no se declara en el trámite aduanero de entrada al país la introducción de un objeto gravado. Una infracción al deber de salvamento tendrá lugar cuando no se rectifique la información anteriormente suministrada que deviene luego por alguna razón en incorrecta. No obstante, el deber de rectificación de la información no tiene lugar si la correcta información la posee otro funcionario de la administración aduanera vinculado al funcionario competente del despacho aduanero, pues los defectos de los canales de información al interior de la administración aduanera no son imputables a los agentes de comercio exterior.

c) Objeto del delito

Objeto del delito de defraudación de rentas de aduanas son las mercancías que salen o entran al territorio aduanero y que deben dar lugar al pago de los derechos o gravámenes aduaneros. En la doctrina penal se sostiene que el delito de defraudación de rentas de aduanas puede cometerse también respecto de mercancías cuya entrada al país se encuentra prohibida[45], pues la eventual prohibición de entrada no enerva el pago de los derechos o gravámenes que se habrían tenido que hacer de estar permitida su entrada. Si se

[45] Vid., así, WAMERS, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 20, n.m. 114.

sigue esta lógica, el delito de defraudación de rentas de aduanas se presentará en relación de concurso con el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas. Esta afirmación, sin embargo, no puede valer para todos los casos, pues una defraudación de rentas de aduanas no podrá tener lugar respecto de los productos que están completamente al margen del circuito económico[46], como es el caso de las drogas o el dinero falsificado. El fundamento de esta conclusión reside en que en estos casos el pago de derechos o gravámenes arancelarios no habría tenido lugar de ninguna forma.

d) Resultado típico

El delito de defraudación de rentas de aduanas es un delito de resultado, el cual está constituido por la falta de pago de los derechos y gravámenes aduaneros correspondientes. Por consiguiente, la conducta fraudulenta del obligado tributario aduanero debe afectar los intereses patrimoniales de la administración aduanera, en el sentido de frustrar el pago de los tributos, gravámenes o derechos realmente adeudados. Conforme al tipo penal, esta afectación puede tener lugar de dos formas: mediante la anulación o reducción de los tributos, gravámenes o derechos antidumping o compensatorios; o mediante el aprovechamiento indebido de una franquicia o beneficio tributario.

En cuanto a la primera forma de afectación, resulta importante precisar los conceptos que resultan anulados o reducidos por la conducta fraudulenta del autor. Por tributos se entienden los derechos arancelarios y demás tributos que forman parte de la deuda tributaria aduanera. Si bien el artículo 18 de la Ley General de Aduanas incluye también la multa y los intereses dentro de la deuda tributaria aduanera, el artículo 4 de la ley de delitos aduaneros no los contempla como objeto de la defraudación de rentas de aduanas, por lo que su falta de pago no alcanzará relevancia penal respecto del delito de defraudación de rentas de aduanas. Por su parte, el término gravamen es un término amplio que incluye, además de los tributos

(46) Vid., Wamers, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 20, n.m. 114.

aduaneros, cualquier recargo de carácter fiscal, monetario o cambiario que incidan en las importaciones. Un ejemplo de ello sería el gravamen adicional *ad valorem* que se impone a la importación de determinados productos procedentes de determinadas regiones o países. Finalmente, por derechos antidumping o derechos compensatorios se entienden los recargos que se imponen a la importación de productos a precio de dumping[47] o que han recibido subvenciones[48]. La finalidad de estos derechos es evitar distorsiones en el mercado interno con la importación de productos a precios por debajo de sus costos reales.

El resultado típico puede tener lugar también mediante el aprovechamiento ilícito de una franquicia o beneficio tributario. Franquicia es la exención total o parcial del pago de tributos dispuesta por ley, mientras que por beneficio tributario se entiende los diversos supuestos que inciden favorablemente en la cuantificación del tributo, sea en la base imponible como en la tasa del tributo. En esta forma de realización del delito de defraudación de rentas de aduanas, el autor consigue mediante su actuación fraudulenta sacar provecho de una franquicia o beneficio tributario en sus operaciones de comercio exterior. Este aprovechamiento debe ser ilegal en el sentido de que realmente no se está en el supuesto de hecho previsto por las normas que conceden franquicias o beneficios tributarios en el comercio exterior. La conducta fraudulenta del autor consiste precisamente en hacer creer a la administración aduanera que el supuesto de hecho para gozar de los beneficios se ha verificado en la realidad.

---

(47) Se considera que existe dumping cuando el precio de exportación del producto de su país de origen o de exportación sea inferior a su valor normal de ese mismo bien o al precio comparable, en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador.

(48) Se entiende que una importación ha sido subsidiada cuando la producción, fabricación, transporte o exportación del bien importado o de sus materias primas o insumos, han recibido directa o indirectamente cualquier prima, ayuda, reintegro, premio, subsidio o similar en el país de origen o de exportación.

e) Elemento subjetivo

El delito de defraudación de rentas de aduanas solamente puede ser cometido a título de dolo. En consecuencia, el autor debe conocer que defrauda en el trámite aduanero los tributos, gravámenes y derechos correspondientes. Por ejemplo, una persona que omite declarar un bien que introduce al país porque considera que no está sujeto al pago de ningún impuesto, no cometerá el delito de defraudación de rentas de aduanas, pues no conocerá la aptitud lesiva de su comportamiento para dejar de pagar los tributos aduaneros. No obstante, el conocimiento de la probable defraudación de las rentas de aduanas será suficiente para afirmar un dolo eventual con el que se podrá sustentar igualmente la imputación dolosa.

f) Consumación y tentativa

El delito de defraudación de rentas de aduanas se consuma por la falta de percepción de los tributos, gravámenes y derechos antidumping compensatorios por parte de la administración aduanera. En la medida que el pago de la deuda tributaria aduanera debe hacerse antes del levante, es decir, antes de la autorización a los interesados de disponer de las mercancías despachadas, el delito se habrá consumado cuando se autorice la disposición de las mercancías luego del control aduanero sin haberse pagado los derechos y gravámenes aduaneros correspondientes[49]. Para la consumación del delito no es necesario que el beneficiario haya dispuesto inmediatamente de las mercancías[50].

Al ser el delito de defraudación de rentas de aduanas un delito de resultado, es posible una tentativa punible en el caso que la conducta fraudulenta del autor no consiga el objetivo de defraudar las

---

(49) En la jurisprudencia alemana se mantiene otro criterio, en el sentido de que basta con la introducción oculta de las mercancías en la aduana. Vid., con opinión favorable, Höser, *Vorbereitungshandlung*, p. 202 y s.

(50) Vid., igualmente, Wamers, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 20, n.m. 121.

rentas de aduanas por causas ajenas a la voluntad del autor[51], por ejemplo, por el reconocimiento físico realizado por la aduana. Un punto de discusión constituye el momento en el que comienza la tentativa. Un sector de la doctrina entiende que la tentativa comenzaría en el momento de alcanzar el límite territorial o el puesto de aduanas dispuesto[52]. Para responder a este interrogante, hay que determinar la expectativa normativa de conducta que se defrauda con el delito de defraudación de rentas de aduanas. A diferencia del contrabando, no se asegura el sometimiento al control aduanero, sino el pago de los derechos y gravámenes aduaneros. Por ello, el momento objetivamente relevante frente a la expectativa normativa de conducta protegida debe encontrarse en el momento en el que se realizan los actos dirigidos a pagar los tributos o gravámenes aduaneros. En nuestra opinión, este ámbito se circunscribe al control o despacho aduanero, de manera tal que la tentativa del delito comenzará con el inicio del despacho aduanero; para ser más exacto, con la declaración de aduanas.

g) Autoría y participación

Para poder ser autor del delito de defraudación de rentas de aduanas es necesario tener la calidad de agente de comercio exterior o, para ser más exactos, tener la calidad de despachador de aduanas. El dominio del riesgo que afecta la recaudación de las rentas de aduanas lo poseen, en principio, los despachadores de aduanas, por lo que éstos serán quienes respondan como autores. Por el contrario, quienes prestan algún tipo de ayuda para la realización del delito, responderán solamente como partícipes *extranei*. La pena tanto para los autores como para los partícipes se determinará con base en el marco penal del delito de defraudación de rentas de aduanas.

---

(51) En la jurisprudencia nacional se castigó por tentativa del delito a la persona que intentó extraer del almacén aduanero del servicio rápido de Serpost la mercancía enviada del extranjero con falsas afirmaciones sobre sus características. Vid., así, la R.N. N° 260-2004-Callao, del 03/09/2004 (cit. en *Actualidad Jurídica*, T. 155, octubre 2006, p. 130).

(52) Vid., así, JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 265.

El instituto de la prohibición de regreso encuentra plena aplicación en el delito de defraudación de rentas de aduanas. En este sentido, el transportista que conoce la intención criminal del propietario de las mercancías de dejar de pagar los derechos arancelarios mediante una actuación fraudulenta en el trámite aduanero, no responderá como cómplice del delito, pues su actuación no genera un riesgo especial de defraudación que lo haga objetivamente competente por el hecho. Una responsabilidad penal solamente podrá fundamentarse en estos casos si es que se le hace garante por el pago de los derechos arancelarios de las mercancías que transporta, lo cual no fluye de la normativa aduanera. Su responsabilidad penal quedará limitada a lo más a una omisión del deber de denuncia por su profesión o empleo (artículo 407 del Código penal).

h) Concurso

Si la defraudación de rentas de aduanas se comete eludiendo o burlando el control aduanero, se presentará un concurso de delitos con el delito de contrabando. Si bien se trata de dos tipos penales que afectan el ejercicio de la potestad aduanera, el ámbito específico de protección de cada tipo penal resulta distinto. Así, mientras el delito de contrabando afecta la labor de control sobre la entrada o salida de mercancías del territorio nacional, el delito de defraudación de rentas de aduanas atenta contra la recaudación de los tributos y derechos originados por las operaciones de comercio exterior de mercancías. La situación de concurso de delitos no podría negarse alegando que el tipo penal de defraudación de rentas de aduanas absorbería el desvalor del delito de contrabando, en la medida que la forma de afectar la recaudación aduanera en la defraudación de rentas de aduanas necesitaría ineludiblemente eludir o burlar el control aduanero. A este argumento cabría objetarle que la elusión o burla del control aduanero a la que se hace alusión en el delito de contrabando se refiere a la falta de conocimiento del ingreso o la salida de mercancías, lo cual no tiene que presentarse necesariamente en el delito de defraudación de rentas de aduanas. En este delito los funcionarios de aduanas pueden tener pleno conocimiento de las mercancías que entran al país, recayendo el engaño más bien en

alguna circunstancia falsa que permitiría reducir el tributo o gozar indebidamente de una franquicia o beneficio tributario. Por todo lo dicho, la forma de concurso entre el delito de contrabando y el delito de defraudación de rentas de aduanas será la de un concurso ideal de delitos.

Si la defraudación de rentas de aduanas tiene lugar mediante un engaño a los funcionarios aduaneros, el hecho podrá subsumirse también en el tipo penal de estafa. No obstante, en este caso no se presentará una situación de concurso de delitos, sino más bien un concurso de leyes que produciría el desplazamiento del tipo penal de estafa. La afirmación de un concurso de leyes en lugar de un concurso de delitos se sustenta en el hecho de que el delito de defraudación de rentas de aduanas protege igualmente los intereses patrimoniales del Estado, siendo esta protección sencillamente especial frente a la protección general del patrimonio que suministra el delito de estafa.

Frente al delito de defraudación tributaria, el delito de defraudación de rentas de aduanas constituye una ley especial respecto de la falta de pago de la deuda tributaria aduanera. Si bien el tipo penal de defraudación de rentas de aduanas no exige el elemento subjetivo especial del provecho propio o ajeno, puede concluirse que dicho elemento igualmente tendrá que presentarse en la defraudación de rentas de aduanas, en la medida que la falta de pago de los derechos aduaneros genera un beneficio injustificado a quien estaba en obligación de pagarlos. Se trata, en resumidas cuentas, de un concurso de leyes que en virtud del principio de especialidad debe decidirse por la aplicación del delito aduanero.

i) Penalidad

El delito de defraudación de rentas de aduanas se castiga con una pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y con una pena de multa de trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. A esta acumulación de sanciones penales hay que agregar que el artículo 12 del reglamento de la ley de delitos aduaneros establece una acumulación de la pena y la sanción administrativa, en la medida que dispone que las penas por el delito

de defraudación de rentas de aduanas se aplicarán sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar. Pese a la claridad del dispositivo, es evidente que una lectura constitucional del artículo 12 del reglamento de la ley de delitos aduaneros debe llevar a la inaplicación de lo dispuesto respecto de las sanciones administrativas en caso de darse la triple identidad de hecho, sujeto y efecto[53]. Una sanción administrativa solamente podrá aplicarse si se trata de una infracción distinta a la que constituye el delito o si la imputación recae sobre sujeto distinto, por ejemplo, una persona jurídica. En cualquier caso, la determinación de la base fáctica en el proceso penal no puede ser variada en la imposición de la sanción administrativa.

j) Modalidades especiales

Al igual que la defraudación tributaria y el delito de contrabando, la regulación del delito de defraudación de rentas de aduanas contempla también diversas modalidades especiales. Si bien todas estas modalidades especiales se contextualizan en el marco común de una operación de comercio exterior sujeta al pago de tributos o derechos aduaneros, sus elementos constitutivos no presuponen la realización del tipo penal básico del delito de defraudación de rentas de aduanas.

aa) Importación fraudulenta

El literal a) del artículo 5 de la ley de delitos aduaneros tipifica como una modalidad especial del delito de defraudación de rentas de aduanas la importación de mercancías amparada en documentos falsificados o con información falsa que originen un tratamiento aduanero o tributario más favorable al que les hubiese correspondido. La conducta típica está constituida por la importación de mercaderías, es decir, por el ingreso de mercancías provenientes del exterior con base en documentos falsos o adulterados o con información falsa sobre las mercancías. El documento es falso cuando ha sido

---

[53] Igualmente crítico, BRAMONT-ARIAS TORRES, *Actualidad Jurídica*, T. 118, septiembre 2003, p. 83.

elaborado al margen de las condiciones necesarias para acreditar un hecho, mientras que es adulterado cuando se ha modificado un documento verdadero para variar un dato existente o incluir uno adicional no existente en el original. La falsificación de documentos que amparan la importación de mercancías puede recaer, entre otros, sobre el conocimiento de embarque, el manifiesto de carga o la factura comercial.

Una información es falsa cuando no se corresponde con los hechos reales sobre los que se informa. En el caso de la importación fraudulenta, la información debe estar referida a ciertas características de las mercancías relevantes para determinar el tratamiento aduanero o tributario. El tipo penal describe de manera cerrada cuáles son esas características: valor, calidad, cantidad, peso, especie, antigüedad u origen, así como marcas, códigos, series y modelos. En el caso concreto de carga de gran volumen o a granel, hay que señalar que la administración tributaria permite un margen de error de hasta cinco por ciento respecto de la carga, no configurando ninguna infracción los errores que se mantienen dentro de este margen (artículo 40 del reglamento). Por lo demás, hay que decir que la falsedad sobre alguna otra característica de las mercancías no prevista en el tipo penal no será penalmente relevante, aun cuando pueda alterar el tratamiento aduanero o tributario correspondiente, pues si se amplía el ámbito de aplicación del tipo penal a estos casos tendrá lugar una infracción prohibida del principio de legalidad.

El tipo penal exige que la importación fraudulenta de mercancías origine un tratamiento aduanero o tributario más favorable al que corresponde a los fines de su importación. Como consecuencia de ello, cabe señalar primeramente, aunque parezca una obviedad, que se encuentra al margen del tipo penal la falsedad en la importación de mercancías que lleva a un tratamiento aduanero o tributario más riguroso, pues el tipo penal requiere que el tratamiento recibido sea más beneficioso que el que corresponde a los fines de su importación. Esta afirmación, sin embargo, no impide la responsabilidad penal que pudiere originarse por la falsificación de documentos o por la falsedad en procedimiento administrativo. En segundo lugar, hay que mencionar que la consumación del tipo penal no

requiere que el despacho de importación haya culminado, sino que basta con recibir un tratamiento aduanero o tributario más ventajoso durante el trámite de la importación[54]. La determinación del carácter más ventajoso del tratamiento aduanero o tributario recibido se alcanza mediante una comparación de este tratamiento con el que habría correspondido a la importación de mercancías con documentos o información verdaderos.

La importación fraudulenta que ahora analizamos puede ser cometida también mediante una conducta omisiva, siempre que pueda sustentarse la obligación del importador de advertir un error en la documentación adjuntada. Al respecto resulta pertinente hacer referencia a la regulación del error en las facturas comerciales. En la normativa aduanera se habla de un error sustancial en las mencionadas facturas cuando se origina un cambio en la partida arancelaria, por lo que se establece en tales supuestos un reconocimiento físico de las mercancías. En este sentido, si el importador se percata del error sustancial de las facturas comerciales y omite comunicarlo al intendente de aduana cuando los presenta, se habrá cometido un delito de defraudación de rentas de aduanas en comisión por omisión si es que tiene lugar un tratamiento aduanero o tributario más beneficioso que el que habría correspondido de haberse comunicado el error en las facturas comerciales.

bb) Simulación de operación de comercio exterior

En el literal b) del artículo 5 de la ley de delitos aduaneros se contempla, como modalidad especial del delito de defraudación de rentas de aduanas, la simulación total o parcial ante la administración aduanera de una operación de comercio exterior con la finalidad de obtener un beneficio económico o de cualquier índole establecido en la legislación nacional. Como puede verse, se trata de un tipo penal que exige la realización de una conducta de simulación ante la administración aduanera que apunta a la consecución fraudulenta de determinado beneficio. A diferencia de la modalidad

(54) En sentido similar, la R.N. N° 260-2004 Callao, del 03/09/2004 (cit. en *Actualidad Jurídica*, T. 155, octubre 2006, p. 130).

especial anterior, el tipo penal no requiere la obtención de un beneficio para la consumación del delito, pues se trata de un elemento subjetivo de tendencia que solamente debe presentarse en el ámbito de la imputación subjetiva.

La conducta requiere que el autor simule total o parcialmente una operación de comercio exterior ante la administración aduanera. Por operación de comercio exterior debe entenderse las negociaciones o contratos que regulan el intercambio comercial de bienes y servicios entre países. La operación se simula totalmente cuando la simulación es absoluta, es decir, cuando se presenta ante la administración aduanera una operación que no existe en lo absoluto. La simulación es, por el contrario, parcial cuando se manifiesta una operación de comercio que sólo se realiza en parte. En cualquier caso, la operación de comercio exterior simulada debe ser idónea para generar el disfrute de algún tipo de incentivo o beneficio previsto en las leyes internas. Así, por ejemplo, constituyen conductas que podrían subsumirse en la modalidad especial aquí analizada la simulación de exportación de productos fabricados con insumos importados para obtener la devolución de los impuestos a la importación pagados o la simulación de un contrato de reparación de un activo con la finalidad de poder reimportar luego un bien nuevo sin el pago de los derechos arancelarios.

En la medida que para la simulación de la operación de comercio exterior resulta imprescindible la participación de otra parte en el contrato, esta modalidad especial del delito de defraudación de rentas de aduanas se constituye como un delito de participación necesaria. La persona que ha intervenido como parte en el contrato simulado podrá responder como cooperador necesario en el delito de defraudación de rentas de aduanas cometido por el importador de mercancías, pues su aportación resulta indispensable para la comisión del delito. Si bien podría decirse que la aportación del partícipe se ha realizado en el extranjero (se trata de una operación de comercio internacional), hay que tener presente que el hecho del autor es también el hecho del partícipe, de manera que si el delito

tiene lugar dentro de territorio peruano, la participación se habrá llevado también dentro de territorio peruano[55].

cc) Fraude en el precio o cantidad de las mercancías

En el literal c) del artículo 5 de la ley de delitos aduaneros se contempla dos formas específicas de defraudación de rentas de aduanas. Por un lado, se hace mención a la sobrevaluación o subvaluación del precio de las mercancías y, por el otro, se contempla la variación de la cantidad de las mercancías. En ambos casos, la variación del precio o de la cantidad real de las mercancías debe ser idónea para obtener incentivos o beneficios económicos establecidos por la legislación nacional o para dejar de pagar en todo o en parte derechos antidumping o compensatorios. Por el contrario, si la incidencia de esta conducta fraudulenta recae solamente sobre el pago de los tributos o gravámenes, tendrá que aplicarse el tipo penal básico de defraudación de rentas de aduanas.

La particularidad de esta modalidad especial del delito de defraudación de rentas de aduanas que la hace más incisiva que el tipo penal básico es el hecho de que no se exija para la consumación la obtención efectiva de los beneficios económicos o la falta de pago de los derechos antidumping o compensatorios ("a fin de obtener"). Si se analiza debidamente el tenor del tipo penal se puede llegar a la conclusión de que tanto la sobrevaluación o subvalución del precio de las mercancías, como la variación de la cantidad de las mercancías resultan suficientes para la configuración del tipo penal, siempre que sean en general idóneas para afectar la pretensión recaudatoria de la administración aduanera. A diferencia del tipo

---

(55) Similarmente, entienden como efecto de la participación la realización del hecho principal, TAFEL, *Die Geltung*, p. 41; SCHRÖDER, *ZStW* 61 (1942), p. 66 y ss.; LAUTERBACH, *Internationales Strafrecht*, p. 43; BERGMANN, *Begehungsort*, p. 44. Igualmente con base en la teoría de la ubicuidad y la accesoriedad de la participación, OEHLER, *Internationales Strafrecht*, § 1, n.m. 363.

penal básico, entonces, esta figura especial no se constituye como un delito de resultado, sino como un delito de peligro abstracto.

dd) Alteración de mercancías

La alteración de diversos datos de las mercancías relevantes para la determinación de la obligación tributaria aduanera constituye también una modalidad especial del delito de defraudación de rentas de aduanas. Hay que precisar que no se trata de la información que brinda el operador de comercio exterior, sino de la información que está contenida en el propio producto o anexada al mismo. El literal d) del artículo 5 de la ley de delitos aduaneros hace una enumeración cerrada de la información contenida en el producto que puede ser variada: la descripción, marcas, códigos, series, rotulado, etiquetado, origen o la subpartida arancelaria. La alteración de otro tipo de información contenida en el producto no podrá dar pie a esta modalidad especial del delito de defraudación de rentas de aduanas.

La alteración de la información contenida en las mercancías debe estar dirigida a obtener en forma ilícita beneficios económicos establecidos en la legislación nacional. Como puede verse, la obtención de los beneficios económicos no se constituye como un elemento objetivo que deba presentarse, sino como un elemento subjetivo de tendencia del autor. En este sentido, si se altera el etiquetado de las mercancías, por ejemplo, para cambiar la fecha de caducidad de un producto, no se configurará un delito de defraudación de rentas de aduanas, en la medida que el pago de los derechos aduaneros se mantiene inalterable. No obstante, esta conducta podría dar pie a un delito contra la salud pública si es que los productos pueden afectar la salud de los consumidores o a un delito de estafa contra los que adquieren el producto con la fecha de caducidad alterada.

ee) Uso indebido de mercancías en tránsito o reembarque

El literal e) del artículo 5 de la ley de delitos aduaneros contempla una modalidad especial del delito de defraudación de rentas de aduanas que se realiza en el contexto de dos regímenes aduaneros especiales: tránsito y reembarque. En el régimen de tránsito las mercancías pueden circular en el territorio aduanero con suspensión del

pago de los tributos solamente con destino al exterior y en medios de transporte acreditados para operar internacionalmente. Mediante el reembarque pueden salir del territorio aduanero las mercancías siempre que no hayan sido solicitadas para uso o consumo o no se encuentren en situación de abandono. Excepcionalmente el reembarque procede respecto de mercancías declaradas cuya importación esté prohibida o restringida, se encuentren deterioradas o no cumplan el fin para el que fueron importadas.

La modalidad especial del delito de defraudación de rentas de aduanas se configura cuando se consume, almacena, utiliza o dispone de las mercancías en tránsito o reembarque. Se trata de actos incompatibles con los regímenes aduaneros mencionados, en la medida que en estos casos las mercancías permanecen en el territorio aduanero sólo provisionalmente sin que estén destinadas al uso o consumo. Posiblemente la conducta de almacenamiento presente mayores dudas sobre su compatibilidad con los regímenes aduaneros de tránsito o reembarque, por lo que habrá que limitarla a los casos en los que el almacenamiento se constituye como acto preparatorio para el posterior uso o consumo de las mercancías. La falta de conformidad de las conductas típicas con los regímenes de tránsito o reembarque se pone de manifiesto con el elemento normativo de incumplimiento de la normativa reguladora de los regímenes aduaneros mencionados. Se trata de un supuesto de accesoriedad administrativa de leyes, en virtud de la cual la conducta delictiva debe constituir también una infracción de los regímenes de tránsito y reembarque.

C. Receptación aduanera

El delito de receptación aduanera se encuentra regulado en el artículo 6 de la ley de delitos aduaneros, castigando a quien adquiere o recibe en donación, en prenda, almacena, oculta, vende o ayuda a comercializar mercancías cuyo valor sea superior a dos Unidades Impositivas Tributarias y que de acuerdo a las circunstancias tenía conocimiento o se comprueba que debía presumir que provenía de un delito aduanero. En términos generales, puede decirse que este delito reproduce el tipo general de receptación previsto en el artículo

194 del Código penal, por lo que debería seguirse los mismos criterios de interpretación del tipo penal general. No obstante, si bien ambos tipos penales constituyen normas penales de refuerzo, la protección penal que ofrecen tiene particularidades propias que conviene resaltar.

La interpretación dominante entiende que la receptación común protege los derechos patrimoniales sobre los bienes que han sido obtenidos mediante la comisión de un ilícito penal[56]. Esta interpretación solamente podría trasladarse a la receptación aduanera en el caso de mercancías que han sido introducidas sin el pago de los tributos y derechos aduaneros correspondientes[57], pues sobre ellas recae una prenda legal para el pago de la deuda tributaria aduanera (artículo 84 de la LGA). Por el contrario, si el delito aduanero previo es solamente el contrabando o el tráfico de mercancías prohibidas, la protección penal de la prenda aduanera radicará en un empeoramiento del control aduanero, en la medida que le resultará al Estado cada vez más difícil poder detectar las mercancías para decomisarlas o regularizar su entrada al país. Un derecho patrimonial sobre las mercancías no existe necesariamente en estos casos.

a) Sujetos

El delito de receptación aduanera es un delito común que puede ser cometido por cualquier persona que reúna las condiciones de imputabilidad penal[58]. Pese a esta afirmación general, existe acuerdo en la doctrina en el sentido de que no se debe castigar por este delito al autor del delito (aduanero) previo, pues la negociación de las mercancías constituye un hecho posterior copenado por el delito

(56) Sobre el carácter patrimonial del delito de receptación, ARZT, *NStZ* 1981, p. 10; OTTO, *Jura* 1985, p. 148; SEELMANN, *JuS* 1988, p. 39.

(57) Así, KRISCH, *Die Steuerhehlerei*, p. 42 y ss., entiende que se protege el interés del fisco de cobrar los tributos dejados de pagar con las mercaderías introducidas.

(58) Similarmente, en el Derecho penal argentino, AROCENA, en *Derecho penal económico*, PE, 2, Balcarce (dir.), p. 137.

aduanero previo[59]. Se entiende que en la valoración del delito que hace el legislador al criminalizarlo está sin duda presente la negociación posterior de los bienes de procedencia ilícita, aun cuando este aspecto del hecho no se incorpore como elemento constitutivo del tipo penal.

En relación con los partícipes no existe, sin embargo, la misma unanimidad de parecer, en la medida que existen opiniones que responden afirmativamente a la pregunta de si los partícipes en el delito previo pueden responder como autores de un delito de receptación[60]. En nuestra opinión, no apreciamos una razón relevante para no poder alegar respecto de los cómplices el mismo fundamento utilizado para la exclusión del autor del delito previo. La negociación del bien proveniente del delito previo es una conducta esperable no sólo del autor, sino también de los cómplices que pudieran disponer del bien. La situación se presenta distinta, sin embargo, en el caso del inductor o instigador, pues la negociación del bien no constituye una conducta esperable de la persona que determina a otro a la comisión de un delito. En este sentido, no puede considerarse un hecho posterior copenado la negociación que haga el inductor con los bienes provenientes del delito, por lo que éste podrá responder como autor del delito de receptación.

b) Conducta típica

La conducta típica de la receptación aduanera está compuesta por un conjunto de acciones que se contextualizan en el momento de la negociación de las mercancías que provienen de la comisión de un delito aduanero. Al igual que los delitos patrimoniales de apropiación, el autor de un delito aduanero apunta a sacar provecho de su conducta delictiva, por lo que resulta usual que luego de cometido el delito proceda a negociar o vender el bien obtenido

---

(59) Vid., en este sentido, Bramont-Arias Torres, *Actualidad Jurídica*, T. 116, julio 2003, p. 74; Wamers, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 20, n.m. 138.

(60) Vid., con mayores referencias, Krisch, *Die Steuerhehlerei*, p. 94 y ss.

ilícitamente. Desde esta lógica criminológica, en la doctrina penal alemana se considera un elemento implícito del delito de receptación que el receptador actúe consensuadamente con el autor del delito previo, lo que, a su vez, permitirá delimitar este delito de otros como el robo o la apropiación ilícita[61]. La actuación que caracteriza al receptador se pretende abarcar mediante diversos verbos alternativos, cada uno capaz de realizar por sí mismo el tipo penal de receptación aduanera.

En primer lugar, cabe mencionar los actos de apropiación de las mercancías procedentes de un delito aduanero. Esta apropiación puede tener lugar a título oneroso (*adquirir*) o incluso a título gratuito (*recibir en donación*). En ambos casos se requiere que el receptador reciba el bien[62]. Si bien podría cuestionarse que en la donación exista propiamente un acto de comercialización que caracteriza la receptación, es evidente que con esta ampliación de la conducta típica el tipo penal apunta a evitar dificultades probatorias, pues, de lo contrario, a quien se le encontrase en posesión de mercancías de procedencia ilícita podría alegar siempre que las recibió en donación para evitar así la sanción penal. En la medida que la adquisición de bienes de procedencia ilícita no se registra en registros contables ni se respalda con la entrega de un comprobante de pago, la demostración del pago por las mercancías resulta prácticamente imposible. La prohibición penal incluye también actos de recepción de las mercancías en garantía (*recibir en prenda*), pues, por lo general, esta conducta constituye una forma indirecta de hacerse con las mercancías de procedencia delictiva.

En segundo lugar, el tipo penal de receptación aduanera abarca ciertos supuestos de posesión de las mercancías provenientes de un delito aduanero. Debe quedar claro que no se castiga la simple po-

---

(61) Vid., así, OTTO, *Jura* 1985, p. 153. De otro parecer, KRISCH, *Die Steuerhehlerei*, p. 137.

(62) Para la adquisición se requiere no sólo la celebración de un contrato, sino también la recepción de la mercancía, pues sólo puede hablarse de adquisición cuando se tiene un poder de disposición sobre el bien. Así, en la doctrina alemana, KRISCH, *Die Steuerhehlerei*, p. 138.

sesión de las mercancías[63], sino que debe tratarse de actos específicos de almacenamiento y ocultación. Estos actos típicos deben interpretarse en el contexto de la negociación de las mercancías, pues, de lo contrario, resultaría prácticamente imposible delimitarlos adecuadamente de los delitos de encubrimiento real. En efecto, el almacenamiento o la ocultación de las mercancías de procedencia ilícita solamente podrán dar pie a un delito de receptación aduanera si se realizan con la finalidad de permitir la posterior negociación de las mercancías. Por el contrario, el almacenamiento o la ocultación que apunten simplemente a evitar la persecución penal, caerán en el ámbito de prohibición del tipo penal de encubrimiento real.

El resto de verbos típicos del delito de receptación aduanera pueden agruparse finalmente bajo el título común de actos de comercialización. Se trata de los actos típicos de venta o de ayuda a la comercialización de las mercancías. Como puede verse, se trata de actos de comercialización de los bienes en la fase final, es decir, en el momento de la obtención de un beneficio económico por las mercancías de procedencia ilícita. El tipo penal no exige una comisión o beneficio de quien participa en esta fase posiblemente con la finalidad de aligerar la carga probatoria. En el caso de la venta, es necesario que la mercancía se entregue al comprador para que se realice el tipo penal, aunque si el bien es recibido para buscar compradores la conducta caerá en el verbo típico de ayuda a la comercialización. Con esta fórmula de cooperación, el tipo penal intenta impedir que los que ayudan al autor del delito previo a comercializar las mercancías se beneficien, por razones de accesoridad, de la falta de castigo por el delito de receptación del autor del delito previo[64]. El tipo penal equipara desde el punto de vista penal la participación a la autoría, de manera tal que la cantidad de dominio del riesgo en la comercialización del bien no interesará a efectos de imponer la sanción penal. Esta conversión de actos de participación en conducta típica principal produce además un efecto mayor al procurado, pues se castiga como autor de receptación a quien ayuda en los actos

(63) Igualmente, Krisch, *Die Steuerhehlerei*, p. 148.

(64) Similarmente, Krisch, *Die Steuerhehlerei*, p. 161.

comercialización realizados tanto por el autor del delito previo como por un tercero (receptador).

c) Objeto del delito

El objeto del delito de receptación aduanera son las mercancías que provienen de delitos aduaneros. Si bien el tipo penal utiliza el plural para referirse al objeto del delito, esta particularidad de la redacción no impide el castigo de actos de receptación que recaen sobre una sola mercancía con suficiente valor como para dar lugar al delito de receptación aduanera. Respecto del valor de la mercancía, la ley de delitos aduaneros establece que el objeto del delito de receptación aduanera alcance un valor superior a dos unidades impositivas tributarias, de lo contrario la conducta constituirá solamente una infracción administrativa. Para determinar el valor de las mercancías, habrá que seguir el mismo procedimiento que se ha explicado en relación con el objeto del delito de contrabando.

En cuanto a la procedencia delictiva, el tipo penal establece que las mercancías deben provenir "de los delitos contemplados en esta ley", es decir, de un delito aduanero. En este sentido, una receptación aduanera puede presentarse respecto de cualquier delito aduanero que tenga un bien como objeto del delito. Dado que la receptación aduanera es también un delito aduanero, la receptación en cadena de mercancías procedentes originalmente de un delito aduanero podrá castigarse también con el tipo penal de receptación aduanera[65].

Si bien la receptación aduanera tiene una autonomía típica, existe una relación de accesoriedad con el hecho previo, en la medida que presupuesto para el delito de receptación aduanera es la previa comisión de un delito aduanero del que proviene su objeto material. La accesoriedad se manifiesta tanto en un plano cualitativo como cuantitativo. En el plano cualitativo, el hecho previo debe constituir,

---

[65] Igualmente en el derecho alemán respecto de la receptación tributaria, KRISCH, *Die Steuerhehlerei*, p. 73.

por lo menos, una conducta típica y antijurídica, no siendo necesaria, por el contrario, la culpabilidad del autor[66]. Por su parte, la accesoriedad cuantitativa resulta más discutible, en el sentido de exigir la consumación o el agotamiento del delito previo. Un sector de la doctrina considera que el delito previo solamente debe haberse consumado[67], pues únicamente resulta necesario que el autor del delito previo tenga consigo el bien que se negocia. Así, si una persona adquiere un bien de alguien que acaba de pasarlo subrepticiamente por la frontera, deberá ser castigado por receptación aduanera. Aun cuando se pueda decir en el ejemplo utilizado que la persona está adquiriendo un bien de procedencia ilícita, su comportamiento no constituye, sin embargo, un acto de receptación. Para que exista una receptación es necesario que se empeore el control aduanero sobre los bienes, lo cual no se presenta en el ejemplo descrito. La adquisición de los bienes en la frontera constituye parte de la primera afectación del control aduanero, de manera tal que no podrá hablarse de una receptación del delito contrabando, sino de un acto de participación en el agotamiento inmediato de este delito. Un delito de receptación aduanera solamente podrá cometerse durante los actos posteriores que tiendan a favorecer la comercialización de las mercancías procedentes del delito aduanero.

d) Elemento subjetivo

El delito de receptación aduanera debe cometerse a título de dolo. El dolo consiste fundamentalmente en el conocimiento de los elementos del tipo penal al momento de la realización de la conducta típica, por lo que un *dolo subsequens* no podrá fundamentar la responsabilidad penal de quien negoció un bien de procedencia ilícita[68]. El autor debe conocer que las mercancías provienen de un delito aduanero[69], aunque no se exige el conocimiento

---

(66) En este sentido, Krisch, *Die Steuerhehlerei*, p. 77.

(67) Vid., en este sentido, Krisch, *Die Steuerhehlerei*, p. 90.

(68) Vid., Krisch, *Die Steuerhehlerei*, p. 166.

(69) Vid., Arocena, en *Derecho penal económico*, PE, 2, Balcarce (dir.), p. 138.

de las particularidades del delito, como la forma de introducción de la mercancía o el monto de las rentas de aduanas defraudadas. Si bien el receptador actúa siempre movido por un ánimo de ganancia, el tipo penal ha prescindido de este elemento subjetivo especial, de manera tal que no será necesario determinarlo en la imputación subjetiva del delito.

La determinación del dolo en el delito de receptación aduanera presenta cierta particularidad que conviene destacar. El tipo penal no sigue la lógica psicologicista que impera aún en la comprensión de la parte subjetiva del delito, sino que ensaya una determinación objetiva del dolo. Conforme al tenor del artículo 6 de la ley de delitos aduaneros, son las circunstancias del hecho las que permiten determinar si el autor ha actuado dolosamente en la receptación aduanera[70]. Pero esta determinación no es sólo de base objetiva, sino que se configura normativamente, pues no interesa determinar a partir de las circunstancias del hecho si el autor conocía o no la procedencia ilícita de las mercancías, sino si el autor debía presumir esto. En este sentido, el dolo se determina con un baremo objetivo y normativamente. En nuestra opinión, esta línea de interpretación es la que debería seguirse no sólo en el delito de receptación aduanera, sino en los delitos económicos en general[71].

La actuación culposa en la negociación de un bien de procedencia delictiva no se encuentra penalmente sancionada. A este respecto debe destacarse la existencia de un serio vacío en la normativa sancionatoria aduanera, pues el artículo 33 de la ley de delitos aduaneros sólo sanciona administrativamente los casos de receptación aduanera previstos como delito cuando el valor de las mercancías

---

(70) En el Derecho penal alemán se tenía una norma similar que fue suprimida en 1939 por considerarse que establecía una presunción de prueba (Vid., al respecto, KRISCH, *Die Steuerhehlerei*, p. 116, nota 575). El punto a discutir será si se trata de una presunción de prueba o una construcción normativa del dolo. Hay que tener presente que no hay manera de verificar el conocimiento psicológico, pues siempre el juez se guía por elementos objetivos.

(71) Por el contrario, críticamente, BRAMONT-ARIAS TORRES, *Actualidad Jurídica*, T. 116, julio 2003, p. 74.

no supera las dos unidades impositivas tributarias. En consecuencia, la receptación aduanera realizada culposamente, que no se encuentra abarcada por el tipo penal correspondiente, quedará libre de sanción y reducida, en todo caso, a una pretensión civil de indemnización.

e) Consumación y tentativa

El tipo penal de receptación aduanera se consuma con la realización de la conducta de adquirir, recibir en donación o en prenda, almacenar, ocultar, vender o ayudar a comercializar mercancías provenientes de un delito aduanero. Se trata de un delito de peligro abstracto[72] que no requiere de la producción de un resultado lesivo concreto para su configuración, sino solamente la idoneidad general de la conducta para empeorar la labor de control aduanero. En la medida que la conducta típica puede realizarse mediante diversos actos, podría presentarse un caso de tentativa, por ejemplo, si el autor realiza el pago para adquirir la mercancía, pero por razones ajenas a su voluntad no las recibe.

f) Autoría y participación

En la medida que el delito de receptación aduanera está constituido como un delito común de dominio, resultan plenamente aplicables los criterios de determinación de la autoría con base en la competencia por el dominio del riesgo. Por su parte, la responsabilidad penal de los partícipes se sustentará igualmente en un dominio del riesgo, aunque en un grado cuantitativamente menor al exigido para fundamentar la responsabilidad a título de autor. El dominio de los intervinientes en el delito debe estar referido al riesgo de dificultar más la posibilidad de recuperación de los bienes que han sido "adquiridos" mediante la comisión de un delito.

g) Penalidad

La pena establecida para el delito de receptación es pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y pena de

---

[72] Igualmente en el Derecho penal alemán, Krisch, *Die Steuerhehlerei*, p. 52 y s.

multa de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa. Como puede verse, la pena prevista por este delito resulta mayor respecto del tipo penal patrimonial de receptación, por lo que puede considerarse una tipo agravado frente al tipo de receptación común.

D. Financiamiento de delitos aduaneros

El artículo 7 de la ley de delitos aduaneros eleva a la categoría de un delito aduanero autónomo la financiación de la comisión de delitos aduaneros. La finalidad político-criminal de este dispositivo apuntaría a eliminar los incentivos para la comisión de delitos aduaneros, en la medida que la experiencia demuestra que, por lo general, quienes ejecutan actos de contrabando o de defraudación de rentas de aduanas no son los que posteriormente comercializan las mercancías, sino que su participación se limita exclusivamente a realizar el "servicio" de transportar las mercancías a un lugar desde el cual los comercializadores puedan disponer de las mercancías con cierta tranquilidad. Desde esta lógica, está claro que la raíz de la criminalidad aduanera se encontraría en los comerciantes que financian las actividades de contrabando de mercancías, por lo que la represión penal debería poner la mira especialmente en los actos de financiación.

En el plano dogmático, el delito de financiamiento de delitos aduaneros produce cierta alteración de las reglas generales de imputación, en tanto castiga con una pena mucho más elevada a quien realiza un aporte que podría calificarse de inducción o, en todo caso, de cooperación en un delito aduanero. Si se sigue las reglas generales de autoría y participación, los que realizan los delitos aduaneros con pleno dominio del hecho responderán como autores, de manera que la responsabilidad penal de los que financian estas actividades sólo podrá sustentarse en el hecho de haber determinado a los autores a realizar los delitos aduaneros (inducción) o haber suministrado los medios económicos para facilitar la realización de estos delitos (cooperador necesario). Con la configuración del delito de financiamiento de delitos aduaneros se castiga como autor de un delito independiente al financista de los delitos aduaneros con una pena incluso superior a la que le corresponde a los autores de los delitos aduaneros financiados.

a) Sujetos

Autor del delito puede ser cualquier persona que disponga de los medios suficientes para financiar la comisión de delitos económicos. Se trata de un delito común que no exige del autor ninguna cualidad especial más que la capacidad general de poder recibir una imputación penal. Si el financiamiento lo suministra una persona jurídica, la imputación penal tendrá que individualizarse en la estructura de la organización, de manera que pueda determinarse la persona competente por la decisión corporativa de asignar recursos para la comisión de delitos aduaneros.

b) Conducta típica

La conducta típica está constituida por la acción de financiar la comisión de delitos aduaneros. El financiamiento del delito consiste en la procuración de los recursos económicos necesarios para la realización de una conducta delictiva. Si se atiende al contenido semántico del término, por financiamiento sólo podrá entenderse el suministro de recursos económicos, quedando fuera el suministro de otros medios materiales que pudiesen favorecen la realización de un delito aduanero. La entrega de medios no económicos sólo podrá dar lugar a un acto de participación en el delito aduanero correspondiente. Si bien podría decirse que, en términos materiales, ambas formas de ayuda son equivalentes, el suministro de recursos no económicos no puede incluirse semánticamente dentro del concepto de financiamiento. Ampliar el ámbito del tipo penal con una consideración exclusivamente material implicaría una vulneración del principio de legalidad.

El hecho de que el financiamiento consista en la entrega de medios económicos para la realización de un delito, no significa que todo suministro de dinero que se utiliza luego para la comisión de un delito aduanero dé lugar a un delito de financiamiento de delito aduanero. Existen actos de entrega de dinero que resultan socialmente adecuados, de manera tal que no configuran objetivamente un delito de financiamiento de delito aduanero. Así, por ejemplo, el pago de una deuda o la concesión de un crédito bancario no puede considerarse un acto de financiamiento de delito, en la medida que no resulta de competencia del deudor o del banco lo que el acreedor

o cliente haga con el dinero entregado. El instituto jurídico-penal de la prohibición de regreso permite excluir en estos casos la imputación objetiva de la conducta de financiamiento al autor.

La procedencia de los medios que se utilizan para financiar la comisión de delitos aduaneros puede ser distinta, en consecuencia no resulta necesario que el financista proporcione recursos económicos propios para la comisión de delitos aduaneros. El tipo penal abarca expresamente los casos en los que el financista utiliza recursos económicos ajenos, ya que castiga el financiamiento no sólo por cuenta propia (medios propios), sino también por cuenta ajena (medios ajenos).

El tipo penal se configura con la acción de financiar, no siendo necesario que los delitos aduaneros financiados se hayan ejecutado o consumado. A diferencia de las reglas de la participación, el castigo del financiamiento aduanero no requiere un accesoriedad cuantitativa respecto de los delitos aduaneros. En este sentido, aun cuando el sujeto financiado desista luego de emprender el delito aduanero planeado, la conducta de financiamiento será igualmente pasible de sanción penal, pues el tipo penal no exige la efectiva comisión del delito aduanero financiado.

El financiamiento aduanero se limita a los actos de financiamiento de los delitos aduaneros contenidos en la ley de delitos aduaneros. Una cuestión discutible es si el financiamiento para financiar a su vez un delito aduanero puede también castigarse conforme al artículo 7 de la ley de delitos aduaneros. En la medida que el delito de financiamiento de delito aduanero es también un delito aduanero, el financiamiento en cadena podrá ser igualmente pasible de sanción penal con base en el tipo penal de financiamiento de delito aduanero.

c) Elemento subjetivo

El financiamiento de delito aduanero es un delito doloso, de manera que en el ámbito de la imputación subjetiva se requiere que el autor conozca que está suministrando medios para la comisión de un delito aduanero. Muy importante es poder imputar al autor el conocimiento que está financiando un delito aduanero, pues si simplemente sabe que con el dinero suministrado se va a cometer una

conducta ilícita, el grado de conocimiento no alcanzará para sustentar una imputación penal por el delito de financiamiento de delito aduanero. En estos casos, la responsabilidad penal tendrá que limitarse a un acto de participación en el delito aduanero cometido por el autor, con todas las exigencias y limitaciones que la participación en el delito impone.

d) Consumación y tentativa

El delito de financiamiento de delito aduanero es un delito de mera conducta, en la medida que se consuma con la sola realización de la conducta de financiar. No se requiere un resultado separado que deba imputarse objetivamente a la conducta del autor. La conducta constitutiva del delito no se materializa necesariamente en un solo acto, por lo que puede constar de varios actos (p.e. disponer una transferencia bancaria a la cuenta de ahorros del que recibe el financiamiento y la efectiva ejecución de la transferencia por parte del funcionario bancario). En estos casos podría presentarse una tentativa del delito cuando no se lleguen a ejecutar todos los actos necesarios para efectuar el financiamiento. Por seguir con el ejemplo: si el funcionario bancario no ejecuta la transferencia por error, el delito de financiamiento quedará en grado de tentativa.

e) Autoría y participación

Las reglas generales de autoría y participación se aplican plenamente en el delito de financiamiento de delito aduanero. Como estamos ante un delito de dominio, autor del delito será quién resulte competente por el dominio del riesgo de financiar la comisión de delitos aduaneros. La autoría podrá presentarse en sus tres formas, es decir, como autoría directa (ejecución directa del acto de financiamiento), como autoría medita (la utilización de un instrumento para poder hacer llegar el dinero a los contrabandistas) o como coautoría (un financiamiento conjunto). En cuanto a la participación, puede decirse que el hecho de que el financiamiento de delito aduanero se haya configurado como un delito autónomo trae como consecuencia que a este tipo se le apliquen igualmente las reglas de participación,

por lo que podrá castigarse también a quienes de una manera esencial o no favorecen la comisión de este delito.

f) Concurso

En cuanto a las posibles situaciones de concurso, hay que señalar que el delito de financiamiento de delitos aduaneros puede presentarse como un delito de realización típica iterativa, concretamente como un delito de actividad. En efecto, la financiación puede tener lugar mediante una sola acción (un solo pago) o mediante un suministro sucesivo de dinero de conformidad con las necesidades del autor de los delitos aduaneros financiados. En el caso de un financiamiento de varios actos no se tratará de varios delitos en una relación de continuidad, sino de un solo delito que se materializa a través de una actividad permanente de financiamiento. No hay un concurso de delitos, sino un una unidad de delito mediante la interpretación del tipo penal.

g) Penalidad

El delito de financiamiento de delito aduanero se castiga con una pena elevada. Por un lado, se prevé una pena privativa de libertad no menor de ocho no mayor de doce años y, por el otro, una pena de multa de trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Si se le compara con las penas previstas en los otros delitos aduaneros, se podrá llegar a la conclusión de que se trata de la conducta delictiva aduanera más grave desde la perspectiva del legislador penal.

E. Tráfico de mercancías prohibidas o restringidas

El delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas infringe un aspecto esencial de la regulación del comercio exterior de mercancías, a saber, la prohibición de ingreso o salida o el ingreso o salida controlada de determinadas mercancías[73]. Este delito no se

[73] Sobre el concepto de prohibición de entrada, salida o tráfico, Voß, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 372, n.m. 19 y ss.

materializa, por tanto, en el ámbito del control aduanero, como sucede, por ejemplo, con el delito de contrabando, sino en relación con la normativa sustantiva que regula el tráfico de bienes o mercancías hacia y fuera del país. El bien jurídico se concreta aquí en la expectativa normativa de prohibición o restricción de la circulación internacional de ciertas mercancías. Las razones para esta prohibición o restricción pueden ser de diversa índole. No obstante, la prohibición penal que ahora analizamos debe limitarse a las prohibiciones o restricciones que responden a criterios de la regulación del comercio exterior de mercancías.

a) Sujetos

El delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas está configurado típicamente como un delito común, de manera que puede ser cometido por cualquier persona. Para poder ser autor de este delito no se requiere ninguna calidad especial. La participación de varias personas con un dominio relevante en la comisión de este delito puede dar lugar, sin mayores inconvenientes, a una coautoría. A diferencia de la doctrina dominante, consideramos que la calidad de coautor no debe supeditarse a la realización de un aporte relevante *en la ejecución del delito*. La esencialidad del aporte del coautor puede alcanzarse perfectamente en la etapa preparatoria. Así, en el caso de organizaciones criminales que se constituyen con la finalidad de importar o exportar mercancías prohibidas o restringidas, no será necesario recurrir a la figura de la autoría mediata por dominio de la organización para castigar a los cabecillas que no ejecutan directamente la conducta típica. Una coautoría podrá perfectamente fundamentarse respecto de los dirigentes de la organización que planean y deciden las particularidades del delito aduanero bajo análisis. La participación en este delito resulta igualmente posible, tanto como una inducción al delito, como una complicidad en grado primario o secundario.

b) Conducta típica

La conducta típica se puede realizar de dos formas: mediante la introducción al país de mercancías cuya importación esté prohibida

o restringida, o mediante la extracción del país de mercancías cuya exportación esté igualmente prohibida o restringida. Como puede verse, el delito puede cometerse tanto en una operación de comercio exterior de importación como de exportación. El eje de la prohibición se centra fundamentalmente en el objeto sobre el que recae la operación de comercio exterior, es decir, en mercancías cuya importación o exportación se encuentra prohibida o restringida.

El tipo penal no se configura con la simple importación o exportación de mercancías prohibidas o restringidas, pues en estos casos el importador, por ejemplo, puede proceder al reembarque de las mercancías a otro país. Para la configuración del delito se requiere que el autor haya utilizado un medio irregular para introducir o extraer la mercadería, se haya valido de algún artificio para burlar el control aduanero, o haya infringido las normas específicas que regulan la importación o exportación de estas mercancías. Las dos primeras formas de comisión resultan aplicables tanto a las mercaderías prohibidas como restringidas. En cuanto a la tercera forma de comisión, hay que señalar que ésta se refiere únicamente a la importación o exportación de mercancías restringidas, pues en el caso de mercancías prohibidas no hay una normativa específica para su importación o exportación.

La referencia a la infracción de normas específicas para la determinación de la conducta típica de tráfico de mercancías restringidas hace que el delito se constituya como una ley penal en blanco. En consecuencia, hay que saber qué disponen las normas aduaneras para la importación o exportación de mercancías restringidas. Al respecto puede decirse de modo general que el ingreso o salida de mercancías restringidas debe contar con la documentación general establecida tanto en el artículo 71 del reglamento de la Ley General de Aduanas, como en los procedimientos generales y específicos correspondientes. Adicionalmente se deben presentar los documentos de control (autorizaciones, permisos, resoluciones, licencias, registros, etc.), los cuales pueden ser enviados electrónicamente o por cualquier otro medio. La SUNAT está facultada para verificar la autenticidad de los documentos presentados.

c) Objeto material del delito

El objeto del delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas son las mercancías cuya importación o exportación se encuentran prohibidas. Para determinar cuáles son las mercancías cuya importación o exportación se encuentran prohibidas o restringidas hay que recurrir a diversas normas jurídicas. No obstante, en el procedimiento específico de control de mercancías restringidas INTA-PE-00.06, se hace una sistematización de las diversas mercancías prohibidas y restringidas, agrupando las dispersas normas jurídicas sobre prohibición o restricción del tráfico internacional de mercancías.

Un tema muy discutido resulta el castigo de la importación o exportación de objetos cuya introducción o extracción del país se encuentra ya penalmente sancionada por un tipo penal específico. En el Derecho penal alemán se ha sostenido la llamada "teoría del manto", en virtud de la cual el delito aduanero de importación o exportación de mercancías prohibidas abarca como un manto todas las infracciones contra las prohibiciones específicas[74]. Así, por ejemplo, la realización de un delito de tráfico de drogas o de introducción de instrumentos para la falsificación de dinero, constituirá también un delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas que se presentará en una situación de concurso aparente o ideal de delitos, dependiendo de si se entiende que la misma conducta lesiona dos intereses penalmente relevantes distintos.

Por nuestra parte, somos más bien del parecer de que el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas debe limitarse a las mercancías cuyo tráfico se encuentra permitido, pero que su prohibición o restricción de salida o entrada al país se impone por razones fundamentalmente de mercado (p.e. la prohibición de importación de automóviles usados o la prohibición de exportación de recursos escasos en situaciones de crisis como el petróleo). Argumento

(74) Vid., Hübner, en *Abgabeordnung*, preliminares al § 372, n.m. 81; Wamers, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 20, n.m. 132.

a favor de esta comprensión es la importancia establecida en el tipo penal respecto de la cuantía de las mercancías para determinar si se trata de un delito o una infracción administrativa, lo cual no podría explicarse en productos como la droga, el dinero falsificado o los bienes culturales. En síntesis, consideramos que el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas debe limitarse a productos de tráfico legal, pero que por razones de política económica se prohíbe o restringe su importación o exportación.

d) Elemento subjetivo

El delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas se castiga únicamente a título de dolo. No se requiere un dolo directo de primer grado, de manera que puede cometerse perfectamente con un dolo de consecuencias necesarias o un dolo eventual. El dolo del autor está constituido por el conocimiento de que está introduciendo o extrayendo del país mercancías cuya importación o exportación se encuentra prohibida o restringida. Sobre este objeto del dolo, se discute especialmente el conocimiento de dos aspectos específicos: por un lado, las normas que prohíben o restringen el tráfico internacional de determinadas mercancías y, por el otro, el valor de las mercancías por encima de dos unidades impositivas tributarias.

En cuanto al conocimiento de la norma extrapenal que prohíbe o restringe la importación o exportación de ciertas mercancías, el seguimiento estricto de la teoría de la culpabilidad llevaría a considerar el desconocimiento de este aspecto del hecho un error de prohibición, pues la prohibición de importación o exportación se identificaría con la prohibición penal[75]. Por nuestra parte, consideramos que el error sobre la prohibición de importación o exportación constituye un aspecto del hecho que debe ser abarcado por el dolo, pues no se puede atribuir al autor el conocimiento del sentido de su hecho sin la prohibición de importación o exportación. Por lo tanto, el error sobre esta prohibición constituye un error de tipo que excluye la imputación dolosa.

---

[75] Vid., así, SAMSON, en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.), p. 109.

En la medida que el tipo penal establece expresamente que las mercancías superen el valor de dos unidades impositivas tributarias, parecería lógico asumir que este aspecto cuantitativo deber ser abarcado también por el dolo del autor. Esta afirmación parte del presupuesto de que el valor del bien constituye un elemento del tipo de injusto, de manera que integra el objeto del dolo. En nuestra opinión, como lo hemos indicado ya respecto del delito de contrabando, no se trata propiamente de un elemento del tipo, sino de un límite cuantitativo establecido por el legislador con la finalidad de evitar una bagatelización del Derecho penal, de manera que solamente se autoriza el castigo de los casos a partir de una cierta gravedad. Siendo la naturaleza del límite cuantitativo un tema fundamentalmente de exclusión de la punibilidad, el dolo del autor no debe abarcar este aspecto cuantitativo de las mercancías.

e) Consumación y tentativa

La consumación del delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas puede producirse, en primer lugar, con la introducción de las mercancías en el territorio nacional. El tipo penal no requiere que la introducción se haga por los lugares habilitados para el tráfico de personas, bienes o medios de transportes. Si las mercancías prohibidas o restringidas se introducen al territorio nacional por lugares no habilitados, el delito se consuma cuando las mercancías entran físicamente en el territorio nacional[76]. Si las mercancías pasan por las zonas habilitadas para el control aduanero, el delito se consumará cuando el dueño o consignatario pueda disponer de las mercancías. En segundo lugar, el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas puede consumarse con la extracción de dichas mercancías. Al igual que el supuesto de consumación anterior, la extracción de mercancías del país puede hacerse por lugares autorizados o no.

El delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas puede sancionarse a título de tentativa cuando el autor no consigue

(76) Vid., con mayores referencia, Höser, *Vorbereitungshandlung*, p. 201.

efectivamente introducir o extraer del país dichas mercancías. En el caso de extracción de mercancías, lo más razonable habría sido tipificar como delito consumado el intento de extraer las mercancías, ya que una vez que éstas se encuentran fuera del país las posibilidades de descubrir el delito o capturar a los autores se reduce tremendamente. La configuración de la conducta como un delito de emprendimiento permitiría castigar ya como delito consumado a quien intenta extraer del país las mercancías prohibidas o permitidas.

A efectos de precisar el castigo en grado de tentativa, resulta importante determinar cuándo comienza la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas. En la medida que la conducta típica se define por los verbos introducir y extraer, hay que entender que la tentativa comenzará desde el momento en que se emprende actos que están dirigidos inequívocamente a pasar las mercancías por el territorio nacional. En el caso de la introducción, está claro que la conducta típica comienza con el paso de la frontera o la solicitud a las autoridades aduaneras para introducir las mercancías. De más difícil determinación es la extracción de las mercancías, pues las labores de control previo de los diversos actos orientados a sacar las mercancías del país podrían requerir un concepto amplio de la conducta típica que permita una represión penal anticipada. La extracción de mercancía comenzaría desde que inequívocamente se conducen las mercancías a la frontera para sacarlas del país[77].

f) Penalidad

El delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas se castiga con una pena elevada: pena privativa de libertad no menor de ocho no mayor de doce años y pena de multa de setecientos treinta a mil cuatrocientos sesenta días-multa. La cuantía de la pena presenta ciertos cuestionamientos desde el punto de vista del principio

---

[77] Exige así una mayor objetividad al inmediato acercamiento a la zona de frontera, HÖSER, *Vorbereitungshandlung*, p. 228, como el ocultamiento de las mercancías o la falsificación de los documentos para extraer las mercancías.

de proporcionalidad, pues si le compara, por ejemplo, con el delito de homicidio doloso, podrá constatarse que este delito tiene un marco penal mínimo de seis años, es decir, menor al previsto para el delito tráfico de mercancías prohibidas o restringidas. En un Derecho penal que responde a una protección coherente de bienes jurídicos no puede invertirse la importancia de los bienes jurídicos por puras razones de especial sensibilidad social en determinados momentos. Si bien es posible que los aspectos coyunturales incidan en la respuesta penal, esta incidencia no puede trastocar el orden de jerarquía de los bienes jurídicos.

3. Circunstancias de agravación de la pena de los delitos aduaneros

El artículo 10 de la ley de delitos aduaneros establece una serie de circunstancias de agravación de la pena de los delitos aduaneros. La primera cuestión que se plantea es si estas agravantes se aplican a todos los delitos aduaneros regulados en la ley penal especial. La respuesta parecería ser afirmativa, pero si se compara los marcos penales previstos en cada delito aduanero podrá constatarse que no siempre opera una agravación efectiva de la pena. En el delito de financiamiento de delitos aduaneros, por ejemplo, la pena privativa de libertad prevista coincide con la pena agravada, de manera que podría cuestionarse en estos casos la necesidad de castigar con base en las circunstancias agravantes. No obstante, hay que precisar que la pena adicional de multa resulta mayor en los supuestos agravados, de manera que también respecto del delito de financiamiento de delitos aduaneros habría una agravación de la pena. Esta situación, por el contrario, no se presenta en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas, en donde la pena privativa de libertad y la pena de multa coinciden plenamente con la pena agravada. En consecuencia, puede concluirse que las circunstancias agravantes se aplican a todos los delitos aduaneros, con excepción del delito de tráfico de mercancías prohibidas y restringidas.

Las distintas circunstancias agravantes previstas en el artículo 10 de la ley de delitos aduaneros pueden sistematizarse mediante ciertos criterios de clasificación. Con la finalidad de hacer más fácil

la comprensión de las circunstancias de elevación de la pena en los delitos aduaneros, vamos a proceder a exponerlas intentado sistematizarlas con base en el fundamento de su agravación.

A. Por la calidad del sujeto activo del delito

Cuando sobre quien interviene en un delito aduanero recae un deber especial, aumenta indudablemente la gravedad del delito y, por tanto, la pena a imponer[78]. La ley de delitos aduaneros ha previsto, en este orden de ideas, una agravación de la pena para los intervinientes en el delito que tengan la calidad de funcionario o servidor públicos o se les haya delegado ciertas funciones públicas, además de prever en estos casos la pena de inhabilitación conforme al artículo 36 inciso 1, 2 y 8 del Código penal. En la medida que se trata de una circunstancia altamente personal, este criterio de agravación no puede ampliarse a los otros intervinientes en el delito que no reúnen el estatus especial de funcionario o servidor públicos. Veamos las particularidades de la regulación de estas agravantes sustentadas en la calidad especial de los intervinientes en el delito.

- *Interviene en el hecho en calidad de autor, instigador o cómplice primario un funcionario o servidor público en el ejercicio o en ocasión de sus funciones, con abuso de su cargo* (artículo 10 literal b). Esta agravante se aplica solamente a quienes han intervenido en el delito aduanero en calidad de autor, instigador o cómplice primario. Fuera del ámbito de aplicación de agravante queda el caso del cómplice simple o secundario regulado en el artículo 25 segundo párrafo del Código penal. La agravación de la pena requiere que el interviniente en el delito tenga la calidad de funcionario o servidor público. En la medida que la ley de delitos aduaneros no contiene una definición de funcionario o servidor público, habría que recurrir al artículo 425 del Código penal. No obstante, no basta simplemente con poseer el estatus de funcionario o servidor públicos. La agravación se sustenta en el abuso del cargo

(78) Vid., en el mismo sentido, AROCENA, en *Derecho penal económico*, Parte especial, T. 2, Balcarce (dir.), p. 102.

que hace el funcionario o servidor público en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, lo que significa que la actuación irregular del funcionario o servidor público debe presentarse en el desarrollo ordinario de sus funciones o simplemente por una intervención ocasional[79]. Siguiendo el principio de prohibición de doble valoración de las agravantes, la aplicación de esta agravante específica conllevaría la inaplicación de la agravante genérica del prevalimiento del cargo contemplado en el artículo 46 A del Código penal.

- *Cuando el agente ejerce funciones públicas conferidas por delegación del Estado* (artículo 10 literal b). Si bien no se desprende claramente que el ámbito de aplicación de esta agravante se limite al autor, instigador y cómplice primario, hay que suponer por razones sistemáticas que sigue la misma regla del supuesto de agravación anterior. La agravante analizada contempla el caso de los particulares que ejercen funciones públicas por delegación del Estado. Si bien no se trata de funcionarios o servidores públicos, realizan igualmente funciones propias de la función pública por delegación. Esta delegación de funciones a particulares constituye uno de los principios rectores de la actividad aduanera, tal como se desprende del artículo 2 de la Ley General de Aduanas, en donde se establece la progresiva delegación de funciones al sector privado. Así, una responsabilidad penal agravada podrá alcanzar, por ejemplo, a los administradores de los almacenes aduaneros autorizados por la Sunat que cometen o ayudan a cometer delitos aduaneros. A diferencia del supuesto anterior, no se exige en estos casos el abuso funcional, de forma tal que la agravación, pese a ser discutible en el plano valorativo, requiere solamente que la intervención en el delito se materialice en el ejercicio de las funciones delegadas.

---

[79] Como bien lo indica Albarracín, *Delitos aduaneros*, p. 325, la actuación "en ejercicio o en ocasión de sus funciones" puede diferenciarse del "abuso funcional". Por ello, hay que entender que la agravación de nuestra regulación penal exige la presencia de ambas circunstancias específicas.

- *Interviene en el hecho en calidad de autor, instigador o cómplice primario un funcionario público o servidor de la Administración Aduanera o un integrante de la Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional a las que por mandato legal se les confiere la función de apoyo y colaboración en la prevención y represión de los delitos tipificados en la presente ley* (artículo 10 literal c). Parecería ser que esta circunstancia de agravación por la calidad del agente no agregaría nada nuevo al primer supuesto de agravación mencionado. Se estaría haciendo una innecesaria distinción entre los funcionarios públicos en general y los que se encuentran vinculados directamente con el control aduanero, en la medida que los segundos se encuentran ya incluidos en la categoría general de funcionarios o servidores públicos. La única particularidad radicaría en que se trata de funcionarios o servidores públicos vinculados directamente con la actividad aduanera o con la persecución de los delitos aduaneros. A esta consideración habría que objetar que este supuesto de agravación no exige el requisito del "abuso funcionarial", de manera que la agravación se produciría con la simple infracción del deber específico de apoyo y colaboración en la prevención y represión de los delitos aduaneros.

B. Por el modo de comisión

Los delitos aduaneros pueden experimentar una agravación por el modo de comisión empleado, en la medida que con ello se ponga de manifiesto una especial peligrosidad del autor. En la ley de delitos aduaneros se contempla especialmente los siguientes supuestos:

- *Se cometiere, facilite o evite su descubrimiento o dificulte u obstruya la incautación de la mercancía objeto material del delito mediante el empleo de violencia física o intimidación en las personas o fuerza en las cosas* (artículo 10 literal d). La agravación de la pena se sustenta en el uso de medios violentos como la intimidación o la violencia sobre las personas o las cosas. En estos casos, la conducta del autor muestra su carácter delictivo de forma manifiesta y reduce, por otra parte, la posibilidad de oponerse a la comisión del delito o llevar a cabo una efectiva persecución penal. El uso de la violencia física o intelectual puede materializarse en la etapa

preparatoria, en la ejecución e incluso después de la consumación del delito aduanero correspondiente, pero para poder aplicar esta circunstancia agravante resulta necesario que la conducta del que ejerce la violencia fundamente una responsabilidad penal como autor o partícipe de un delito aduanero. Si la conducta del que ejerce la violencia no puede subsumirse como autoría o participación en ningún tipo penal de los delitos aduaneros, entonces sólo podrá castigarse esta actuación como un delito de coacciones o contra la integridad física.

- *Se utilice un medio de transporte acondicionado o modificado en su estructura con la finalidad de transportar mercancías de procedencia ilegal* (artículo 10 literal g). En estos casos, la agravación de la pena se sustenta en el artificio ideado para evitar el control de las mercancías que se introducen o extraen del territorio aduanero. Se trata del acondicionamiento de un medio de transporte para esconder la mercancía, lo que dificulta la posibilidad de detectarla en los controles aduaneros usuales. De alguna manera, se produce una mayor vulnerabilidad de las condiciones para el tráfico internacional de mercancías, siendo insuficientes los mecanismos previstos para controlar el ingreso o salida de las mercancías del país.

- *Se haga figurar como destinatarios o proveedores a personas naturales o jurídicas inexistentes, o se declare domicilios falsos en los documentos y trámites referentes a los regímenes aduaneros* (artículo 10 literal h). Un mecanismo usado normalmente por los autores de delitos aduaneros es consignar nombres de destinatarios o domicilios falsos en los documentos y trámites aduaneros. Con esta actuación se pretende fundamentalmente dificultar su identificación por los órganos de persecución penal. El sustento de la agravación radicaría entonces en un entorpecimiento de la persecución penal, lo que ciertamente podría presentar ciertos cuestionamientos desde el punto de vista de lo penalmente exigible. En efecto, si el autor de un delito no se le puede exigir no evitar el descubrimiento de su hecho, con la misma razón no podría sustentarse una agravación de la pena por el hecho de utilizar ciertos artificios para evitar su identificación. En este orden de

ideas, la circunstancia de agravación que ahora analizamos no debería existir, pues de lo contrario se estaría exigiendo al autor de un delito no impedir su detección.

C. Por el objeto del delito

La pena de los delitos aduaneros se incrementa también por ciertas características del objeto material del delito. Estas características especiales pueden implicar una mayor peligrosidad o presentar una mayor importancia del objeto material del delito. La aplicación de estas agravantes requiere solamente que el interviniente en el delito conozca las características especiales del objeto del delito que fundamentan la agravación. El desconocimiento de esta circunstancia daría lugar a un error de tipo que limitaría la imputación penal al tipo básico. Dentro del criterio de agravación de pena por el objeto del delito se pueden incluir las siguientes circunstancias de agravación:

- *Las mercancías objeto del delito sean armas de fuego, municiones, explosivos, elementos nucleares, abrasivos químicos, materiales afines, sustancias o elementos que por su naturaleza, cantidad o características pudieran afectar la salud, seguridad pública y el medio ambiente* (artículo 10 literal a). Esta circunstancia de agravación de la pena se refiere a la peligrosidad de las mercancías objeto del delito respecto de bienes jurídicos como la salud, la seguridad pública o el medio ambiente. Si bien la redacción de la agravante empieza haciendo una enumeración de qué objetos tendrían esa peligrosidad, posteriormente recurre a una cláusula general que permite a la interpretación judicial incluir en general las "sustancias o elementos" peligrosos para los bienes jurídicos antes mencionados.
- *Las mercancías objeto del delito sean falsificadas o se les atribuye un lugar de fabricación distinto del real* (artículo 10 literal k). La agravación de la pena se sustenta aquí en la peligrosidad de la conducta para afectar otros bienes jurídicos enmarcados en el sistema económico. En concreto, los delitos aduaneros facilitarían en estos casos que las mercancías falsificadas se pongan en el mercado, afectando con ello tanto los derechos de los titulares de los

elementos de la propiedad industrial utilizados en la falsificación, como también a los consumidores que adquieren esos productos bajo la creencia de que son auténticos. Si bien la agravante no exige que se produzca realmente una afectación a los derechos industriales ni un fraude a los consumidores, el sustento de la mayor gravedad penal se encuentra precisamente en favorecer la posterior afectación de estos bienes jurídicos.

- *Cuando el valor de las mercancías sea superior a veinte unidades impositivas tributarias* (artículo 10 literal j). En estos casos, el considerable valor económico de las mercancías configura un mayor desvalor cuantitativo del delito aduanero no sólo por la mayor importancia del control de la entrada o salida sobre estos productos, sino también por el monto que se defrauda en el caso de los tributos y derechos aduaneros que deberían haberse cancelado. La verificación de esta circunstancia de agravación requiere evidentemente que se haga una adecuada valoración de las mercancías que constituyen el objeto del delito aduanero.

D. Por la extensión del daño

- *Los tributos u otros gravámenes o derechos antidumping o compensatorios no cancelados sean superiores a cinco unidades impositivas* (artículo 10 literal f). En estos casos, el aumento de gravedad del injusto penal se sustenta en razones cuantitativas, es decir, en el monto de lo defraudado a la administración tributaria por la falta de pago de los tributos, gravámenes y derechos aduaneros. El dolo del autor debe abarcar este aspecto del hecho, aunque no se requiere un conocimiento exacto, sino un conocimiento probable, es decir, que sería suficiente con un dolo eventual respecto del monto de lo defraudado.
- *Cualquier importe indebidamente obtenido en provecho propio o de terceros por la comisión de los delitos tipificados en esta ley sean superiores a cinco unidades impositivas* (artículo 10 literal f). Los delitos aduaneros no solamente se pueden materializar con la falta de pago de tributos, gravámenes o derechos aduaneros, sino que también pueden tener lugar por el disfrute indebido de ciertas

ventajas o beneficios aduaneros. Si el monto de estos beneficios indebidamente obtenidos alcanzan las cinco unidades impositivas tributarias, la pena por el delito correspondiente se incrementará. Al igual que la circunstancia anterior, el autor debe conocer el monto de los beneficios indebidamente obtenidos.

E. Por el concurso de personas

- *Es cometido por dos o más personas* (artículo 10 literal e). La mayor peligrosidad que muestra la intervención de varias personas en el delito, sobre todo desde el punto de vista de la capacidad de defensa de la víctima, fundamentan que la pena se incremente[80]. En los delitos aduaneros, el legislador penal ha entendido que este incremento de pena debe producirse cuando intervienen dos personas o más en la comisión del delito. Esta circunstancia de agravación no hace mención al tipo de intervención, de manera que puede aplicarse tanto a los casos de co-autoría como a los de participación. Sin embargo, al utilizar el término "cometido", la circunstancia agravante se limita a los casos en los que la pluralidad de intervinientes tiene lugar en la ejecución del delito, con lo cual estarán al margen de la circunstancia de agravación los casos en los que la intervención de otra persona se da únicamente en la fase preparatoria.
- *El agente integra una organización destinada a cometer los delitos tipificados en esta ley* (artículo 10 literal e). Otro supuesto de agravación vinculada a la intervención de personas se produce cuando el agente que comete el hecho integra una organización destinada a cometer delitos aduaneros. Si bien es cierto que este supuesto de agravación no requiere que el autor actúe con el

---

(80) Similarmente, AROCENA, en *Derecho penal económico*, PE, 2, Balcarce (dir.), p. 100. A este fundamento, ALBARRACÍN, *Delitos aduaneros*, p. 312, agrega el hecho de que con la pluralidad de intervinientes se dificultaría la constatación del ilícito por parte del servicio aduanero.

apoyo de otras personas, está claro que la pertenencia a una organización criminal le permite el acceso a una infraestructura que favorece la realización de los delitos aduaneros. Esta organización delictiva debe estar destinada a cometer delitos aduaneros, aunque esto no significa que su objeto social deba limitarse a la realización de estos delitos, pues puede tratarse simplemente de una parte de sus actividades ilícitas. Al margen de este tipo penal quedarán los casos de pertenencia a organizaciones ilícitas que no tienen dentro de su finalidad delictiva cometer delitos aduaneros, lo que no impide, sin embargo, que en estos casos se pueda recurrir al tipo penal general de asociación ilícita para delinquir en situación de concurso.

- *Se utilice a menores de edad o a cualquier otra persona inimputable* (artículo 10 literal i). La pena se agrava también cuando el autor utiliza a inimputables para cometer los delitos. Se trata de casos de autoría mediata, en los que se instrumentaliza a menores de edad u otras inimputables para cometer el hecho delictivo. En contra de lo que parecería ser, el reproche penal no se sustenta en cierto alejamiento físico de la comisión del hecho para conseguir con ello un mayor grado de impunidad, sino fundamentalmente en la exposición de los menores a las consecuencias de la persecución penal. Existe un aprovechamiento de la falta de capacidad de decisión de los inimputables para meterlos en la realización del hecho delictivo.

4. La regulación especial de la tentativa

El artículo 9 de la ley de delitos aduaneros regula la tentativa de manera especial para estos delitos. No obstante, hay que indicar que no se define la tentativa en los delitos aduaneros, por lo que hay que entender que la definición del artículo 16 del Código penal resulta aquí igualmente aplicable. La regulación especial incide únicamente en la parte referida a la penalidad de la tentativa. A diferencia del artículo 16 del Código penal que prevé una reducción prudencial de la pena, el artículo 9 de la ley de delitos aduaneros establece una pena fija para la tentativa en los delitos aduaneros: la pena mínima

legal que corresponda al delito consumado[81]. Si esta pena fija se ajusta a criterios de Justicia es algo que cabe discutir sólo de *lege ferenda*[82]. En el mismo artículo 9 se regula también el desistimiento en los delitos aduaneros. Una lectura de este dispositivo penal permite concluir que no existe ninguna diferencia sustancial con la regulación general del desistimiento en el Código penal[83].

5. Las consecuencias jurídicas del delito

Con independencia de la penalidad específicamente prevista para cada delito aduanero, pueden aplicarse a los delitos aduaneros otras consecuencias jurídicas. Para ello, pueden seguirse las reglas generales de las consecuencias jurídicas del delito previstas en el Código penal. Sin embargo, la legislación penal aduanera contiene un conjunto de dispositivos especiales sobre las consecuencias jurídicas del delito que conviene destacar.

A. La pena de expulsión de extranjeros

En cuanto a las penas, cabe mencionar que la ley de delitos aduaneros prevé la pena de expulsión de extranjeros en su artículo 12, la cual se ejecutará después de cumplida la pena privativa de libertad impuesta. Se trata de una pena regulada de manera general en el artículo 30 del Código penal como pena restrictiva de libertad, conforme a la cual se expulsa del país al extranjero que es condenado por un delito dentro del país luego de haber cumplido con la pena impuesta por el delito.

---

(81) En la legislación argentina del contrabando, la tentativa y la consumación incluso se equiparan en cuanto a la pena. Vid., al respecto, AROCENA, en *Derecho penal económico*, PE, 2, Balcarce (dir.), p. 87 y s.

(82) Críticamente por establecer una pena tasada en contra del principio de culpabilidad, BRAMONT-ARIAS TORRES, *Actualidad Jurídica*, T. 116, julio 2003, p. 72.

(83) Igualmente, BRAMONT-ARIAS TORRES, *Actualidad Jurídica*, T. 116, julio 2003, p. 72.

B. Consecuencias accesorias

a. El decomiso

La sentencia condenatoria puede ordenar tanto el decomiso de los instrumentos del delito (p.e. medios de transporte), así como de los objetos o efectos del delitos (p.e. las mercancías). Consentida o ejecutoriada la sentencia condenatoria, los bienes decomisados se adjudicarán a las entidades del Estado, los gobiernos regionales, municipalidades y a las instituciones asistenciales, educacionales, religiosas y otras sin fines de lucro oficialmente reconocidas. Las mercaderías que no puedan ser adjudicadas (por ejemplo, las mercaderías que carecen de valor comercial, las nocivas para la salud o medio ambiente, las bebidas alcohólicas o cigarrillos, etc.), serán destruidas de inmediato bajo responsabilidad[84]. El decomiso y posterior adjudicación se hace sobre la base de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos del delito incautados por orden del fiscal en atención a lo establecido en el artículo 13 de la ley de delitos aduaneros[85]. Estos bienes u objetos quedarán bajo la custodia de la administración aduanera hasta la expedición de una resolución firme sobre el destino de los bienes u objetos incautados. En la medida que se trata de una medida provisional, la incautación puede ser variada si se demuestra la falta de los requisitos de procedencia de dicha medida[86].

b. Las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas

El artículo 11 de la ley de delitos aduaneros contiene una regulación especial de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el marco de los delitos aduaneros. La primera

---

(84) Vid., Bramont-Arias Torres, *Actualidad Jurídica*, T. 118, septiembre 2003, p. 83.

(85) Vid., Bramont-Arias Torres, *Actualidad Jurídica*, T. 118, septiembre 2003, p. 81, en donde se precisa además las exigencias para la excepcional incautación de instrumentos u objetos del delito sin intervención del fiscal.

(86) Vid., así, San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, T. II, p. 1331.

particularidad de esta regulación especial es que las consecuencias accesorias previstas podrán aplicarse no sólo a las personas jurídicas, sino también a los negocios unipersonales. En segundo lugar, no basta con que se haya utilizado la organización de la persona jurídica o del negocio unipersonal para la ejecución del delito, sino que es necesario que los titulares de la persona jurídica o negocio unipersonal tengan conocimiento de esta utilización. Este requisito adicional podría tener sentido en un negocio unipersonal, en el que el titular del negocio domina completamente la administración, pero en el caso de sociedades anónimas con socios que simplemente invierten capital sin asumir la gestión del negocio, resulta excesivo exigir que los titulares de la persona jurídica conozca la utilización delictiva de la organización de la empresa. Bajo estas circunstancias, el requisito del conocimiento de los titulares debe limitarse al órgano de la persona jurídica competente por la dirección general de la empresa, es decir, el directorio.

Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas por delitos aduaneros pueden imponerse, según la gravedad de los hechos, de forma conjunta o alternativa. Por gravedad de los hechos debe entenderse la peligrosidad objetiva que presenta la organización de la persona jurídica o del negocio unipersonal respecto de la comisión de nuevos hechos delictivos. En concreto, la normativa penal especial prevé las siguientes consecuencias accesorias:

- *Clausura temporal o definitiva de sus locales o establecimientos*: Se trata de una consecuencia accesoria que se encuentra ya contemplada de manera general en el artículo 105 del Código penal. No obstante, la regulación penal aduanera no precisa el plazo máximo de la clausura temporal, por lo que habrá que recurrir a la regulación penal general para determinar el plazo de la clausura temporal, el cual puede llegar hasta los cinco años. De su tenor puede deducirse que esta medida resulta aplicable no sólo a las personas jurídicas, sino también a los negocios unipersonales.
- *Disolución de la persona jurídica*: Esta consecuencia accesoria constituye la medida más drástica que puede imponerse a una persona jurídica. Está claro además que esta medida resulta excluyente de otras consecuencias accesorias, de manera que no cabe

en estos casos una aplicación conjunta con otras medidas contra la persona jurídica.

- *Cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales de que disfruten*: Esta medida no se encuentra regulada como tal en el Código penal. Se trata de la cancelación de las autorizaciones con las que contaba la persona jurídica o el negocio unipersonal para funcionar como tal.
- *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*: Esta consecuencia accesoria reproduce la consecuencia accesoria contemplada de manera general en el artículo 105 inciso 4 del Código penal. La trascripción presenta, sin embargo, tres defectos o incoherencias que deben destacarse y corregirse. Por un lado, no se ha precisado el plazo máximo de la prohibición temporal, para lo cual habrá que recurrir nuevamente al artículo 105 del Código penal que prevé un plazo máximo de cinco años. En segundo lugar, existe un problema de falta de coherencia, pues la regulación especial establece que las consecuencias accesorias se aplican cuando se utilice la organización de la persona jurídica o negocio unipersonal para la *ejecución* de un delito aduanero, sin embargo al regularse la consecuencia accesoria de prohibición de actividades se habla de actividades de la persona jurídica de la naturaleza de aquéllas en cuyo ejercicio se haya *cometido, favorecido o encubierto* el delito. Si esta consecuencia accesoria se hubiese mantenido en el marco general establecido por el artículo 11 de la ley de delitos aduaneros, habría tenido que limitarse a las actividades en cuyo ejercicio se habría "cometido" el delito. El uso de la organización de la persona jurídica para favorecer o encubrir un delito no se encuentra abarcado por el marco general del artículo 11 de la ley de delitos aduaneros. Finalmente, no se entiende por qué se limita la consecuencia accesoria de la prohibición de actividades a las personas jurídicas y no se incluyen los negocios unipersonales. Bajo estas circunstancias, se levanta la sospecha de que la consecuencia accesoria de prohibición de actividades se ha copiado tal cual del Código penal, sin adaptarla a las características especiales de la regulación penal aduanera.

C. Reparación civil

Si el delito aduanero trae consigo la falta de pago de tributos, gravámenes o derechos aduaneros, la reparación civil derivada del delito deberá contemplar el monto adeudado por estos conceptos. Para determinar la obligación tributaria aduanera, el artículo 17 de la ley de delitos aduaneros dispone que el hecho imponible se configura en la fecha de comisión del delito. De no poder determinarse esa fecha, se entiende que el hecho imponible se configura en la fecha de su constatación. En el caso del delito de defraudación de rentas de aduanas existe una regla especial que establece que el hecho imponible se configura en la fecha de numeración de la declaración.

En el artículo 18 de la ley de delitos aduaneros se establece además que los tributos y el tipo de cambio que corresponde aplicar son los vigentes en la fecha de realización del hecho imponible y, en caso de no poder precisarse la fecha, en la fecha de su constatación. Esta misma regla se aplica para la determinación de los derechos antidumping o compensatorios cuando corresponda. Cuando la base imponible del impuesto deba determinarse en función de la fecha de embarque de la mercadería, se considera la fecha cuando se comete el delito. En caso de no poder precisarse ésta, en la fecha de su constatación.

6. Cuestiones procesales especiales

A. El inicio de la investigación

Los delitos aduaneros son perseguibles de oficio, a diferencia de la regulación anterior que limitaba el ejercicio de la acción penal en los delitos de defraudación de rentas de aduanas a la petición de la administración aduanera[87]. Está claro que, por lo general, el conocimiento de la comisión de un delito aduanero viene de la mano de las labores de control realizadas por la administración aduanera.

---

[87] Vid., así, la referencia a la regulación anterior, BRAMONT-ARIAS TORRES, *Actualidad Jurídica*, T. 116, julio 2003, p. 74; SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, T. II, p. 1328.

Por esta razón, la actual redacción del artículo 19 de la ley de delitos aduaneros establece que la administración aduanera deberá comunicar inmediatamente al Ministerio Público cuando considere en el curso de sus actuaciones que existen indicios de la comisión de un delito aduanero. La intervención de la Policía Nacional en la investigación del delito podrá tener lugar excepcionalmente en virtud de lo dispuesto por la ley 27934[88].

Respecto de la actuación de la administración aduanera en el inicio de un proceso penal por delitos aduaneros conviene resaltar dos aspectos. En primer lugar, debe reconocerse cierta discrecionalidad administrativa para considerar la existencia de la comisión de un delito, de manera que se reduce el espacio para una denuncia calumniosa que pueda generar responsabilidad penal en los funcionarios de aduanas. Pero queda claro que esta discrecionalidad no convierte la comunicación de la comisión de un delito en un acto facultativo. Si existen indicios objetivamente claros de la comisión de un delito aduanero, la omisión de comunicar este hecho al Ministerio Público podrá dar lugar a un delito de omisión de deberes funcionariales y a una omisión de denuncia.

En segundo lugar, el cumplimiento del deber de comunicar la comisión de un delito aduanero debe ser inmediato, como lo establece expresamente el tenor literal del artículo 19. El factor temporal resulta muy importante en la investigación de los delitos aduaneros[89], pues evita que los intervinientes en el delito que toman conocimiento de la sospecha de delito de la administración aduanera puedan alterar documentos o elementos probatorios con la finalidad de eludir su responsabilidad penal. Por otra parte, la administración aduanera cuenta con la posibilidad de inmovilizar libros, archivos, documentos, registros o bienes de cualquier naturaleza cuando presuma la existencia de evasión tributaria (artículo 62 inciso 6 del Código tributario), lo que permitirá conservar los elementos probatorios para la posterior investigación penal. La falta de comu-

---

(88) Vid., San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, T. II, p. 1328.

(89) Vid., así, Wamers, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 20, n.m. 28.

nicación inmediata al fiscal sobre los indicios de comisión de un delito, podrá entenderse como un incumplimiento penalmente relevante del deber funcionarial.

B. Beneficios por regularización, por colaboración y conclusión anticipada del proceso

Conforme al artículo 189 del Código tributario, la regularización de la deuda tributaria lleva a que no se ejerza la acción penal por delito tributario. Si se sigue el tenor literal, este beneficio tiene que limitarse a los delitos tributarios, de manera tal que no podrá extenderse a los delitos aduaneros[90]. No obstante, esta limitación legal no impide que pueda recurrirse a una analogía *in bonam partem* para extender este beneficio a los responsables por delitos aduaneros[91]. Condición para ello solamente será demostrar una identidad estructural entre el delito tributario y el delito aduanero. En nuestra opinión, esta identidad se presenta respecto del delito de defraudación tributaria y el delito aduanero de defraudación de rentas de aduanas, por lo cual no apreciamos ningún impedimento para aplicar, vía analogía permitida, el beneficio de la regularización tributaria a los delitos de defraudación de rentas de aduanas.

Por el contrario, la regulación de los delitos aduaneros sí ha incluido de manera expresa estos delitos dentro del ámbito de aplicación de la normativa especial de los beneficios por colaboración eficaz. En este sentido, se abre otra posibilidad a los responsables de delitos aduaneros poder obtener algún beneficio penal en caso de arrepentimiento posterior. Únicamente se excluye de la posibilidad de gozar de los beneficios por colaboración eficaz a quienes incurren en el delito de financiamiento de los delitos aduaneros. No obstante, hay que precisar que el nuevo Código procesal penal regula el proceso por colaboración eficaz de manera general en los artículos 472 y siguientes, incluyendo dentro de su ámbito de aplicación a los

---

(90) Igualmente, en el Derecho penal español, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *La exención*, p. 73.

(91) Así, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *La exención*, p. 75 y s.

delitos aduaneros. En este sentido, el otorgamiento de beneficios por colaboración eficaz deberá seguir esta nueva normativa procesal, en donde, por lo demás, no se excluye a los autores del delito de financiamiento de delitos aduaneros de la posibilidad de gozar de estos beneficios.

Los delitos aduaneros cuentan también con una normativa especial que permite la terminación anticipada del delito con la posibilidad de gozar de determinados beneficios penales. En el artículo 20 de la ley de delitos aduaneros se establece el procedimiento de conclusión anticipada cuando el procesado acepta en todo o en parte los cargos derivados de la investigación penal. En caso de aceptar los cargos, se le impondrá el mínimo legal de la pena prevista por el delito aduanero[92]. El procesado podrá recibir una reducción de la pena privativa de libertad, para lo cual será necesario que abone por concepto del beneficio otorgado una suma equivalente a dos veces el valor de las mercancías materia del delito, más los tributos dejados de pagar y los derechos antidumping y compensatorios cuando correspondan. El pago de este monto se hace sin perjuicio del decomiso de las mercancías e instrumentos del delito.

C. Los informes técnicos y contables de los funcionarios de la administración aduanera

El artículo 21 de la ley de delitos aduaneros incorpora una regla de carácter procesal referida a la prueba en los delitos aduaneros. En esta disposición se establece que, para efectos de la investigación y del proceso penal por delitos aduaneros, los informes técnicos o contables emitidos por los funcionarios de la administración aduanera tendrán valor probatorio[93]. Esta regulación de carácter procesal se reitera en el artículo 11 del reglamento de la ley de delitos aduanero, en donde se vuelve a afirmar el valor probatorio de los informes técnicos y contables de los funcionarios de la administración aduanera, pero se precisa, por un lado, que los informes deben

---

[92] Vid., San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, T. II, p. 1394 y s.

[93] Vid., Bramont-Arias Torres, *Actualidad Jurídica*, T. 116, julio 2003, p. 74.

sustentarse en acciones administrativas realizadas sobre la base de las facultades conferidas por la legislación aduanera y el Código tributario, y, por el otro, que su valor probatorio es el de una pericia de parte, siguiendo así la regla general del artículo 194 del Código Tributario[94].

(94) Vid., críticamente, SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, T. II, p. 1334 y s.